

AUTORICICLAGGIO E DIVIETO DI RETROATTIVITÀ: BREVI NOTE A MARGINE DEL DIBATTITO SULLA NUOVA INCRIMINAZIONE

David Brunelli

ABSTRACT

Ci si interroga sull'applicabilità della nuova incriminazione ai reati-presupposto commessi prima della sua entrata in vigore e ci si accorge che la soluzione affermativa, "politicamente scontata", non è così facile da percorrere, tenendo conto delle regole generali. La questione dà l'occasione di ripercorrere taluni concetti della struttura del reato, quali la differenza tra "presupposto" e "condotta", anche in una prospettiva sistematica. Ci si interroga infine sulla applicabilità della nuova incriminazione alle attività economiche già intraprese al momento dell'entrata in vigore della norma.

SOMMARIO

1. Autoriciclaggio da reati pregressi. – 2. Fatto commesso, presupposti della condotta e divieto di retroattività. – 3. Autoriciclaggio e reato "a monte": mero presupposto o frammento della condotta tipica? – 3.1. Autoriciclaggio e rapina impropria. – 3.2. Reato "a monte" e condotta di autoriciclaggio. – 4. Rilevanza penale dell'attività economica già intrapresa.

1.

Autoriciclaggio da reati pregressi.

Il delitto di «autoriciclaggio», per cui è stato forgiato l'art. 648-ter.1 c.p., fa il suo debutto in società ed è subito accolto da una bordata (prevedibile) di fischi da parte della dottrina¹. Cose che possono capitare, soprattutto quando – come nella specie – le nuove incriminazioni godono, invece, di grande favore presso il pubblico.

Mettere insieme “pubblico” e “critica” di questi tempi nella materia penalistica non è agevole, sia perché la seconda troppo spesso considera come marchio d'infamia la provenienza “popolare” di una richiesta di incriminazione, esibendo un aristocratico ed improduttivo distacco, sia perché il “pubblico” ha per evidenti ragioni un accesso privilegiato nella sede politica e quindi si disinteressa dei suggerimenti o delle rampogne provenienti dai “sacerdotes”.

Tra tutti i profili problematici che l'incriminazione dell'autoriciclaggio comporta e che diventeranno ben presto “pasto” prezioso per i denti affilati dei commentatori, prima che croce da portare per i pratici, segnalo qui di volo un tema “di nicchia”, ma che potrebbe intercettare da subito i bisogni della pratica, legato – come sempre capita nei primi giorni di vita delle nuove legislative – alle vicende intertemporali.

Trattandosi di “nuova incriminazione” a tutti gli effetti e, anzi, consistendo l'operazione normativa, in sostanza, nel superamento di una clausola di non punibilità presente nel sistema (c.d. privilegio di autoriciclaggio), quale che ne fossero la natura giuridica e la portata, non si pone rispetto all'autoriciclaggio la consueta questione sulla continuità del nuovo in relazione al vecchio, poiché qui il “vecchio” gravitava tutto nella zona del lecito, o, meno impegnativamente, del non punibile².

Tuttavia, se non sorge questione che possa interessare l'art. 2, commi 2 e 4, c.p.³, non è da escludere che da subito la pratica debba preoccuparsi di dilemmi che coinvolgono il comma 1 dello stesso art. 2 c.p., il che significa – più “autorevolmente” – l'art. 25, comma 2, Cost.

In proposito, innanzitutto, ci si dovrebbe chiedere, infatti, se la nuova incriminazione possa essere applicata all'autoriciclaggio da “reati pregressi”, o se essa valga solo in relazione all'autoriciclaggio dai reati futuri, cioè quelli commessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 648-ter.1 c.p.

Se, insomma, quel «delitto non colposo» che l'autoriciclatore ha «commesso o concorso a commettere» debba anch'esso seguire l'entrata in vigore della legge, o se invece possa anche averla preceduta.

Attorno a questa, che è la questione principale, si potrebbe creare un notevole imbarazzo giurisprudenziale, perché è evidente che l'opinione pubblica e gli stessi operatori si aspettano una immediata applicazione della nuova incriminazione, si aspettano, cioè, che sia punito anche colui che, avendo commesso il delitto non colposo generatore di proventi prima dell'entrata in vigore della l. 15 dicembre 2014, n. 182, abbia impiegato tali proventi solo dopo tale data (autoriciclaggio da reati pregressi); ma, una simile conclusione deve passare attraverso due snodi argomentativi non propriamente agevoli, uno dei quali particolarmente impegnativo.

2.

Fatto commesso, presupposti della condotta e divieto di retroattività.

Il primo passaggio riguarda l'interpretazione di «fatto commesso» ai fini del principio di irretroattività, perché occorre stabilire se nella prospettiva del disposto dell'art. 25, comma 2, Cost., in generale, *tutti* gli elementi che compongono il fatto di reato debbono essersi materia-

¹ All'indomani dell'approvazione della legge, già F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di autoriciclaggio: una fonte inesauribile di effetti perversi dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2014, segnala taluni “inconvenienti” che la nuova incriminazione comporta; in precedenza, la schiera dei contrari alla sua introduzione era nutritissima: tra gli altri, S. SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 236; M. NADDEO-D. MONTEMURRO, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi: un “privilegio” matematicamente sostenibile*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 237 ss.

