

LA DISCIPLINA ANTI-RICICLAGGIO IN GERMANIA

L'efficacia della legislazione tedesca: un contributo al dibattito

Verena Zoppei

Abstract

This paper contributes to the discussion on the effectiveness of the money laundering offence in tackling the infiltration of illicit financial flows in the licit economy. Despite the practice of concealing proceeds of crime to avoid prosecution dates back long time, the legal concept of money laundering is relatively recent. It has been introduced in criminal laws from the beginning of the 80ies. So far, the scope of the anti-money laundering regime has been expanded. Yet, the regulations are object of a controversial debate due to their incapacity of impeding the reinvestment of ill-gotten gains into the legitimate economy. This work proposes an alternative approach to the question of the effectiveness, on the basis of a national case study.

Keywords: Money laundering; anti-money laundering regime; Germany; effectiveness; illicit financial flows

1. Introduzione

Il riciclaggio di denaro sporco è il processo tramite cui a proventi di reato viene data un'apparenza di legittimità. È una condotta tipica della cosiddetta 'zona grigia', poiché avviene al confine tra la sfera della legalità e quella dell'illegalità. Nel momento in cui profitti realizzati illecitamente si mescolano ai flussi di denaro lecito è molto difficile discernere ciò che ha un'origine legale da ciò che è stato guadagnato illegalmente. Spesso, infatti, i canali usati per muovere il denaro sporco sono gli stessi usati per le transazioni lecite. Data questa promiscuità, e a causa dell'assenza di vittime dirette, spesso la gravità del fenomeno è sottovalutata dal pubblico che non ha gli strumenti per riconoscerne la pericolosità. Il reato di riciclaggio di denaro sporco è stato introdotto proprio per affrontare questa difficoltà ed impedire che le strutture legittime dell'economia e della finanza globale venissero abusate da trasgressori al fine di ripulire i proventi di reato. Lo scopo ultimo era quello di attaccare il potere economico della criminalità organizzata al fine di impedire la commissione di futuri reati.

Ora parlare di riciclaggio sembra naturale, ma solo venticinque anni fa il reato di riciclaggio neppure esisteva.¹ E allora facciamo un passo indietro e chiediamoci da dove viene questo termine. L'espressione "riciclaggio di denaro sporco" è il corrispettivo dell'inglese "*money laundering*", termine che risale agli anni '20, quando la polizia americana lo utilizzava per descrivere le operazioni messe in atto dalla criminalità organizzata per immettere nel circolo dell'economia legale i proventi del narcotraffico.² In particolare, Al Capone faceva proprio uso di lavanderie a gettoni, in inglese "*laundrettes*", per dare un'apparente origine legittima ai proventi dell'attività criminosa. L'espressione è usata per la prima volta in un contesto giuridico da una sentenza americana del 1982, in riferimento a proventi di narcotrafficienti colombiani.³ Ma è solo alla fine degli anni ottanta che il reato di riciclaggio compare ufficialmente nel diritto internazionale, introdotto come strumento di lotta alla criminalità organizzata, in particolare quella legata al traffico di stupefacenti, dalla Convenzione ONU contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope.⁴ Si era osservato che perseguire narcotrafficienti e/o consumatori non aveva portato a grandi risultati nel contesto della "*war on drugs*". Si decise perciò di attaccare il grande potere economico dei gruppi criminali, puntando su quello che era considerato il loro tallone d'Achille: l'utilizzo dei proventi di reato nell'economia legale.

A distanza di poco più di vent'anni dalla creazione del reato di riciclaggio a livello internazionale, più di 190 paesi hanno adottato legislazioni conformi.⁵ Nonostante

¹ Gli Stati fino ad allora punivano la ricettazione; l'Italia è stata pioniere in questo senso e ha introdotto il reato di riciclaggio già nel 1978, con la legge n. 191 del 1978, che all'articolo 3 prevedeva l'aggiunta dell'articolo 648 bis nel codice penale. In seguito all'evoluzione della normativa internazionale, la dicitura "Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravate o sequestro di persona a scopo di estorsione" è stata sostituita da "Riciclaggio".

² Guy Stessens, *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*, University Press, Cambridge, 2000, p. 82.

³ Sentenza: US v. \$4,255,625.39, Federal Supplement, vol. 551, South District of Florida, 1982, p. 314, citata da UN Secretary-General, Note Strengthening Existing International Cooperation, 1992, p. 5.

⁴ La data ufficiale di genesi del reato è il 1988, anno in cui è entrata in vigore la Convenzione ONU di Vienna che all'articolo 3 (1) b) i, ii c) ha introdotto il riciclaggio di denaro sporco per la prima volta nel diritto internazionale. Vedi *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, 20 Dicembre 1988, 1582 UNTS 95 (entrata in vigore l'11 November 1990).

