

RICICLAGGIO E PROVENTI DI REATO  
COMMESSO ALL'ESTERO. PROFILI  
PROBLEMATICI



in *disCrimen* dal 14.5.2021

*Fabio Antonio Siena, Folco Gianfelici\**

SOMMARIO 1. Premessa. — 2. Impostazione dell'indagine. — 3. I limiti d'efficacia spaziale. — 3.1. Il limite spaziale come limite della fattispecie. — 3.2. Il limite territoriale. — 4. Doppia incriminabilità. — 4.1. Gli argomenti di tipo letterale. — 4.2. Gli argomenti di tipo assiologico. — 4.3. Antigiuridicità. — 4.4. In conclusione. — 5. Reato presupposto del riciclaggio ed efficacia spaziale della legge penale. — 6. Inutilità della doppia incriminazione? — 6.1. Riassunzione sotto l'art. 5 c.p. — 7. Conclusioni.

## 1. Premessa

Nel corso degli ultimi anni il contrasto al riciclaggio di denaro attraverso il sistema finanziario è balzato in cima all'agenda del legislatore europeo, specie sulla spinta delle crescenti preoccupazioni connesse all'informatizzazione dei mercati e degli strumenti di pagamento e, dunque, all'ampliarsi di aree di operatività sottratte, in tutto o in parte, alle stringenti discipline e meccanismi di prevenzione del fenomeno criminale<sup>1</sup>.

Si sono da ultimo susseguite, infatti, numerose Direttive AML/CFT<sup>2</sup> volte, da un lato, ad aggiornare lo strumentario a disposizione delle autorità nazionali ed europee, nell'ottica di una maggiore cooperazione, e, dall'altro, si è sperimentata, con la Direttiva n. 2018/1673/UE, una vera e propria disciplina penale sostanziale "minima" di tipo sovranazionale<sup>3</sup>, della quale si attende ancora il recepimento in Italia, come in molti altri Stati membri.

---

\* L'articolo è frutto della riflessione comune dei due autori, ma i §§1, 4, 4.2, 4.3, 4.4 e 5 possono essere attribuiti a F. SIENA e i §§2, 3, 3.1., 3.2, 6, 6.1, 7 a F. GIANFELICI.

<sup>1</sup> In argomento sia consentito il rinvio a F. GIANFELICI - F.A. SIENA, *Il legal framework europeo di contrasto al riciclaggio transnazionale verso una svolta?*, in *Giur. pen. web.*, n. 2/2021, pp. 1-30.

<sup>2</sup> Questo complessivo *legal framework* europeo è oggi al vaglio della Commissione UE che ne preannuncia rilevanti innovazioni, ancorché il ravvicinamento delle legislazioni penali sostanziali degli Stati membri sembra, per ora, rimanere sullo sfondo. Cfr. *Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing*, COM (2020) 2800 final, del 07.05.2020.

<sup>3</sup> La Direttiva si fonda sulle competenze penali attribuite all'Unione Europea dall'art. 83 TFUE come riformato dal Trattato di Lisbona. In argomento cfr. K. AMBOS, *European Criminal Law*, Cambridge, 2018, pp. 6-10 e 317 ss.; V. MITSILEGAS, *Eu Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, 2016, pp. 57-60.

In quest'ultima Direttiva si prevede una nozione unitaria di riciclaggio, un'ampia elencazione dei reati presupposto, l'obbligo di incriminare l'autoriciclaggio e di estendere la responsabilità da reato anche agli enti collettivi.

Il punto su cui questo articolo intende maggiormente soffermarsi, nella prospettiva soprattutto dell'ordinamento italiano, è la presa di posizione della Direttiva, particolarmente innovativa ed incisiva, sul caso del riciclaggio transnazionale, in cui il reato presupposto da cui scaturiscono i proventi illeciti è commesso interamente all'estero.

Questo fenomeno è assai insidioso, in quanto alla massima libertà garantita alla circolazione dei capitali nel mercato unico europeo si affiancano ancora numerosi ostacoli alla cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, in buona parte dovuti alle differenti legislazioni penali.

Proprio con la finalità politica di ridurre l'impatto negativo (e talvolta paralizzante) di tali differenze tra gli ordinamenti e con l'obiettivo di massimizzare l'efficacia dell'azione repressiva, la Direttiva prevede che per alcune categorie di reati presupposto commessi all'estero (es. criminalità organizzata, corruzione e molti altri) gli Stati membri non possano prevedere il requisito della doppia incriminabilità per punire il susseguente riciclaggio commesso nel loro territorio<sup>4</sup>.