² Per una sintesi, A. DELL'OSSO, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto: difficoltà di inquadramento dogmatico ed esigenze di intervento legislativo*, in *Riv. it.*, 2011, 1275 ss.

³ Per la verità, potrebbe profilarsi il problema dell'applicazione della nuova norma, più favorevole, all'estraneo rispetto al reato presupposto che in precedenza abbia compiuto riciclaggio in concorso con colui che aveva commesso tale reato; se dovesse stabilirsi che l'ipotesi configura per tutti il concorso nel reato di cui all'art. 648-ter.1, si dovrà predicare anche l'applicazione retroattiva più favorevole di tale norma nelle vicende intertemporali.

lizzati dopo l'entrata in vigore della legge o se alcuni di essi possano anche preesistere.

Non c'è dubbio che la nozione di fatto di reato oggi maggiormente in voga in Italia mal sopporta distinzioni o gerarchie all'interno del c.d. elemento oggettivo o materiale. Ciò è evidente, per esempio, quando si tratta di inquadrare il fatto come oggetto del dolo, anche alla stregua dell'art. 47, comma 1, c.p., il quale non fa distinzioni e proclama la rilevanza dell'errore su qualunque elemento del fatto che costituisce il reato. La stessa "dottrina della volontà" – come è noto – non palesa propensioni a selezionare gli elementi del fatto di reato e sostiene che il dolo è volontà di realizzazione dell'intero fatto tipico, senza distinguere tra ciò che più propriamente è oggetto di (sola) rappresentazione e ciò che su cui può dirigersi la volontà⁴.

Peraltro, quanto alla rappresentazione, non si può negare che la conoscenza sia cosa "diversa" dalla "previsione", anche se entrambi tali stati soggettivi compongono la dimensione intellettuale dei nessi psichici che legano il soggetto al mondo esterno. In fondo, nello stesso codice penale la differenza è riconosciuta, se è vero che alla rappresentazione della realtà come previsione futura è dedicato l'art. 43, mentre alla rappresentazione come conoscenza del fatto si riferisce l'art. 47, e che solo dal combinarsi di entrambe le norme noi ricaviamo la definizione del delitto doloso. Il legislatore equipara, ma solo dopo aver distinto; e, sul piano strettamente esegetico, sarebbe interessante approfondire la ricerca per chiedersi se chi è soltanto in dubbio sulla esistenza delle circostanze fattuali non versi per ciò in errore rilevante (errore sul fatto che costituisce il reato: art. 47), a differenza di chi sia in dubbio sulle conseguenze future del proprio operare (previsione e volontà dell'evento: art. 43⁵).

Eppure, che il nesso psichico doloso comprenda sia elementi *futuri*, come l'evento, sia elementi del *passato* (eventualmente ancora concomitanti), come i presupposti della condotta e tutto ciò che compone la "situazione tipica", è considerata dalla dottrina mera nota descrittiva priva di qualsivoglia implicazione con riguardo alla disciplina del dolo⁶.

La tematica è complessa e in questa sede neppure può essere sfiorata. Peraltro, ai fini che ci interessano, non è necessario, indugiarsi, nonostante il suo indubbio fascino, non solo concettuale; infatti, a prescindere dal dibattito sul fatto come oggetto di dolo, per quanto concerne la individuazione del «fatto commesso» rilevante per le vicende intertemporali, nessuno può mettere in discussione che la norma penale incriminatrice viene in considerazione non tanto come generatrice di «fattispecie penali» composte di elementi costitutivi, quanto piuttosto come fonte di produzione di «precetti» rivolti ai consociati, cioè, come un tempo si diceva, nella sua dimensione di «comando». Ciò significa che la propensione della dottrina ad «appiattire» i singoli elementi del fatto all'interno del capitolo sul dolo non dovrebbe automaticamente diffondersi sul diverso capitolo che studia la fisiologia della sequenza temporale fissata dall'art.

⁴ V., ad esempio, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*³, vol. I, Milano, 2004, 435 s.: «riaffermato il ruolo della volontà, resta vero che non è il caso di accentuare la distinzione tra elementi del fatto oggetto di rappresentazione ed elementi oggetto di volontà, quando conclusivamente si concepisca il fatto di reato come unitario e si ponga in luce che tutti i fattori, anche diversi dalla condotta, entrano a far parte di un "piano" dell'agente e in tal senso sono "con-voluti" nella sua decisione». Le opinioni, invero, sono articolate, sul punto: ad esempio, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁴, Torino, 299, ammette che «la volontà si riferisce a rigore e più precisamente ai soli elementi della condotta e dell'evento (quando quest'ultimo è previsto come essenziale)», mentre G. DE VERO, *Corso di diritto penale*², vol. I, 485 afferma che la volontà abbraccia tutto il fatto di reato, e dunque «sia pure in misura graduata» ogni suo elemento costitutivo.