⁵ FATF, Annual Report 2013 - 2014, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF%20Annual%20report%202013-2014.pdf>, ultimo accesso 11/07/2016.

la rapida diffusione, gli standard anti-riciclaggio incontrano forti critiche d'inefficacia nel contrastare i delitti presupposto del riciclaggio, ed in particolare la criminalità organizzata.⁶ Mentre i legislatori si apprestano a formulare nuove leggi, per stare al passo con il continuo progresso dei metodi usati per riciclare i proventi di delitto, c'è chi sostiene che le regole esistenti sarebbero sufficienti, se applicate correttamente.⁷ Una delle critiche più forti sollevata finora alla legislazione anti-riciclaggio è l'incapacità (o la non volontà?) di prendere i pesci grandi, che continuano a godere di impunità grazie alla segretezza garantita da alcuni strumenti finanziari.

Al fine di spiegare questa per lo meno apparente incapacità della norma di fare fronte al fenomeno del riciclaggio, si fa uso di teorie sociologico-giuridiche relative all'efficacia del diritto, alle funzioni manifeste e latenti delle norme e quindi alle intenzioni espresse e non dal legislatore, all'efficacia simbolica del diritto e di singole legislazioni e all'impatto, inteso come comprensivo degli effetti indesiderati o collaterali. Mentre la letteratura esistente, con poche eccezioni, si è occupata principalmente di confrontare gli effetti ottenuti dall'implementazione delle regole

⁶ Peter Alldridge, *Money Laundering and Globalization*, in "Journal of Law and Society", 2008, 35 (4), pp. 437-463; Gunther Arzt, *Milliardenschwere Geldwäscherei im Untergrund Schweizer Banken - Eine Märchenhafte Rechtsgeschichte*, in *Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus Internationaler Perspektive. Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag*, Kuhn A et al. (ed.), Stämpfli Verlag, Bern, 2013, pp. 1127-1139; Raymond Baker, *Capitalism's Achilles heel. Dirty money and how to renew the free market system*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2005, p. 91; Rowan Bosworth-Davies, *Money laundering: towards an alternative interpretation*, in "Journal of Money Laundering Control", 2008, 9 (4), pp. 346-364; James Thuo Gathii, *The Financial Action Task Force and Administrative Law*, in "Journal of Professional Lawyer", pp. 197-209; Valsamis Mitsilegas, *Money Laundering Counter-measures in the European Union: A new paradigm of security governance versus fundamental legal principles*, Kluwer Law International, The Hague, 2003; Robert Naylor, *Wages of Crime. Black Markets, Illegal Finance, And The Underworld Economy*, Cornell University Press, Ithaca, 2003; Mark Pieth, *International standards against money laundering*, in *A comparative Guide to Anti-Money Laundering: A critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA*, Mark Pieth, Gemma Aiolfi (ed.) Edward Elgar, Cheltenham, pp 3-61; Jason Sharman, *The money laundry: regulating criminal finance in the global economy*, Cornell University Press, New York, 2011; Bruce Zagaris, *Problems applying traditional anti-money laundering procedures to non-financial transactions, "parallel banking systems" and Islamic financial systems*, in "Journal of Money Laundering Control", 2007, 10 (2), pp. 157-169.

⁷ L'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, OCSE, in inglese Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD) stesso, nel suo ultimo rapporto sottolinea come la maggior parte dei paesi membri non abbia finora implementato completamente le norme già esistenti. Vedi OECD, *Measuring OECD Responses to Illicit Financial Flows from Developing Countries*, 2013.

con gli scopi dichiarati dal legislatore, si ritiene invece necessario prendere in considerazione potenziali funzioni latenti. Inoltre, a fronte delle numerose valutazioni quantitative sull'efficacia della normativa anti-riciclaggio basate sugli indici di conformità, questo testo adotta una prospettiva qualitativa, che integra anche effetti collaterali e indiretti. Si adotta in particolare una nozione "elastica" di efficacia -riprendendola da Ferrari- che guarda alle funzioni della norma e alle intenzioni del legislatore, in una prospettiva "intenzionalistica": "la corrispondenza fra un disegno politico di utilizzo di uno strumento normativo e i suoi effetti".⁸ Tale nozione, oltre a prestarsi ad un'analisi critica del diritto, fornisce indicazioni utili per l'analisi empirica dell'efficacia della legge in questione.

La ricerca si concentra in particolare sul reato di riciclaggio del codice penale tedesco, l'articolo 261.⁹ La decisione di scegliere il contesto tedesco come caso di

⁸ Vincenzo Ferrari, *Le funzioni del diritto*, Laterza, Bari, 1992.