Si vuole così evitare che la mancata previsione di un fatto come reato in uno Stato membro o in uno Stato extra-europeo (almeno quando si tratta di categorie di reati particolarmente gravi) consenta di disporre liberamente dei relativi profitti nei vari Stati europei in cui il livello della tutela penale è più elevato. Tale possibilità, specie se a venire in gioco sono Stati in cui vigono legislazioni penali non conformi agli standard UE, inficerebbe non di poco l'efficacia della complessiva politica anti-riciclaggio.

Il principio di doppia incriminabilità del fatto, allora, si pone, entro certi limiti, come un ostacolo da superare, almeno quando viene in gioco il riciclaggio transnazionale, le cui implicazioni più preoccupanti, almeno nell'ottica del legislatore europeo, sono proprio quelle che attengono all'integrità del mercato e della leale concorrenza tra gli operatori economici che beneficiano dell'assenza di barriere interne all'Unione Europea.

Tale requisito di doppia incriminabilità è, però, espressamente previsto e senza eccezioni dalla legislazione di molti Stati membri<sup>5</sup>.

Benché manchi in Italia un'esplicita disposizione normativa che lo preveda, la giurisprudenza ritiene esistente tale requisito di doppia incriminabilità del fatto sia come principio generale di diritto penale internazionale (immanente al sistema del titolo I del

---

<sup>4</sup> V. art. 1, par. 3, lett. c) e par. 4 della Direttiva 2018/1673/UE.

<sup>5</sup> Si vedano, ad esempio, il §261.8 StGB tedesco e il §31.11 del *Criminal Justice Act* del 1994 irlandese.

codice penale), sia in relazione al reato presupposto del delitto di riciclaggio<sup>6</sup>.

Prendendo spunto dall'emersione di tale elemento di possibile distonia tra la disciplina sull'efficacia spaziale della legge penale italiana e i limiti posti alla previsione del requisito della doppia incriminabilità del fatto dalla Direttiva europea, questo articolo fornirà una revisione critica dei principali orientamenti emersi sinora in dottrina e giurisprudenza, al fine di dimostrare l'inesistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di doppia incriminabilità e l'impossibilità di dedurlo comunque dalla struttura di "reato accessorio" della fattispecie di riciclaggio.

Come si vedrà, tuttavia, le esigenze poste alla base della doppia incriminabilità da coloro che la sostengono trovano comunque un fondamento in almeno due snodi critici: quello della colpevolezza di chi, agendo all'estero, ben potrebbe ignorare la legge penale italiana; quello della coerenza sistematica per cui un fatto imposto o autorizzato da una norma extrapenale, anche straniera, non può al contempo essere assoggettato a sanzione penale.

Si tratta di esigenze che permangono e che, al di là della doppia incriminabilità, l'interprete non può ignorare e che limitano di fatto l'efficacia innovativa della Direttiva UE sul punto: anche negata l'esistenza della doppia incriminabilità, i sopracitati profili incidono comunque sull'effettiva capacità della norma incriminatrice di colpire proventi di fatti di reato che sono tali alla sola luce della norma interna e non lo sono secondo la *lex loci*.

## 2. Impostazione dell'indagine

Ora, l'ingresso della Direttiva sembrerebbe cambiare molto nel panorama europeo dell'antiriciclaggio. Tra i problemi tipici vi è che le autorità dei vari stati arrestino i propri sforzi di collaborazione se il fatto non è doppiamente incriminato.

Questa è probabilmente la ragione per l'introduzione di un comando tanto secco come quello contenuto nella direttiva – "*punisci il riciclaggio anche se il reato presupposto non è incriminato nello stato in cui è stato commesso*" – che sembrerebbe non fare distinzioni con riguardo al destinatario, membro delle forze di pubblica sicurezza, pubblico ministero, o giudice che sia. Qui ci si vuole occupare, però, solo di quest'ultimo soggetto esaminando in che modo la giurisprudenza italiana dovrebbe recepire la novità in questione.

---

<sup>6</sup> V. *infra* par. 4.3.

Davanti a tanta chiarezza, si potrebbe sospettare, a tutta prima, che basti prendere atto dell'arrivo della direttiva perché il giudice penale, ogni volta che nel processo ricorra un addebito per riciclaggio, rigetti seccamente la difesa fondata sul rilievo che il reato presupposto non risulta incriminato all'estero. Del resto, davanti ad un comando tanto tondo come quello della direttiva, potrebbe apparire perfino superfluo porsi il problema del modo in cui questa incide con riguardo alle conseguenze del giudizio.