⁵ Se davvero il dolo (eventuale) del passato e del presente coincida con il dolo (eventuale) del futuro: la differenza, che la dottrina tende a negare (tra gli altri, M. DONINI, Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico, in Cass. pen., 2010, 2568; M. MASUCCI, "Fatto" e "valore" nella definizione del dolo, Torino, 2004, 275 s.; S. CANESTRARI, Dolo eventuale e colpa cosciente, Milano, 1999, 202 ss.; meno di recente, per la piena equiparazione, A. PECORARO ALBANI, Il dolo, Napoli, 1955, 298 s.; per A. DE MARSICO, Coscienza e volontà nella nozione del dolo, Napoli, 1939, 156, addirittura il dubbio su circostanze preesistenti, costituenti presupposto della condotta, non vanno trattati come casi di dolo eventuale ma come casi di dolo diretto), potrebbe invece spiegare, per esempio, l'inusitata apertura alla c.d. formula di Frank operata dalla Cassazione in tema di ricettazione (Cass. Sez un. 3 marzo 2010, Nocera, in Dir. pen. proc., 2010, 822) e dovrebbe portare ad escludere la compatibilità tra dolo eventuale e riciclaggio, per esempio nel caso in cui l'operatore bancario sia in dubbio sulla provenienza delittuosa del denaro che è chiamato a movimentare, ma per negligenza, incuria o disattenzione, in violazione delle regole del settore, accettati di farlo.

⁶ La polemica sulla distinzione tra elementi autenticamente "voluti" ed elementi solo "rappresentati" e tra rappresentazione come conoscenza e come previsione, peraltro, è spesso scervra da ricadute pratiche, sicché rischia talvolta di risolversi in sterile disputa nominalistica. Sotto il primo profilo, i teorici della volontà giustamente rivendicano che «la volontà nel dolo non può (e non deve) essere concepita come un fenomeno riferito, in forma del tutto separata, ai singoli elementi del fatto tipico, dovendo invece essere ricostruita alla luce del significato che tali elementi assumono una volta posti a contatto con la deliberazione di agire nella consapevolezza del loro reciproco collegamento» (G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamentali*, Torino, 2008, 400), ma, d'altro canto, è anche innegabile che talvolta la prova della sussistenza del dolo si incentri e si esaurisca sulla prova della conoscenza di elementi fattuali preesistenti o concomitanti, traendosi da quel dato rappresentativo la conclusione circa la sussistenza in capo all'agente della volontà di realizzare il fatto di reato. Quanto al secondo profilo, la distinzione tra conoscenza e previsione è comunemente ammessa (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2014, 369), senza però che se ne facciano discendere conseguenze operative.

25, comma 2, Cost.

Sia la *ratio* “garantista”, sia la propensione “funzionale” del principio di irretroattività si basano, infatti, sull’idea della *pretesa comportamentale* nei confronti dei consociati che sorge con la descrizione del fatto vietato e la conseguente minaccia sanzionatoria⁷. Da questo angolo visuale, che mette in primo piano il “tempo nel reato”, non è plausibile l’appiattimento: la chiave temporale pone in evidenza che gli elementi fattuali riconducibili alla “situazione tipica” possono venire ad esistenza ben prima del verificarsi della condotta e dell’evento, e che da essi si distinguono gli elementi che costituiscono invece il “precetto penale”, di agire o di non agire, sui quali si incentra e si esaurisce la *pretesa normativa*⁸.

Ciò è particolarmente in risalto quando a comporre la situazione tipica sono elementi “neutri” su piano dell’illecito, pur consistenti in un comportamento dell’agente. Classico è l’esempio della bigamia, in cui il “*precedente matrimonio*” non è certo oggetto di divieto e può essersi verificato anche a notevole distanza di tempo dalla condotta tipica⁹. Ma la prospettiva non cambia a fronte di una situazione tipica qualificabile come illecita alla stregua di *altra* norma penale: nella ricettazione, la provenienza illecita delle cose, fungendo da mero presupposto della condotta tipica di acquisto o ricezione od occultamento posta in essere da altra persona, allo stesso modo non entra nella sfera precettiva della norma incriminatrice. Pur essendo “vietato” commettere il fatto da cui quelle cose provengono, ai fini del precetto che si ricava dalla norma sulla ricettazione quel dato non rileva, nel senso che non costituisce l’oggetto del divieto, ma una sua circostanza (essenziale)¹⁰.

Neppure conta che l’illiceità della situazione tipica sia stata determinata dalla *stessa persona* a cui si rivolge il “precetto”: per esempio, il divieto di rivelazione del contenuto della corrispondenza di cui all’art. 616, comma 2, c.p., è rivolto esclusivamente al «colpevole» del delitto di cui al comma precedente, vale a dire a colui che ne ha preso abusivamente cognizione, ma il divieto di prendere cognizione, che riguarda la stessa persona, si esaurisce all’interno del comma 1 e nel comma successivo la sua violazione rileva pacificamente solo come mero presupposto della condotta (situazione tipica).