⁹ Articolo 261 del codice penale tedesco [traduzione inglese]: Section 261, Money laundering; hiding unlawfully obtained financial benefits. (1) Whosoever hides an object which is a proceed of an unlawful act listed in the 2nd sentence below, conceals its origin or obstructs or endangers the investigation of its origin, its being found, its confiscation, its deprivation or its being officially secured shall be liable to imprisonment from three months to five years. Unlawful acts within the meaning of the 1st sentence shall be 1. felonies; 2. misdemeanours under (a) Section 332 (1), also in conjunction with subsection (3), and section 334; (b) Section 29 (1) 1st sentence No 1 of the Drugs Act and section 19 (1) No 1 of the Drug Precursors (Control) Act; 3. misdemeanours under section 373 and under section 374 (2) of the Fiscal Code, and also in conjunction with section 12 (1) of the Common Market Organisations and Direct Payments (Implementation) Act; 4. Misdemeanours (a) under section 152a, section 181a, section 232 (1) and (2), section 233 (1) and (2), section 233a, section 242, section 246, section 253, section 259, sections 263 to 264, section 266, section 267, section 269, section 271, section 284, section 326 (1), (2) and (4), section 328 (1), (2) and (4) and section 348; (b) under section 96 of the Residence Act and section 84 of the Asylum Procedure Act and section 370 of the Fiscal Code, section 38(1) to (3) and (5) of the Securities Trading Act as well as sections 143, 143a and 144 of the Act on the Protection of Trade Marks and other Symbols, 106 to 108b of the Act on Copyright and Related Rights, 25 of the Utility Models Act, 51 and 65 of the Design Act, 142 of the Patent Act, 10 of the Semiconductor Protection Act and 39 of the Plant Variety Rights (Protection) Act. which were committed on a commercial basis or by a member of a gang whose purpose is the continued commission of such offences; and 5. misdemeanours under section 89a and under section 129 and section 129a (3) and (5), all of which also in conjunction with section 129b (1), as well as misdemeanours committed by a member of a criminal or terrorist organisation (section 129 and section 129a, all of which also in conjunction with section 129b (1)). The 1st sentence shall apply in cases of tax evasion committed on a commercial basis or as a gang under section 370 of the Fiscal Code, to expenditure saved by virtue of the tax evasion, of unlawfully acquired tax repayments and allowances, and in cases under the 2nd sentence no 3 the 1st sentence shall also apply to an object in relation to which fiscal charges have been evaded. (2) Whosoever 1. procures an object indicated in subsection (1) above for himself or a third person; or 2. keeps an object indicated in subsection (1) above in his custody or uses it for himself or a third person if he knew the origin of the object at the time of obtaining possession of it shall incur the same penalty. (3) The attempt shall be punishable. (4) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment

studio deriva dal fatto che il paese è considerato avere un rischio particolarmente alto di riciclaggio di denaro sporco. Secondo i rapporti emessi dal GAFI (Gruppo di Azione Finanziaria) e dall'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico) nel 2010 e dal FMI (Fondo Monetario Internazionale) nel 2016, ci sono alcuni fattori che rendono la Germania propensa ad essere usata al fine di riciclaggio di denaro sporco: il volume del sistema economico-finanziario, la locazione strategica al centro dell'Unione Europea con forti legami internazionali, l'uso diffuso di denaro contante, l'apertura delle frontiere, la vastità del settore informale, l'importante ruolo a livello di economia globale, e il coinvolgimento nei flussi di denaro transfrontalieri.¹⁰ Sulla base dell'apparente incapacità della norma di fare fronte all'infiltrazione di denaro sporco nell'economia legale, si ipotizza che essa espliciti una funzione simbolica di allineamento dell'ordinamento nazionale a quello europeo e transnazionale, di compromesso tra gli interessi politici in gioco, e di creazione di consenso pubblico verso il legislatore. Si ipotizza che il legislatore abbia quindi consapevolmente accettato o addirittura scelto di formulare una norma strumentalmente poco efficace, ma simbolicamente capace di raggiungere i suoi obiettivi latenti, ossia offrire un'immagine di efficienza al pubblico (elettori). Inoltre si solleva l'ipotesi che la norma sia stata emanata appositamente inefficace per neutralizzare le aspirazioni di punizione delle condotte illecite tipiche dei colletti bianchi, in una lettura moderna del conflitto sociale che avviene tramite l'emanazione di norme,¹¹ con la volontà di decriminalizzare secondariamente comportamenti tipici delle classi forti.

from six months to ten years. An especially serious case typically occurs if the offender acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of money laundering. (5) Whosoever, in cases under subsections (1) or (2) above is, through gross negligence, unaware of the fact that the object is a proceed from an unlawful act named in subsection (1) above shall be liable to imprisonment of not more than two years or a fine [...].

¹⁰ FATF/OECD e IMF, Mutual Evaluation Report of Germany, 2010.

¹¹ Luciano Gallino, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Laterza, Bari, 2012, p. 21.

2. Genesi ed evoluzione della disciplina anti-riciclaggio

Il processo legislativo che ha portato alla formulazione dell'attuale legislazione anti-riciclaggio è un processo complesso, in cui diversi attori partecipanti hanno contribuito con differenti aspettative e dunque attribuendo diverse funzioni alla criminalizzazione del riciclaggio. Al fine di permettere svariate interpretazioni del dettato normativo in modo da soddisfare i differenti bisogni, e con lo scopo di trovare un compromesso tra gli interessi divergenti, il reato di riciclaggio è stato formulato in modo vago. Mentre alcuni Stati, ad esempio la Francia, inizialmente sostenevano l'introduzione del reato con lo scopo di combattere i paradisi fiscali e rafforzare la lotta all'evasione fiscale, altri Stati, come la Svizzera, hanno accettato di firmare l'accordo internazionale sulla criminalizzazione del riciclaggio solo a condizione che l'evasione fiscale non fosse inserito nella lista dei reati antecedenti.¹² L'esistenza di svariati e contrastanti interessi e della forte pressione esercitata dagli organismi internazionali per l'introduzione e lo sviluppo del reato di riciclaggio, porta a pensare che la norma sia stata approvata in un contesto di pressione politica esterna e di necessità di trovare un compromesso tra diverse parti politiche.

