

Avv. Gian Piero Chieppa

Riciclaggio, autorisciclaggio e responsabilità 231

27 novembre 2015

Riciclaggio, autoriciclaggio e responsabilità 231

A livello sovranazionale il contrasto all'utilizzo dei profitti da reato ha via via assunto sempre maggior rilievo:

- convenzione ONU di Vienna del 1988 contro il traffico di sostanze stupefacenti;
- Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 su riciclaggio, ricerca e confisca dei proventi di reato;
- Convenzione ONU di Palermo del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale;
- Raccomandazioni GAFI del 2012.

Progressivo ampliamento del catalogo dei reati presupposto del riciclaggio.

Sempre riconosciuta, nel contempo, la libertà dei singoli stati di prevedere o meno l'incriminazione dei fatti di autoriciclaggio.

Di qui un approccio diversificato, anche se la tendenza prevalente è quella dell'incriminazione dell'autoriciclaggio:

- Punito negli Stati Uniti, Regno Unito, in Spagna e Francia;
- Punito in Svizzera, da luglio 2015 anche nei casi in cui il reato presupposto sia un reato tributario;
- Penalmente irrilevante in Germania e Austria.

Perché queste opzioni diversificate?

- Nella sentenza n. 25191/2014, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che la clausola d'apertura degli artt. 648 *bis* e *ter* c.p. (“fuori dei casi di concorso nel reato ...”) indica come il legislatore abbia ritenuto l'intero disvalore del fatto ricompreso nella punibilità del reato presupposto;
- sulla medesima linea, parte della dottrina ritiene che la punibilità dell'autoriciclaggio urta il principio del *ne bis in idem* sostanziale, portando alla punizione di un mero post fatto (l'utilizzo del risultato economico dell'attività criminosa) di per sé privo di un disvalore autonomo rispetto a quello del reato presupposto;
- per converso, non è illogico ritenere che l'incriminazione dell'autoriciclaggio poggia sul disvalore insito nella posizione di vantaggio nella quale l'autore del reato si viene a trovare per l'illecito arricchimento conseguito con la commissione del reato presupposto. L'autoriciclaggio tutela quindi in prima battuta l'ordinato svolgimento dell'economia e la parità delle armi fra i diversi operatori economici, oltre all'amministrazione della giustizia (che ha interesse all'accertamento e all'individuazione dei beni prodotti tramite attività delittuose).

Autoriciclaggio e 231

A ben vedere, autoriciclaggio e responsabilità 231 hanno una radice comune, rappresentata da una logica prevenzionale di contrasto “obliquo” e “indiretto” ai fatti criminosi, ancorchè giocato su piani temporalmente opposti tra loro:

- La 231 mira all'approntamento di un sistema organizzativo volto a impedire la commissione dei reati;
- L'autoriciclaggio mira a rendere meno attraente la commissione di reati sanzionando in misura significativa l'utilizzo della ricchezza da reato

Entrambi gli istituti hanno lo scopo prevenzionale di scoraggiare la commissione del reato “attaccandone” il provento.

L'oggetto e le condotte nei reati di riciclaggio e autoriciclaggio

Il nuovo reato di autoriciclaggio

Art. 648-ter¹ c.p.

"1. Si applica la pena della la reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce o trasferisce in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

2. Si applica la pena della reclusione da uno a quattro e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione nel massimo a cinque anni.

3. Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il danaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991 n. 203 e successive modificazioni.

4. Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il danaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale

5. La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale.

6. La pena e' diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del danaro e delle altre utilità provenienti dal delitto.

7. Si applica l'ultimo comma dell'art. 648"

L'oggetto della condotta

- Il delitto di autoriciclaggio ha ad oggetto denaro, beni o altre utilità provenienti dalla commissione di un delitto non colposo.
- La concreta individuazione dell'oggetto della condotta non dà luogo a particolari problemi ogni qual volta l'oggetto dell'autoriciclaggio sia un bene fisico individuato (ad es. un quadro o un gioiello) ovvero un'utilità, intesa quale entità economica ben definita (ad es. un diritto di credito o una licenza di commercio).
- Quanto al denaro, stante la sua natura fungibile, l'individuazione dell'oggetto della condotta è agevole solo fintanto che lo stesso rimanga separato dal patrimonio del reo, come nel caso in cui i proventi illeciti siano costituiti da denaro contante contenuto in valigette, ovvero siano stati fatti confluire su un apposito conto corrente "dedicato", ovvero ancora siano "incorporati" in strumenti di pagamento quali assegni bancari o carte prepagate.

Per contro, la prova della condotta di riciclaggio risulterà assai ardua ogni qual volta il denaro di provenienza illecita confluisca in un compendio patrimoniale di formazione lecita, confondendosi con esso.

Il problema, in questo caso, è quello di stabilire se la quota di denaro impiegata, sostituita o trasferita sia quella di formazione lecita o, per converso, quella di formazione illecita.