La giurisprudenza, del resto, sembra orientata ad assegnare importanza alla distinzione, proprio nella prospettiva del principio di irretroattività. In un caso, si trattava di stabilire se fosse punibile ai sensi dell’art. 316 *bis* c.p. un soggetto che aveva ottenuto contributi pubblici prima del 1990 (data di entrata in vigore della norma) e che successivamente aveva mancato di destinarli alle finalità pubbliche specificamente indicate nel provvedimento di largizione. In quella occasione la Cassazione ha ritenuto che tali dati temporali non ostassero alla dichiarazione di responsabilità, non operando il divieto di retroattività con riferimento esclusivo alla sussistenza del presupposto della condotta in epoca anteriore all’entrata in vigore della norma¹¹. Il fatto era stato commesso dopo la norma, anche se la situazione tipica preesisteva.

Il conferimento di una erogazione pubblica è, senz’altro, elemento in sé neutro del fatto tipico, ma la giurisprudenza non sembra cambiare idea anche nell’ipotesi di elemento che esprima una nota di illiceità, posto in essere precedentemente dalla stessa persona.

Il caso è più complesso e di notevole impatto pratico. Ha riguardato l’incriminazione della mancata bonifica dei siti inquinati che per la prima volta ha assunto sembianze normative nella controversa figura di cui all’art. 51 *bis* del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (inserito dal d.lgs. 8 novembre 1997, n. 389). L’introduzione di tale norma – che attualmente trova corrispondenza nell’art. 257 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – ha generato il dilemma della sua applicazione ai c.d. inquinamenti pregressi, dovendosi subito stabilire se l’omissione di bonifica da parte

⁷ Sul collegamento tra principio di irretroattività, principio di colpevolezza ed esigenze di prevenzione generale, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 81; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993, 81.

⁸ È classica la descrizione di F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Roma, 1952, 19, che parla di «circostanze costitutive del reato» come elementi che «devono preesistere alla condotta perché questa risulti contraria al precetto»; per la nozione “ampia” di «situazione tipica», mi permetto il rinvio a D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminali*², Torino, 59 ss. Sulla natura giuridica dei presupposti della condotta con riferimento alla disciplina del tempo del reato, D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il tempo nel reato. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, 2011, 30 ss., che si concentra sul rapporto tra presupposti e *abolitio criminis* mediata.

⁹ L’esempio della bigamia è solitamente formulato per dimostrare che la volontà abbraccia l’intero fatto di reato (il bigamo non vuole solo il matrimonio, bensì un *secondo* matrimonio: cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 486); quanto, però, alla *pretesa comportamentale*, è chiaro che si inibisce *niente altro* che di contrarre un matrimonio – condotta in sé altrimenti lecita – solo a chi in precedenza ne abbia contratto un altro e abbia contezza di tale suo pregresso comportamento: il precetto è sempre mirato al presente della condotta e mai al passato.

¹⁰ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 136.

¹¹ Cass. Sez. VI, 26 settembre 2000, n. 10149, Abruzzo, rv. 217663.

dell'inquinatore fosse punibile anche se la previa causazione dell'inquinamento del sito era da collocare in periodo antecedente all'entrata in vigore della norma incriminatrice. Naturalmente sia la dottrina che la giurisprudenza hanno fornito risposte contrastanti, ma il contrasto di vedute era determinato e si concentrava sulle premesse del ragionamento, vale a dire sulla ricostruzione del vero volto della nuova enigmatica fattispecie. Chi riteneva che l'infelice formulazione dell'art. 51 *bis* aveva ritratto i contorni di un reato di evento a forma libera munito di clausola di non punibilità sopravvenuta, a beneficio dell'inquinatore che avesse bonificato, non poteva che concludere che l'incriminazione lasciasse impuniti gli inquinamenti pregressi¹²; chi, invece, vi scorgeva l'effigie di un reato omissivo proprio costruito attorno alla situazione tipica del pregresso (eventualmente anche incolpevole) inquinamento perveniva ad opposta conclusione, proprio in virtù del rilievo che la situazione tipica potesse preesistere all'entrata in vigore della legge senza violare il divieto di retroattività¹³.

A prescindere dall'esito della "tenzone", che ha visto, infine, prevalere la prima prospettazione¹⁴, dalla vicenda si può ricavare la conferma di quanto sinora sostenuto, poiché nessuno ha posto in dubbio che, qualora fosse prevalsa la "versione" omissiva, le conclusioni sarebbero state quelle della piena applicabilità della norma agli inquinamenti pregressi; anzi, non è mancato chi, forse invertendo il corretto metodo interpretativo, ha ricavato argomento a favore della prima tesi, proprio basandosi sul rilievo della inaccettabilità delle conseguenze della tesi avversa sulla questione degli inquinamenti pregressi¹⁵.

Abbiamo materiale, dunque, per concludere questo primo passaggio argomentativo, rilevando che *se* nel neonato delitto di autoriciclaggio, la previa commissione di un delitto non colposo da parte dello stesso "riciclatore" fosse da considerare un mero "presupposto della condotta" non si ravviserebbero soverchi problemi di contrasto con il divieto di retroattività nel ritenere applicabile la nuova norma anche in relazione all'autoriciclaggio di proventi derivanti da reati pregressi, accontentando in questo modo le "attese" della politica.

3. Autoriciclaggio e reato "a monte": mero presupposto o frammento della condotta tipica?

Il secondo passaggio consiste, allora, nel provare a stabilire quale sia il ruolo di tale elemento nella struttura della nuova fattispecie criminosa, scavando all'interno di essa per metterne in risalto i singoli componenti.