Ad un certo punto qualcuno ebbe un'idea: "Prevenire è meglio che curare". In altre parole, perché aspettare e punire i criminali colti a riciclare denaro sporco, se si può prevenire l'attività di riciclaggio, controllando le transazioni finanziarie, bloccando il deposito in banca dei proventi del narcotraffico? Fu così che nel 1990 il G7 e altri paesi industrializzati decisero di costituire la *Financial Action Task Force* (FATF, in italiano Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale, GAFI), con il compito di emanare standard internazionali finalizzati a prevenire l'infiltrazione di capitali illeciti nell'economia globale. Le parole chiave sono prevenzione e localizzazione del rischio; un ruolo dominante lo giocano le banche, gli istituti finanziari e ogni attività o professione a rischio di riciclaggio, che hanno l'obbligo di raccogliere e custodire informazioni sui clienti e segnalare operazioni sospette alle autorità designate. L'apparato preventivo è giustificato giuridicamente come supporto all'azione repressiva di contrasto al riciclaggio e politicamente come meccanismo di

¹² Mark Pieth, *op. cit.*, p. 5.

protezione del sistema finanziario dall'infiltrazione di capitali illeciti. Da questo momento in poi il contrasto al narcotraffico passa in secondo piano, lasciando spazio nell'agenda dell'anti-riciclaggio alla protezione dell'integrità del sistema finanziario. Con la nascita del GAFI la normativa viene usata allo scopo di difendere l'integrità del sistema finanziario dall'infiltrazione di capitale illecito e dal 2001 si aggiunge la funzione di lotta al finanziamento del terrorismo. Tramite le raccomandazioni emanate dal GAFI per la prevenzione del riciclaggio, si trasferiscono compiti solitamente pubblici al settore privato: banche e istituti finanziari devono segnalare alla polizia ogni transazione sospetta, devono raccogliere e mantenere informazioni sui clienti e verificare le identità dei clienti. Avviene, quindi, un cambio di paradigma, la legislazione anti-riciclaggio diviene strumento di controllo e protezione del mercato e del sistema finanziario, lo scopo non è più sottrarre potere economico alle organizzazioni criminali bensì individuare, tramite il sistema di segnalazione delle transazioni sospette, i fattori (e i soggetti?) di rischio per l'economia globale.

Anche l'Unione Europea (UE) si è attivamente resa partecipe di questa armonizzazione, emanando finora quattro direttive nell'ambito del riciclaggio, la prima nel 1991, e l'ultima risalente al 20 maggio 2015.¹³ Inizialmente la Comunità Europea non aveva competenza in ambito penale, perciò la materia fu assorbita nella sfera economica. L'intento dichiarato dal legislatore Europeo era la protezione del mercato interno, con particolare riguardo al fatto che i criminali potessero sfruttare la libera circolazione dei capitali e l'eliminazione delle frontiere. Nello stesso tempo, le direttive esprimono anche la volontà di impedire che gli Stati Membri possano emanare regolamentazioni di intralcio per il libero mercato al fine di difendere le proprie economie dall'infiltrazione di capitale illecito. Emergono dunque interessi contrastanti tra la volontà di proteggere l'economia sana dai capitali di provenienza illecita, e allo stesso tempo la volontà di proteggere il Mercato Unico, e quindi la libera circolazione dei capitali.

In risposta agli attentati di Parigi e Bruxelles, l'UE ha emanato il 5 luglio di quest'anno nuove misure anti-terrorismo con lo scopo di impedire il finanziamento

¹³ La prima Direttiva in tema di riciclaggio è la 91/308/CE, a cui è seguita la seconda 2001/97/CE, la terza 2005/60/CE, e la quarta UE/2015/849.

del terrorismo tramite l'uso di monete digitali, come i *Bit Coins*, carte prepagate o l'uso di fondazioni e altre forme di organizzazioni no profit, adeguandosi in questo modo agli standard internazionali imposti dal GAFI. Le nuove misure anti-terrorismo sono state emanate come parte del processo di revisione della quarta direttiva anti-riciclaggio del 2015, che gli Stati Membri avrebbero dovuto adottare entro metà 2017, anticipandone la scadenza per la trasposizione a fine 2016.¹⁴ Sembra si tratti quindi ancora una volta di una legislazione d'emergenza, emanata in risposta al sentimento di insicurezza diffusosi in Europa occidentale, nonostante secondo le statistiche la regione non sia mai stata così sicura nella storia come ora. Si pone il dubbio se questi standard anti-riciclaggio siano davvero efficaci nel lungo termine, contando che in molti paesi il finanziamento del terrorismo avviene tramite l'economia informale. Né sembra convincente l'affrontare il finanziamento del terrorismo utilizzando il quadro regolativo dell'anti-riciclaggio.