A titolo esemplificativo, possono essere prospettate le tre seguenti situazioni:

- (i) un affiliato ad una organizzazione criminale dispone di un patrimonio di un milione di euro costituito esclusivamente dai proventi della sua attività abituale di cessione di sostanze stupefacenti e da alcune sporadiche rapine;
- (ii) un impiegato percepisce il proprio stipendio su un conto corrente che ha saldo attivo di poche migliaia di euro; su tale conto corrente confluisce un profitto illecito di 500.000 euro,
- (iii) un professionista che dispone di un patrimonio di 500.000 euro di formazione lecita, consegue un profitto illecito di 500.000 euro, che confluiscono sul medesimo conto corrente.

Ipotizziamo che ciascuno dei tre soggetti acquisti un immobile del valore di 500.000 euro.

Mentre nel primo e nel secondo caso non c'è dubbio che l'acquisto sia stato effettuato con denaro di provenienza illecita, nel terzo come si fa a stabilire se l'acquisto sia riconducibile alla porzione di patrimonio di formazione lecita ovvero a quella di formazione illecita?

La punibilità del professionista di cui all'esempio sub (iii) verrebbe a creare una sorta di autoriciclaggio "per equivalente".

La problematica relativa alla “confusione” del denaro di provenienza illecita con il patrimonio del reo è peculiare del delitto di autoriciclaggio.

Nella struttura del riciclaggio “classico”, infatti, è l’autore del reato presupposto che, nell’affidare al riciclatore il denaro da “ripulire”, lo separa dal proprio patrimonio e lo qualifica, *ipso facto*, come “di provenienza illecita”.

In questo caso, a ben vedere, la confusione tra capitale di formazione lecita e capitale di formazione illecita è non già la situazione pre-esistente, bensì l’effetto tipico del reato.

La condotta punita

- **"Impiegare"** può essere interpretato come qualsiasi forma di re-immissione delle disponibilità di provenienza delittuosa nella economia legale;
- **"sostituire"** può essere interpretato come qualsiasi trasformazione del bene che ne muti la destinazione;
- **"trasferire"** può essere interpretato come qualsiasi operazione che determini il mutamento della titolarità formale e della disponibilità del bene.

Le condotte devono essere destinate a conferire le utilità provenienti da reato in "*attività economiche, finanziarie ed imprenditoriali*": solo così infatti si realizza la lesione delle regole lecite del mercato.

Le condotte descritte devono essere idonee "*ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa*" dei beni.

Tale requisito impone, ai fini della punibilità della condotta, che il Giudice compia un accertamento in merito alla situazione di specie e verifichi se tale condotta sia in concreto (e cioè avuto riguardo a tutte le circostanze del caso) idonea a frapporre una barriera all'accertamento.

Sappiamo che la giurisprudenza italiana in materia di riciclaggio ha assunto, talora, posizioni più rigide, affermando la sussistenza del reato anche nell'ipotesi del *“mero trasferimento di denaro di provenienza delittuosa da un conto corrente bancario ad un altro diversamente intestato, ed acceso presso un differente istituto di credito”* (da ultimo, Cass. pen., Sez. II, 9 ottobre 2014 n. 43881).

È auspicabile un ripensamento complessivo del requisito della concreta idoneità della condotta, volto a circoscrivere la punibilità alle sole fattispecie che espongono ad effettivo pericolo il bene giuridico tutelato.

Il dolo del reato

Si tratta di un reato doloso e quindi si richiede che il soggetto che compie le operazioni più sopra descritte agisca con la consapevolezza e volontà di porre in essere condotte concretamente idonee ad ostacolare la provenienza del denaro o delle utilità impiegate.

La causa di non punibilità per la utilizzazione o il godimento personale dei beni

Come già visto, il quarto comma dell'art. 648-ter.1 prevede la non punibilità delle condotta di utilizzo di destinazione del danaro o dei beni alla mera utilizzazione o al godimento personale.

La ragione dell'esimente risiede nella circostanza che tali condotte non ledono l'interesse protetto dalla norma, in quanto, in questo caso, i beni non vengono reimmessi nel circuito legale.

Alcune posizioni della dottrina italiana hanno evidenziato come la *“formula espressa con il termine tradizionale di “godimento” allude per certo alla utilizzazione in proprio (per esigenze personali) di beni immobili o agli stessi equiparati”*. Così, nel caso del *“pubblico ufficiale corrotto che del prezzo della corruzione faccia uso per acquistare un immobile da destinare alla abitazione propria e della famiglia: nessun dubbio che si è al di fuori della fattispecie del primo comma”*; diversamente, *“se quell’immobile fosse destinato alla locazione a terzi: per quanto di lieve momento, si avrebbe un effetto perturbatore (remoto, se non del tutto assente nell’altra ipotesi)”* (F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015, p. 13).

Analogamente, si è sostenuto che “l’acquisto di un appartamento - che l’autore del reato presupposto vada ad abitare rigorosamente da solo, ovviamente - non dovrebbe porre problemi; ma nel momento in cui l’immobile venga dato in locazione, si fuoriesce dalla non punibilità e si rientra agevolmente nella condotta tipica di “attività economica” (SGUBBI, *Il nuovo delitto di ‘autoriciclaggio’: una fonte inesauribile di ‘effetti perversi’ dell’azione legislativa*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015, p. 6).