In proposito va subito notato che l'incriminazione dell'autoriciclaggio comporta una nota distonica rispetto al percorso sinora compiuto attraverso la successione delle norme che a partire dal 1978 hanno riempito l'art. 648 *bis* c.p., tutto segnato dal progressivo distacco tra reato presupposto e condotta di "ripulitura", con ricadute evidenti quanto a individuazione del bene tutelato.

La dottrina e la giurisprudenza hanno efficacemente descritto la metamorfosi che la figura del riciclaggio ha subito nel tempo, sino a chiarire che la norma oggi in vigore non ha nulla a che fare con la tutela del patrimonio, in particolare dovendosi escludere che il disvalore del reato presupposto si rifletta nel fatto tipico del riciclaggio e la funzione di quest'ultima incriminazione si risolva ancora nell'ottica di un *reato ostacolo* rispetto a quello presupposto¹⁶.

Anche su questo aspetto non indugero, non senza notare, tuttavia, che proprio la progressiva "rarefazione" del reato presupposto e il suo sganciamento logico e fattuale ("affrancamento")

¹² Per tutti, P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I profili penali della bonifica dei siti contaminati*, in *Amb.* 2000, 420; Cass. Sez. III, 8 marzo 2007, n. 9794, Montigiani, in *Guida dir.*, 2007, 20, 81, con nota A. NATALINI, *Sul traffico illecito di rifiuti restano le criticità di sempre*.

¹³ Volendo, D. BRUNELLI, *Profili penali nella bonifica dei siti inquinati*, in *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, a cura di P.M. Vipiana Perpetua, Padova, 2002, 221 ss.; Cass. Sez. III, 24 aprile 2000, n. 1783, Pizzuti, in *Cass. pen.*, 2002, 2875, con nota di F. ANILE, *La difficile applicazione della disciplina della bonifica dei siti contaminati, ex art 17 d.lgs. n. 22/97: irretroattività del fatto o di diritto?*

¹⁴ Cass. Sez. III, 9 luglio 2007, n. 26479, Magni, in *Dir. giur. agr.*, 2009, II, 421, con nota di A. COVIELLO, *Sulla natura giuridica del reato di omessa bonifica dei siti inquinati*.

¹⁵ F. ANILE, *La difficile applicazione della disciplina della bonifica dei siti contaminati*, cit., 2888.

¹⁶ Il quadro è efficacemente tratteggiato da M. ANGELINI, *Il reato di riciclaggio (art. 648 bis c.p.)*. *Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Torino, 2008, 19 ss.; per il punto sul problema della individuazione del bene giuridico nel delitto di riciclaggio, v. anche, tra gli altri, V. PLANTAMURA, *Riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e confisca*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. X, Torino, 2011, 860 ss. Si veda ora anche la pregevole ricostruzione operata da Cass. Sez. un., 13 giugno 2014, n. 25191, Iavarazzo.

dalla condotta di riciclaggio hanno rappresentato un argomento “forte” a favore della possibilità di cancellare il c.d. “privilegio” dell’autoriciclaggio che si legge nella clausola di apertura dell’art. 648 *bis*, una volta escluso che la condotta del riciclatore fosse già compresa nel disvalore espresso dall’incriminazione del reato presupposto e che quel “beneficio” fosse il tributo da pagare al principio del *ne bis in idem*. Ma, proprio nel momento in cui prende corpo l’operazione legislativa che liquida la contestata “immunità”, ci si deve accorgere che l’art. 648-*ter*.1 finisce per recuperare automaticamente un margine di collegamento tra reato presupposto e condotta tipica, dal momento che entrambi *sono riferiti alla stessa persona*.

La circostanza, pur rimanendo non selezionata preventivamente dal legislatore la tipologia del reato presupposto, determina una maggiore concretizzazione dell’elemento in questione, del quale si dovranno avvistare le modalità realizzative, e dunque anche il tempo della commissione, al fine di accertare se esso sia stato commesso dallo stesso riciclatore.

Da questo punto di vista, si può sin d’ora notare che l’incriminazione dell’autoriciclaggio non incarna solo uno strumento per rendere più efficace la lotta contro la circolazione delle ricchezze illecite, come hanno proclamato i suoi fautori, ma determina anche una più approfondita tutela dei beni a cui mira la previsione del reato presupposto, rappresentando (almeno in linea teorica) per l’aspirante reo un ostacolo maggiore al conseguimento della rendita da reato e quindi una ragione in più per astenersi dalla sua realizzazione¹⁷.

3.1. *Autoriciclaggio e rapina impropria.*

Ciò posto, recente giurisprudenza ha avuto modo di indagare sulla questione relativa alla natura giuridica e al ruolo di un comportamento del reo che precede la condotta tipica, onde stabilire se tale comportamento integri gli estremi del (mero) presupposto – in quanto tale estraneo al precetto – ovvero di una preliminare condotta tipica, che non esaurisce il fatto, ma ne introduce la realizzazione (reato a condotta complessa o con due condotte). La questione controversa, molto “famosa”, riguarda la configurabilità del tentativo di rapina impropria, a fronte di una violenza commessa dal reo dopo un tentativo di furto, allo scopo di conseguire l’impunità; come noto, le Sezioni unite hanno riconfermato l’orientamento assolutamente prevalente, a favore della risposta affermativa, in particolare negando che con l’espressione «immediatamente dopo la sottrazione», che compare nell’art. 628, comma 2, c.p., il legislatore abbia voluto designare un mero presupposto fattuale della condotta tipica di «violenza o minaccia alla persona». Ciò principalmente perché la «sottrazione» è «pur sempre [...] una condotta consapevole e già illecita dello stesso agente e non certo [...] un elemento naturale o giuridico anteriore all’azione delittuosa e indipendente da essa»¹⁸.