3. La disciplina anti-riciclaggio in Germania

In Germania il reato di riciclaggio non esisteva fino al 1992, quando la legge sulla lotta al traffico di droga e altre forme di criminalità (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und andere Erscheinungsformen der OK, OrgKG*) introdusse l'articolo 261 del codice penale.¹⁵ Lo scopo del legislatore, sia internazionale che nazionale era, quindi, almeno inizialmente, quello di colpire la criminalità organizzata. Nonostante i diversi emendamenti apportati alla norma dal 1992 ad oggi, sembra che la legge non abbia portato ai risultati dichiarati dal legislatore ed è definita, infatti, da gran parte degli esperti come non efficace.

Un rapporto emesso da quattro ONG nel novembre 2013, sulla base di statistiche prodotte dall'UNODC e dal FMI, e immediatamente riprese dai media, descrive il

¹⁴ Vedi la proposta di emendamento della Direttiva anti-riciclaggio EU/2015/849, http://ec.europa.eu/justice/criminal/document/files/aml-directive_en.pdf, ultimo accesso 13/08/2016.

¹⁵ La Germania approvò la legge che introdusse il reato di riciclaggio all'articolo 1, paragrafo 19, perché obbligata dalla Direttiva 91/308/CE, e dalla Convenzione ONU di Vienna contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988. Vedi BGBl (Deutsche Bundesgesetzblatt) I/1992.

paese come “Eldorado” per i riciclatori.¹⁶ La Germania è classificata all'ottavo posto, prima di Panama, su 82 paesi recensiti dal *Financial Secrecy Index*, indice che valuta il livello di segretezza del sistema finanziario, insieme ad altri fattori che indicano l'esposizione di sistemi giuridico-economici all'infiltrazione di capitale illecito.¹⁷ Anche i media, a partire soprattutto dalla pubblicazione del citato rapporto, hanno attirato l'attenzione del pubblico sul fenomeno, descrivendo la Germania come “paradiso” per i riciclatori. Alcuni recenti scandali hanno visto coinvolte prominenti banche tedesche, come la *Deutsche Bank*, la *Commerzbank* e l'*Hypovereinsbank*, contro cui procure straniere hanno sollevato l'accusa di riciclaggio di denaro sporco.¹⁸

Le stime sul volume dei proventi illeciti potenzialmente oggetto di riciclaggio sono spesso contrastanti, e tendono da una parte a sfiorare in quella che *dalla Chiesa* definisce la “mitologia del volume dell'economia criminale”,¹⁹ dall'altra a minimizzare il problema. Il volume di riciclaggio nel paese è stato stimato dal FMI tra i 29 e 57 miliardi di Euro nel 2011.²⁰ Il rapporto del *Bundeskriminalamt* (ufficio della polizia federale) sulla criminalità economica del 2015 riporta danni pari a 2,887 miliardi di Euro, mentre quello sulla criminalità organizzata riporta danni pari a circa 424 milioni di Euro per il 2015.²¹ Secondo un rapporto del 2013 della Commissione Europea, in Germania vengono prodotti all'anno circa 30 miliardi di Euro di proventi di reato potenzialmente confiscabili.²² Una ricerca recente sulla

¹⁶ Mark Henn et al., *Schattenfinanzzentrum Deutschland. Deutschlands Rolle bei Globaler Geldwäsche, Kapitalflucht und Steuervermeidung*, 2013.

¹⁷ Indice prodotto da Tax Justice Network, 2015.

¹⁸ Vedi Eurodad, *Fifty Shades of Tax Dodging: the EU's role in sporting an unjust global tax system*, 2015, <http://www.eurodad.org/files/pdf/56378e84dup0fac.pdf>, ultimo accesso 16/11/2015. Vedi anche James Crisp, *Deutschland belegt bei Geldwäsche Platz zwei hinter Luxemburg. Viel getan hat sich nach der Luxleaks-Steueraffäre nicht bei den EU-Ländern, so das Ergebnis einer Analyse des Netzwerks Eurodad*, in “Der Tagesspiegel”, 04/11/2015; Wolfgang Dick, *Germany, a safe haven for money laundering*, in „Deutsche Welle“, 30/10/2012; *Steueroase Deutschland ist Eldorado für Geldwäsche*, in „Handelsblatt“, 07/11/2013; *Deutschland ein "Eldorado für Geldwäsche"?*, in „Deutsche Welle“, 07/11/2013.

¹⁹ Nando dalla Chiesa, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Cavallotti University Press, Milano, 2012, p. 11.

²⁰ FATF/OECD e IMF, *Mutual Evaluation Report of Germany*, 2010.

²¹ BKA, *Organisierte Kriminalität. Bundeslagebild 2015*; *Wirtschaftskriminalität. Bundeslagebild 2015*.