L’Autore, peraltro, si chiede “se si possano ricomprendere nella causa di non punibilità i casi in cui la destinazione alla utilizzazione/piacere personale sia accompagnata da un risvolto economico e di profitto, come tale, dunque, riprovevole e vergognoso”, come nel caso della “spesa per una cena di promozione e pubblicità concernente la propria attività imprenditoriale” (Id. *ibidem*).

Nel caso sub (iii), in cui sia l'autore del reato presupposto, sia il terzo, pongono in essere ciascuno una condotta atipica, ove le due condotte, unitariamente considerate, integrino la fattispecie di oggettiva del delitto di riciclaggio o di autoriciclaggio, si pone, *a fortiori*, la questione di cui sopra.

Anche in questo caso, l'unica soluzione praticabile sembrerebbe quella di punire entrambi i soggetti a titolo di concorso nel reato di autoriciclaggio, non essendo configurabile, a carico dell'autore del reato presupposto, una responsabilità a titolo di riciclaggio.

Riciclaggio o autoriciclaggio aventi come reato-presupposto il reato fiscale

Fino a pochi anni fa si tendeva a negare che i reati fiscali potessero costituire il reato presupposto del riciclaggio, soprattutto nel caso in cui l'effetto del reato fiscale fosse non un accrescimento del patrimonio del reo (come potrebbe avvenire ad esempio nel caso del conseguimento di un indebito rimborso o nella monetizzazione di un inesistente credito di imposta) bensì un mero risparmio, derivante dal non pagare le imposte dovute.

Laddove il reato presupposto non comporti un positivo accrescimento patrimoniale, come può ravvisarsi una “provenienza delittuosa” del denaro?

Un recente orientamento giurisprudenziale ha affermato che il delitto di riciclaggio “è oggi svincolato dalla pregressa tassativa indicazione dei reati, che potevano costituirne il presupposto, esteso attualmente a tutti i delitti non colposi, previsti dal codice penale” talché tale fattispecie “può presupporre come reato principale non solo delitti funzionalmente orientati alla creazione di capitali illeciti, quali la corruzione, la concussione, i reati societari, i reati fallimentari, ma anche delitti, che secondo la visione più rigorosa e tradizionalmente ricevuta del fenomeno, vi erano estranei, come ad esempio i delitti fiscali e qualsiasi altro” (Cass. pen., Sez. VI, 30 ottobre 2009, n. 45643).

Il Legislatore, nella legge sulla Voluntary Disclosure, ha espressamente riconosciuto la possibilità che i reati fiscali costituiscano il presupposto dei delitti di riciclaggio e auto riciclaggio: ha infatti previsto, quali effetti premiali della procedura di collaborazione volontaria, delle apposite condizioni di non punibilità per i reati di riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio, solo se commessi in relazione ai reati tributari specificamente individuati, ossia i reati di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 10-bis e 10-ter D.lgs. n. 74/2000.

Tale opzione legislativa desta non poche perplessità, posto che è problematico configurare il risparmio di imposte, ossia il mancato esborso di denaro, come l'oggetto di una condotta di impiego, sostituzione o trasferimento di beni o utilità "provenienti" dalla commissione di un delitto.

La questione è stata affrontata dalla dottrina tedesca: l'ordinamento penale tedesco, pur non punendo, come si è detto, l'autoriciclaggio, prevede tuttavia espressamente (art. 261 del codice penale tedesco) che anche il risparmio fiscale, derivante dalla commissione di un reato fiscale, possa formare oggetto del riciclaggio.

Le conclusioni a cui tale dottrina perviene è che, salvo i casi in cui tale risparmio venga isolato dal resto del patrimonio per iniziativa dello stesso reo (es esempio: trasferimento in un paradiso fiscale della somma risparmiata per effetto di una frode fiscale), non sia possibile parlarsi di riciclaggio. E ciò in quanto il risparmio fiscale è un qualcosa che si immedesima, per “confusione” con tutto il patrimonio del soggetto e non è da questo autonomamente distinguibile.

Applicando questa teoria se ne deve concludere che, al di fuori dai casi in cui il beneficio oggetto del reato fiscale sia chiaramente distinguibile dal resto del patrimonio (si pensi ad esempio al pagamento di danaro in contante, come compenso per il reato di falsa fatturazione), non sia possibile parlare di riciclaggio e, tanto meno di autoriciclaggio.

Alla stessa conclusione può arriversi anche sotto un altro aspetto. Il riciclaggio, come visto, comporta che vengano adottate modalità concretamente idonee ad impedire l'accertamento della provenienza dei beni.

Quando una attività di investimento venga effettuata lasciando piena tracciabilità degli investimenti, non vi dovrebbe essere spazio per l'autoriciclaggio, mancando la concreta idoneità delle condotte a nascondere la provenienza dei beni.

Ciò vale a maggior ragione con riferimento agli investimenti effettuati nell'ambito di società commerciali e regolarmente iscritti in contabilità, in quanto in tal caso risulta pienamente garantita la tracciabilità delle movimentazioni finanziarie.