Ho già discusso, in altra sede, questa affermazione della Corte suprema, dalla quale si ricava che giammai un reato potrebbe costituire “mero” presupposto fattuale di altro reato se ne è autore la stessa persona e non ripeto qui gli argomenti che mi portano a ritenere che si tratta di opinione infondata, anche alla luce di indicazioni sistematiche che mostrano l’esistenza nell’ordinamento di reati che pacificamente trovano il loro presupposto nella realizzazione di un previo reato da parte dello stesso soggetto¹⁹.

Dunque, non sarebbe “scandaloso” che un futuro possibile orientamento giurisprudenziale favorevole alla punibilità dei c.d. autoriciclaggi pregressi passasse attraverso il ripudio di una simile impegnativa affermazione in diritto e riconoscesse che il reato commesso dall’autoriciclatore è un mero presupposto della condotta di autoriciclaggio nell’art. 648-*ter*.1. Non sarebbe la prima volta che orientamenti accomunati dalla vocazione “efficientista” e “performativa” della risposta penale, consonanti con supposti bisogni sociali di punizione, debbano invece divergere sulle premesse giuridiche dei loro prodotti, sino a contenere enunciati incompatibili; del resto, riconoscere un errore – ammesso che davvero vi possa essere una simile ammissione – è atteggiamento preferibile rispetto al perseverarvi.

¹⁷ Già A. CASTALDO-N. NADDEO, *Il denaro sporco*, Padova, 2010, 92, avevano notato che la cancellazione della clausola di non punibilità dell’autoriciclaggio avrebbe comportato il ritorno della reato di riciclaggio ad un ruolo accessorio rispetto al reato presupposto.

¹⁸ Cass. Sez. un., 12 settembre 2012, n. 34952, Reina, in *Cass. pen.*, 2013, 52.

¹⁹ V. D. BRUNELLI, *Tentativo della rapina impropria: le Sezioni Unite liquidano sul nascere i segnali di enforcement del precedente*, in *Cass. pen.*, 2013, 61 ss., a cui mi permetto rinviare anche per le indicazioni bibliografiche e dei precedenti giurisprudenziali.

Neppure una via d'uscita dalla situazione "imbarazzante" potrebbe rinvenirsi osservando che il dibattito insorto a proposito del tentativo di rapina impropria non può essere riversato sulla materia problematica degli autoriciclaggi pregressi perché, mentre nel caso dell'art. 648-ter.1, il reato presupposto rimane perfettamente applicabile in *concorso* a carico dell'autoriciclatore, nel caso dell'art. 628, comma 2, la più grave figura della rapina impropria *assorbe*, come reato complesso, la meno grave e componente figura del furto, il cui precetto si troverebbe a scomparire qualora i suoi estremi costitutivi (divieto di «sottrazione») degradassero a mero presupposto.

Anche questo è un tema, assai poco studiato, di teoria generale. Sono coinvolti il significato e la portata del fenomeno dell'"assorbimento" di un reato in un altro che ne contiene struttura e/o disvalore, dovendosi stabilire se quel fenomeno equivalga ad una "cancellazione" di rilevanza giuridica o ad una instabile "messa da parte" provvisoria coinvolgente la mera punibilità. In ogni caso, pur senza approfondire, appare evidente che la materia (unità o pluralità di reati) è troppo impregnata da valutazioni di convenienza politico-criminale – si veda per esempio la norma dell'art. 301, comma 3, c.p. che deroga per tali ragioni al principio di specialità – per connettervi implicazioni in chiave di qualificazione concettuale di elementi del reato. Non sarebbe corretto far dipendere la natura giuridica di un determinato elemento della fattispecie criminosa dalle mutevoli valutazioni circa l'unicità o la pluralità delle risposte sanzionatorie; in particolare, quanto alla nostra questione, non sarebbe corretto sostenere che se il reato rimane unico ciò vuol dire che esso è composto da *più* precetti, mentre se si applica congiuntamente agli altri significa che contiene *un solo* precetto.

3.2.

Reato "a monte" e condotta di autoriciclaggio.

Ma la ragione per la quale, in definitiva, appare molto difficile assegnare al reato commesso dall'autoriciclatore la natura di presupposto della condotta, tenendolo così al riparo dalla scansione temporale imposta dall'art. 25, comma 2, Cost., non risiede a ben vedere, comunque, nella sua dimensione di fatto illecito, vietato dall'ordinamento.

Infatti, esclusa, a mio avviso, l'attendibilità di un simile criterio, ciò che conta, in tali casi, è il *rapporto logico-strutturale* che nella fattispecie si instaura tra i due comportamenti posti in essere in sequenza temporale da parte dello stesso agente.