²² Brigitte Unger et al., *Project 'ECOLEF', The Economic and Legal Effectiveness of Anti-Money Laundering and Combating Terrorist Financing Policy*, Final Report, Utrecht, 2013,

zona grigia del riciclaggio nel settore non-finanziario arriva a stimare il volume dei proventi illeciti arriva a 20 miliardi di Euro (il budget pubblico della Germania per il 2016 è di 316,9 miliardi di Euro).²³ Il problema della mancanza di dati affidabili sul volume del denaro sporco non è una peculiarità della Germania. Il riciclaggio, come altri fenomeni legati alla criminalità organizzata, è una fattispecie che per definizione sfugge alle autorità e ai confini nazionali; con riferimento allo stato federale, però, si può osservare che la mancanza di coordinazione tra gli stati, e tra questi ultimi e il livello federale, e la disintegrazione delle autorità addette al reperimento dei dati, rendono la raccolta dei dati ancora più complessa.

La dottrina che si è espressa finora sull'articolo 261 del codice penale tedesco supporta l'ipotesi della simbolicità della norma.²⁴ La scelta di costruire un reato così complesso (l'articolo contiene 9 commi ed è di difficile comprensione) riflette la necessità di venire a compromesso con opposti interessi, ma potrebbe anche essere interpretata come un disinteresse al raggiungimento di un'efficacia materiale. La vaghezza del dettato normativo crea evidenti problemi di integrazione dello stesso all'interno del sistema penale tedesco, e quindi di accettazione da parte degli studiosi e potenzialmente da parte degli operatori del diritto. Inoltre, la norma era stata introdotta nel sistema tedesco come trasposizione della Convenzione ONU del 1988. La nozione di riciclaggio adottata nella Convenzione è stata influenzata da

[http://www2.econ.uu.nl/users/unger/ecolef_files/Final%20ECOLEF%20report%20\(digital%20version\).pdf](http://www2.econ.uu.nl/users/unger/ecolef_files/Final%20ECOLEF%20report%20(digital%20version).pdf), ultimo accesso 30/07/2016.

²³ Kai Bussmann, *Dark figure study on the prevalence of money laundering in Germany and the risks of money laundering in individual economic sectors, Summary. Dunkelfeldstudie über den Umfang der Geldwäsche in Deutschland und über die Geldwäscherisiken in einzelnen Wirtschaftssektoren*, Zusammenfassung, Halle, 2015.

²⁴ Vedi, tra gli altri, Gunther Arzt, *Milliardenschwere Geldwäscherei im Untergrund Schweizer Banken - Eine Märchenhafte Rechtsgeschichte*, in *Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus Internationaler Perspektive. Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag*, Kuhn A et al. (ed.), Stämpfli Verlag, Bern, 2013, pp. 1127-1139; Bernd Heinrich B, *Geldwäsche, § 261.*, in *Strafrecht Besonderer Teil 3*, Gunther Arzt et Al. (ed.) Gieseking Verlag, Bielefeld, 2015, pp. § 29 Rn. 1-59; Gunnar Helmers, *Zum Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung*, in *"Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft"*, 2009, 121 (3), pp. 509-547; Georgios Sotiriadis, *Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche. Unter Berücksichtigung der jeweiligen kriminalpolitischen Tendenzen*, Duncker & Humblot, Berlino, 2010.

parte degli Stati Uniti.²⁵ La formulazione così vaga, infatti, si presta più per un sistema giuridico come quello degli Stati Uniti, in cui non vige l'obbligo dell'azione penale e i pubblici ministeri godono di un alto grado di discrezionalità. In Germania, invece, dove i pubblici ministeri hanno l'obbligo di azione penale, tale norma porta ad iniziare numerose indagini, mentre rimane difficile provare gli elementi di reato, con la conseguenza che quando si presentano davanti all'accusa casi di riciclaggio più complessi, i pubblici ministeri preferiscono l'imputazione per altri reati puniti con pene più severe rispetto a quelle previste per l'articolo 261 (da 3 mesi a 5 anni). La formulazione del reato risulta più favorevole a perseguire la cosiddetta *leichtfertige Geldwäsche*, ossia l'ipotesi di colpa grave. L'analisi delle statistiche ufficiali sull'implementazione della legge dal 1992 ad oggi fa emergere che il 60% delle condanne per riciclaggio avviene per l'ipotesi di colpa e non di dolo.²⁶ La stampa riporta a riguardo spesso casi di pensionati o altri individui poco abbienti, che accettano di far usare il proprio conto a terzi per operazioni sospette in cambio di un guadagno.²⁷ Solo nel 5% dei casi le condanne sono inflitte per le ipotesi aggravate di commissione da parte di un membro di un'associazione criminale o in forma commerciale. La norma sembra colpire delinquenti minori e non grandi gruppi criminali, o altre forme di riciclaggio più severe.