È pur vero, però, che l'assenza di una chiara tipizzazione della figura ha spinto la prassi ad escogitare con il tempo più tesi per giustificare la non punibilità di chi trasferisce danaro dall'estero senza che lì il fatto costituisca delitto, e cioè essendo incriminato solamente in Italia, e che queste tesi ricostruiscono tale figura ora come un elemento attinente alla sola punibilità, ora invece come una causa di esclusione del tipo. Con la conseguenza che la sua rimozione, inevitabilmente inciderà sui profili della responsabilità che si legano a queste distinzioni, quantomeno con riguardo al regime dell'errore e dell'estensione della responsabilità ai concorrenti.

Infatti, per alcuni, la ragione della pretesa di punire il riciclaggio solo davanti alla doppia incriminazione del reato presupposto sembrerebbe risiedere nella transnazionalità della dinamica criminosa. In questa prospettiva, si ritiene che la non punibilità deriva dalla presenza di una norma di diritto penale internazionale il cui contenuto obbliga il giudice a punire il riciclaggio *solamente* se il reato presupposto è incriminato *anche* dall'ordinamento dello stato estero dove è stato commesso<sup>7</sup>. Per altri invece la non punibilità del riciclaggio dipenderebbe dalla particolare relazione che corre tra doppia incriminazione e delitto presupposto, considerato come elemento del fatto di riciclaggio. In tal caso, la doppia incriminazione servirebbe a descrivere il reato presupposto del riciclaggio, e cioè contribuirebbe a descrivere il fatto tipico dell'art. 648 *bis* c.p., atteggiandosi come un suo elemento costitutivo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> L'ipotesi trova inoltre conferma nell'ultimo studio condotto sul tema dell'efficacia spaziale che inquadra in questi termini il tema della doppia incriminazione, l'opera di A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di «diritto penale transnazionale»*, Torino, 2006, pp. 264-268. Oltre agli approfondimenti bibliografici che emergeranno più avanti nel prosieguo della trattazione, per un recente inquadramento del tema della doppia incriminazione dal punto di vista delle norme sull'efficacia spaziale sembra opportuno inoltre rimandare a B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, pp. 136-152.

<sup>8</sup> Questa eventualità, invece, appare supportata dalle trattazioni che evidenziano la natura "accessoria" del riciclaggio rispetto al reato presupposto, traendone la conseguenza che le cause che impediscono di punire il reato presupposto si estendano anche al reato presupponente. Per questa tesi, che potrebbe farsi risalire alla concezione sanzionatoria del diritto penale, si veda U. LIGUORI, *L'ampliamento dei reati presupposto e delle condotte principali*, in *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, a cura di A. MANNA, Torino, 2000, p. 85 e, più di recente, P. COSTANZO, *Il riciclaggio di*

Per questa ragione, occorrerebbe ridimensionare l'approccio che finirebbe per far piombare la direttiva nel sistema penale senza fare troppe distinzioni, per adottare invece un approccio maggiormente riflessivo, che metta in luce in che modo incide sull'applicazione del riciclaggio. Solo che per sapere qual è l'effetto della direttiva, occorrerebbe prima conoscere l'esatta portata della doppia incriminazione, entrando nel dibattito che interessa tale figura.

Ci si deve domandare allora: se è vero che la doppia incriminazione esclude la punibilità del riciclaggio, per quale motivo la esclude? Quale parte del reato viene meno? Ed ecco che occorre prendere in esame le tesi sinora proposte e vagliarne la solidità<sup>9</sup>. Per cui non resta che munirsi degli strumenti concettuali propri del diritto penale internazionale e della tipicità del riciclaggio e verificare gli spazi concessi alla doppia incriminazione, seguendo un approccio *induttivo* che permetta di esaminare la figura alla luce dei principi propri di ciascuno di questi settori<sup>10</sup>.

### 3. I limiti d'efficacia spaziale

Partiamo, dunque, dalla prima ipotesi di lavoro dove la transnazionalità dell'episodio criminoso dovrebbe spingere a munirsi degli strumenti forniti dal c.d. diritto penale internazionale.

Se l'uomo della strada pensasse alla doppia incriminazione, probabilmente penserebbe ad un discorso privo di utilità pratica; il senso comune e l'esperienza gli avrebbero già mostrato che lo Stato italiano esercita la propria sovranità solo sul proprio territorio, senza punire ciò che si verifica all'estero. E, dunque, importerebbe assai poco se quei fatti rilevano per lo Stato dove sono commessi, dato che l'Italia, a suo dire, se ne disinteresserebbe in ogni caso.

Nondimeno, ci sono volte in cui invece quei fatti vanno puniti, in cui l'Italia si fa carico anche di quello che avviene oltre i suoi confini e con questa presa in carico nasce il problema di stabilire a quali condizioni tali fatti possano essere puniti, senza però al tempo stesso operare in modo troppo invasivo sui fatti commessi sotto la sovranità di un

---

*disponibilità di provenienza illecita. La disciplina penale italiana alla luce delle regole internazionali e comunitarie*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. IX, *I reati del mercato finanziario*, a cura di A. DI AMATO, Padova, 2007, p. 562. Per maggiori approfondimenti si veda più oltre nel testo con riferimento alla trattazione del tema nel paragrafo 5.