Nella fattispecie della rapina impropria – che ho preso come modello di paragone – emerge che solo "dopo" la sottrazione l'agente *decide* di commettere una violenza o una minaccia, nei confronti di chi cerca di non perdere definitivamente il contatto con la cosa mobile o si intromette per trattenerlo o identificarlo.

Chi sostiene, fondatamente, che in questa fattispecie la sottrazione funge da mero presupposto si basa, infatti, sulla "indipendenza" di tale comportamento da quello attorno al quale viene costruito il precetto (violenza o minaccia alla persona), tanto è vero che quest'ultimo non costituisce certamente il "risultato" (causale o strumentale) del primo; al contrario è il contenuto del precetto che "dipende" dalla esistenza del presupposto, perché esso conferisce alla (unica) condotta il significato offensivo che altrimenti non avrebbe e dunque la "condiziona" e la "illumina", sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo²⁰.

Se questo è il criterio diagnostico corretto da utilizzare anche per individuare la natura giuridica del reato da cui provengono il denaro, i beni o le altre utilità oggetto di autoriciclaggio, il parallelo tra rapina impropria e autoriciclaggio può dirsi interrotto proprio dal suo impiego. Infatti, non sembra si possa sostenere che la commissione del reato "a monte" sia disfunzionale rispetto all'impiego economico dei proventi e, dunque, che tale ultima prospettiva compaia all'orizzonte solo dopo che il reato sia stato commesso.

In realtà, la messa a reddito dei proventi è il verosimile e frequente risultato avuto di mira con la commissione del reato "a monte", non solo dal punto di vista criminologico e comunque nella prospettiva del singolo agente; esso lo è (sempre) anche dal punto di vista obiettivo-strutturale. Infatti, attraverso l'incriminazione dell'autoriciclaggio e la formulazione della nuova

²⁰ T. PADOVANI, *Tentativo di sottrazione e tentativo di rapina impropria*, in *Giur. it.*, 1977, II, 231, per il quale la sottrazione nel delitto di rapina impropria non ha alcun rapporto con la violenza o la minaccia, né può esprimerne la direzione finalistica a commetterla; volendo, v. anche D. BRUNELLI, *Brevi considerazioni su tentativo di rapina impropria e fattispecie penali con plurimo comportamento*, in *Cass. pen.*, 2003, 3627.

fattispecie, è il legislatore a cristallizzare tale rapporto, a prendere in considerazione il legame strumentale tra la commissione del reato produttivo di utilità economicamente rilevanti e la condotta di impiego di tali risorse, in vista della loro “ripulitura” e del loro incremento.

La sequenza fotografata è allora quella di due condotte, distinte logicamente e cronologicamente, di cui la prima è funzionale alla seconda e non indipendente da essa. Il raffronto va fatto non più con la rapina impropria, ma – per esempio – con il falso in scrittura privata (art. 485 c.p.), in cui sono previste in sequenza le due condotte di formazione dell’atto falso e del successivo uso, entrambe componenti il fatto e il precetto.

Non inficia il parallelismo, come notato sopra, la circostanza che mentre la (previa) formazione dell’atto falso non costituisce un autonomo reato, la commissione del reato “a monte” dell’autoriciclaggio mantiene la sua autonoma rilevanza penale ed è – prevedibilmente – chiamato a concorrere con il reato di cui all’art. 648-ter.1, non rimanendo in questo assorbito. Si è visto, infatti, che le vicende relative al dilemma unità-pluralità di reati non debbono rifluire sui profili strutturali degli elementi che compongono la fattispecie criminosa, e, del resto, il ruolo del reato “a monte” non potrebbe cambiare se, per ipotesi, finisse per prevalere l’opposta opinione – niente affatto bizzarra – che ravvisasse nella vicenda gli estremi di un ante-fatto non punibile e ritenesse l’assorbimento del primo reato nel secondo.

Neppure a diversa conclusione si dovrebbe pervenire enfatizzando il rilievo della *aspecificità* del titolo del reato “a monte”. Attraverso tale tecnica, infatti, il legislatore non ha inteso “astrattizzare” il dato, bensì semplicemente ha rinunciato a elencare le tipologie dei reati in grado di generare autoriciclaggio. Quel «delitto non colposo» non è un qualunque delitto, ma un singolo fatto di reato produttivo di danaro, beni o altre utilità suscettivi di impiego e resa economica, concretamente posto in essere dal soggetto che in seguito compie le ulteriori condotte tipiche.

Dal punto di vista processuale, quella ricchezza impiegata non avrà il carattere della astrattezza propria dell’oggetto dell’eteroriciclaggio, ma sarà riconducibile necessariamente a quell’episodio concreto perché si dovrà dimostrare che unico è il soggetto agente. Ecco perché, anche sul piano criminologico, il fenomeno dell’autoriciclaggio va tenuto distinto da quello dell’eteroriciclaggio²¹, e perché, sul piano del contenuto offensivo, solo la prima (neonata) figura può dirsi omogenea rispetto al reato “a monte”, costituendone un prolungamento esecutivo.