Vi è poi una difficoltà materiale nel condurre indagini finanziarie, che spesso, conducono a condotte illecite commesse all'estero; sul punto si osserva che le condotte di riciclaggio, intese come operazioni atte ad ostacolare la provenienza delittuosa, non avvengono su territorio tedesco, bensì all'estero: il denaro che entra in Germania, è, quindi, già "pulito". Nel 90% dei casi le transazioni sospette segnalate alle procure portano a una chiusura dei procedimenti per mancanza di indizi che possano sostenere un rinvio a giudizio.²⁸ Si ipotizza inoltre che l'incapacità di

²⁵ Vedi il testo di commento alla Convenzione ONU pubblicato dieci anni dopo dall'ONU: Commentary on the UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1998, p. 10.

²⁶ Dati del Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 3, 2014.

²⁷ Si veda ad esempio: Helmut Ulrich, *Rentnerin aus Hagen hilft Internet-Freund bei Geldwäsche*, in "Der Westen", 19.08.2016; Ingrid Krüger, *Wegen "leichtfertiger Geldwäsche" vor dem Schöffengericht*, in "RP Online", 15.07.2016.

²⁸ Dati provenienti dai report della FIU (Financial Intelligence Unit), 2002 -2014.

sostenere un rinvio a giudizio nonostante le informazioni acquisite e le indagini preliminari riduce la capacità deterrente della norma e permette, invece, ai criminali di conoscere le modalità di funzionamento del sistema repressivo e agire di conseguenza.

Vi è poi un disinteresse da parte degli istituti finanziari nell'indagare l'origine del capitale investito dai clienti, anche in caso di sospetto di provenienza criminale, a causa della possibile conseguente perdita di reputazione nell'ipotesi di apertura di investigazioni da parte delle autorità sul cliente sospetto. Inoltre, le transazioni sospette sono segnalate nel circa 90% dei casi da parte di istituti di credito, mentre gli altri enti obbligati dalla legislazione non sembrano partecipare attivamente al processo preventivo, in particolare il settore forense e immobiliare e del gioco d'azzardo.²⁹ Sulla base di questi dati si ipotizza un trasferimento di illegalità dai settori più controllati a quelli meno controllati.

C'è chi individua le cause dell'inefficacia della lotta al riciclaggio nel contesto più generale. Nello specifico, la limitata possibilità di effettuare intercettazioni telefoniche, le restrizioni in materia di inversione dell'onere probatorio, e lo scarso utilizzo della confisca dei proventi di reato.³⁰ Si osserva una generale mancanza di risorse pubbliche che porta ad una carenza di personale coinvolto nelle investigazioni e, quindi, ad una incapacità di far fronte ai processi in corso in modo efficace. Per questo motivo, i pubblici ministeri non hanno la capacità di indagare più a fondo casi di riciclaggio all'apparenza semplici, ma che potrebbero portare alla luce organizzazioni criminali operanti nell'ombra. Il grande apparato di prevenzione anti-riciclaggio, ampliato di continuo al fine di aumentarne l'efficacia, comporta costi di attuazione elevati, tra cui il mantenimento, la formazione e l'aggiornamento

²⁹ Dati provenienti dai report della FIU (Financial Intelligence Unit), 2002 -2014.

³⁰ Sul tema della confisca dei beni, una nota positiva arriva dal Ministero della Giustizia tedesco che il 9 marzo di quest'anno ha redatto un disegno di legge per migliorare l'attuale legislazione in tema di confisca. Il progetto è stato accolto il 15 luglio dal governo senza cambiamenti e verrà prossimamente discusso in parlamento. La principale innovazione consisterebbe nell'introduzione della confisca di beni sequestrati di cui il giudice abbia la convinzione siano provenienti da un elenco di reati determinato, legati alla criminalità organizzata e al terrorismo (§76 a 4 StGB) - corrispettivo della non-conviction based confiscation e delle misure di prevenzione italiane - e quindi svincolata dalla prova della commissione di un reato concreto o dall'irrogazione di una pena.

di nuove professionalità, costi, che vanno a pesare, indirettamente, sui cittadini. Sarebbe auspicabile, quindi, prima di emanare nuove leggi, effettuare una valutazione costi-benefici delle norme emanate finora.

Inoltre il riciclaggio è un fenomeno che di natura scavalca i confini nazionali, per questo motivo non si può non prevedere l'effetto "domino" dovuto all'inasprimento delle regole in un paese, che sposta semplicemente l'azione illecita laddove la legge è più permissiva, per esempio nel cyberspazio. La constatazione che spesso i casi di riciclaggio sono di tipo transnazionale comporta il fatto che lo stato tedesco dovrebbe investire nella lotta, per esempio, di capitale introdotto nel mercato tedesco proveniente da evasione fiscale commessa all'estero.

In aggiunta l'implementazione della normativa di prevenzione anti-riciclaggio ha sollevato nel tempo problematiche riferite alla strategia di controllo delle attività economico-finanziarie e dunque di controllo sociale. In particolare la documentazione necessaria per l'apertura di conti bancari è risultata discriminatoria nei confronti degli immigrati in attesa di regolarizzare il loro status e dunque non in possesso delle formalità richieste per l'identificazione.³¹ Inoltre, con l'introduzione della lotta al finanziamento del terrorismo nella sfera di competenza del sistema anti-riciclaggio portata avanti dal GAFI la dimensione di controllo si è acuita sempre di più, con lo scopo di tracciare i flussi di denaro che potenzialmente finanziano i gruppi terroristici. Su un livello più teorico il dibattito verte sull'appropriatezza di coinvolgere il settore privato nell'attiva ricerca di informazioni utili per le investigazioni giudiziarie, sulla tensione tra rispetto della privacy e necessità di raccogliere, catalogare e custodire dati personali, sull'uso del diritto penale allo scopo di mantenere la stabilità del sistema economico e finanziario.

I rapporti pubblicati dalla polizia, invece, considerano l'articolo 261 come una

³¹ In seguito ad un acceso dibattito, da settembre di quest'anno è stata garantita esplicitamente la possibilità di aprire un conto presso banche tedesche anche per coloro che non sono in possesso di documenti di riconoscimento tradizionali.

norma effettiva, che ha uno dei più alti tassi di risoluzione dei casi (circa 90%). La quota è calcolata in base al numero di casi giunti ad una decisione finale, a prescindere dalla tipologia di condanna inflitta.³² Il numero totale di condanne, di investigazioni, ed in generale l'uso ricorrente della legge anti-riciclaggio riscontrato nelle statistiche criminali provano che essa conduca ad effetti strumentali, oltre che simbolici. In generale, gli sforzi compiuti da parte dello Stato, e quindi delle procure, delle autorità competenti e della polizia nel contrastare il riciclaggio e la criminalità economica non possono essere considerati simbolici. Inoltre l'articolo 261 è percepito come uno strumento di demarcazione tra comportamenti leciti e illeciti, in un contesto di deregolamentazione del settore finanziario. Ciò non toglie che le cospicue indagini finanziarie spesso non riescano a raggiungere coloro che operano dietro gli esecutori dei reati minori. Se da una parte i risultati dell'applicazione della norma non possono considerarsi puramente simbolici, dall'altra parte sembra che l'esistenza di interessi profondamente contrastanti in gioco renda difficile impedire completamente l'infiltrazione di capitali di provenienza illecita nell'economia del paese.

4. Conclusione

In conclusione il giudizio di efficacia della legislazione tedesca anti-riciclaggio è il frutto di un dibattito complesso, che acquista sfumature diverse in relazione alle parti della norma esaminate, ai soggetti coinvolti e quindi alle culture giuridiche interne, e non si può, quindi, limitare ad un'analisi delle statistiche criminali né delle stime economiche sul volume dei proventi illeciti riciclati nel paese. La complessità del tema è data non solo dalla complessità intrinseca allo studio sociologico sull'efficacia della norma, ma anche dalle questioni che il reato di riciclaggio pone, come reato tipico economico, sulla necessità di tutelare la parte debole della società da quella che è considerata la classe dominante, non attraverso l'emanazione di leggi simboliche, il cui effetto deleterio per la società è stato spesso in passato sottolineato, ma anzi attraverso un intervento penale mirato a proteggere le vittime,

³² Dati provenienti dalle statistiche della polizia, Polizeiliche Kriminalstatistik, PKS, 2014.

spesso invisibili, dei reati dei colletti bianchi. Allo stesso tempo si ritiene necessario rispettare i principi fondamentali del diritto penale, quali il principio dell'*ultima ratio* e di tutela del bene giuridico, dentro la cui categoria è ancora dibattuto se l'integrità del sistema finanziario possa essere inclusa senza incorrere in una proliferazione penale, parte di una logica emergenziale di lotta alla criminalità. Come Beccaria già nel XVIII secolo ammoniva: "Leggi inutili, disprezzate dagli uomini, comunicano il loro avvilito alle leggi anche più salutari".

Definire il reato di riciclaggio come puro esercizio simbolico risulta limitativo della complessità della questione. Mentre l'esplicita volontà di disegnare una norma completamente inefficace non è ascrivibile al legislatore, risulta evidente che una certa dose di inefficacia sia stata consapevolmente accettata fino ad oggi, come risultato di un compromesso tra i vari interessi in gioco. Contrastare l'infiltrazione di capitali illeciti nell'economia significa imporre regole e controlli alle transazioni, e quindi rallentare il mercato e la finanza. Questa necessità si scontra inevitabilmente con interessi di attori privati, quali istituzioni finanziarie, ma anche pubblici, quali Stati che profittano dell'attuale de-regolazione finanziaria. Riaprendo la prospettiva a livello globale, si osserva come vi sia stata una tendenza a deregolare il mercato, e di conseguenza un ricorso all'uso del diritto penale per fare fronte agli abusi. Al contempo, nonostante l'impiego di strumenti transnazionali legalmente non vincolanti perché non basati su processi democratici, ma di fatto ancor più decisivi ed effettivi, anche grazie alla loro flessibilità, non è stato possibile risolvere le conflittualità esistenti. Con particolare riferimento al contesto europeo, sembra molto più facile trovare il consenso necessario per limitare l'ingresso di persone fisiche piuttosto che quello dei capitali.