L’autoriciclaggio da “privilegio” foriero di non punibilità diventa un “accessorio” punitivo che migliora e qualifica la tutela offerta dal reato “a monte”, così come la minaccia di pena in esso ora incorporata – inferiore, non a caso, a quella del riciclaggio – dovrebbe maggiormente trattenere dal commettere tale reato, che si vuole far diventare così tendenzialmente “improduttivo”²².

4.

Rilevanza penale dell’attività economica già intrapresa.

Tutto quanto precede mi induce, dunque, a ritenere che la risposta più corretta dal punto di vista logico-sistematico – ancorché “scomoda” e sorprendente – al quesito da cui siamo partiti è che la nuova incriminazione non si possa applicare all’autoriciclaggio per reati pregressi, siccome l’intero fatto (comprensivo del «delitto non colposo») descritto nell’art. 648-ter.1 deve essersi verificato dopo l’entrata in vigore della norma²³.

La diversa conclusione – il «delitto non colposo» è un mero presupposto della condotta per cui non rileva il tempo della sua realizzazione – cozzerebbe, da un lato, con l’impiego del criterio diagnostico più adeguato, d’altro lato, con il ragionamento proposto dalle Sezioni unite della Cassazione, che hanno ritenuto – sbagliando, a mio avviso – che giammai un fatto illecito e quindi di per sé vietato possa fungere da presupposto della condotta tipica.

²¹ Lo sottolineano: M. ANGELINI, *Il reato di riciclaggio*, cit., 42 ss.; M. NADDEO-D. MONTEMURRO, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi*, cit., 353.

²² Come noto, infatti, era su questa implicazione che si incentrava una delle ragioni contrarie alla eliminazione della clausola di non punibilità; per esempio, S. SEMINARA, *I soggetti attivi*, cit., 236, rilevava che la punizione dell’autoriciclaggio si sarebbe risolta in una automatica causa di aggravamento della responsabilità per il reato presupposto e che tale esito «forse da taluni apprezzabile sul piano della prevenzione generale» sarebbe stato «certamente disastroso per la razionalità del sistema».

²³ Se si tratta di reato permanente, la condotta deve perciò essersi protratta oltre tale data e i proventi impiegati o utilizzati dovrebbero riferirsi a tale ulteriore periodo consumativo, come nel caso individuato da Cass. Sez. un., 13 giugno 2014, cit. relativo al delitto di associazione mafiosa dalla cui attività generino direttamente proventi illeciti, senza il “passaggio” intermedio della commissione di delitti scopo.

Tuttavia, non è difficile prevedere che, più forte della coerenza sistematica saranno le ragioni di *realpolitik*, palesemente militanti per l'opposta soluzione.

Anche in questo caso, per la verità, potrebbe residuare un ulteriore problema di compatibilità tra il divieto di retroattività e l'applicazione della norma alle vicende *in fieri*.

Infatti, poiché la condotta tipica del nuovo reato, descritta, secondo un'ampia gamma di forme e combinazioni, come «impiego, sostituzione o trasferimento, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative» dei proventi illeciti, può durare nel tempo, dando luogo ad un reato di durata, si può immaginare che tale condotta sia iniziata prima dell'entrata in vigore della nuova legge, e proseguita dopo tale data. Nulla di male, in generale, a prevedere l'applicazione del reato di autoriciclaggio per la parte di condotta che si posiziona dopo l'entrata in vigore della legge – una volta superato l'ostacolo di cui ho parlato sinora – ma non si deve dimenticare che tale condotta può concretamente presentarsi in molti modi, trattandosi di attività “complessa”.

Investire in una impresa significa compiere una molteplicità di atti, talvolta dipendenti gli uni dagli altri, ciascuno comportante un esborso economico. Per esempio può accadere che l'attività finanziata con il denaro di provenienza illecita abbia già speso in strutture e assunto personale, ordinato commesse e avviato l'attività; che succede allora se, una volta entrata in vigore la legge, il colpevole del reato a monte con lo stesso denaro paga le forniture in adempimento di contratti stipulati anteriormente?

Si dirà che non deve adempiere se non vuol commettere il reato di autoriciclaggio, anche se sarà dura comunicare ai dipendenti e ai creditori che l'impresa chiude per evitare al titolare o al finanziatore di finire in galera. Però, quanto quel «fatto commesso» dopo l'entrata in vigore della legge costituisce violazione del nuovo precetto penale e non mera prosecuzione di attività posta in essere precedentemente, in assenza di analogo divieto?

Ricavare dalla immediata vigenza della norma un onere di interruzione dell'attività economica in precedenza avviata significa anche accentuare la tensione con il principio del *nemo tenetur se detegere*, che le opinioni contrarie all'incriminazione dell'autoriciclaggio non avevano mancato di evidenziare.

Insomma, le rapide note che precedono fanno presagire che l'entrata in scena del nuovo reato non sarà indolore; ammesso, ma non concesso, che le cose miglioreranno superate le vicende intertemporali, il suo varo applicativo propone questioni giuridiche non semplici da risolvere, neppure col criterio sbrigativo della “utilità” e della “convenienza” pratica, solitamente seguito dalla giurisprudenza nei casi più scabrosi.