<sup>9</sup> V. *infra* §4.

<sup>10</sup> Descrive in dettaglio il processo interpretativo, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 25 ss.

altro Stato e provocare un'invasione della sua sovranità. Ecco perché, si dice, esiste il *diritto penale internazionale*, un diritto penale dello Stato italiano che ha ad oggetto fatti commessi nello spazio estero o da cittadini soggetti all'altrui sovranità, disciplinato nel Titolo I del codice penale, agli artt. 3 e da 6 a 13<sup>11</sup>; e che in questo si distingue invece dal *diritto internazionale penale* che è invece il diritto della comunità degli Stati<sup>12</sup>.

La manualistica inoltre vi fa sovente riferimento con l'espressione "limiti di efficacia spaziale della legge penale", con ciò ricordando che, come si avrà modo di vedere a breve, queste norme sono legate da un unico scopo che riguarda appunto la limitazione dell'operatività della legge penale di fronte a fatti commessi in determinati luoghi<sup>13</sup>.

Né, si può rilevare sin d'ora, l'unità di scopo di questo apparato normativo, sembrerebbe poter essere discussa basandosi sul rilievo che le immunità personali, pure richiamate dall'art. 3 c.p., non riguarderebbero tanto un problema di applicazione della legge nello spazio, ma solamente un esonero dovuto allo *status* giuridico soggettivo valido in Italia come all'estero<sup>14</sup>. Tale obiezione, ad un più attento esame, potrebbe

<sup>11</sup> La premessa sembrerebbe presente almeno nelle principali opere che si occupano del tema N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949, p. 65 ss.; F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963, pp. 63 ss.; I. CARACCILOLO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale: il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, 2000, passim; A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, pp. 22 ss. Per la letteratura d'oltralpe si rimanda invece a H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2005, passim. Per i riferimenti rinvenibili nella letteratura internazionalistica, offre interessanti spunti per un parallelismo con il diritto internazionale privato, avvicinando i criteri indicati dalle norme del titolo primo a quelli di "collegamento" con il diritto del territorio straniero R. QUADRI, *Diritto penale internazionale*, Padova 1944, pp. 12-31.

<sup>12</sup> Si tratta di una distinzione ben nota e utile per comprendere almeno in contropunto il diverso modo in cui il diritto penale viene usato per risolvere le controversie internazionali, passando ora da strumento del singolo stato, diritto penale internazionale, a mezzo di risoluzione delle controversie tra più stati affidato alla comunità internazionale, diventando per ciò diritto "internazionale" penale. H.H. JESCHECK, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 633-634.

<sup>13</sup> Sottolinea questo aspetto in particolare nella dottrina italiana asserendo che le norme del *dpi* servirebbero a disciplinare fatti con "elementi di estraneità" con riferimento ai fatti commessi all'estero N. LEVI, *Diritto penale*, pp. 70-75. In particolare, l'autore arriva a questa conclusione sostenendo che le singole fattispecie di parte speciale vengono "limitate" dalle norme secondarie sull'efficacia spaziale, dando per assunta una reciproca interazione, un "assestamento" tra le norme dell'ordinamento giuridico nazionale; parte invece da una prospettiva più moderna che muove dall'interpretazione teleologica delle singole disposizioni di parte speciale in modo da stabilire se considerano il fatto commesso all'estero H. SATZGER, *Internationales*, p. 191 ss.

<sup>14</sup> F. MANTOVANI, in *Diritto penale*, Padova, 2002, 936 dove la deroga al principio di obbligatorietà della legge penale sul territorio deriverebbe dal fatto che non si tutelerebbe tanto un interesse dello stato italiano, quanto il mantenimento di un equilibrio internazionale *iuris gentium*, che impone di non punire i dignitari dello stato straniero, sul quale si fonderebbe l'immunità.

essere tutto sommato relativizzata perché se anche è vero che la non punibilità dipende da uno *status* e non dal luogo di commissione, lo è anche che il problema di punire il titolare di un'immunità si pone statisticamente quando delinque sul territorio italiano. E ciò ben potrebbe giustificare l'impressione di avere a che fare con un limite all'efficacia spaziale.

In base a queste informazioni possiamo allora già collocare, pur in via di prima approssimazione, la figura della doppia incriminazione in questo sistema, rilevando come tale figura sembrerebbe escludere la punibilità del reato presupposto, laddove altrimenti questo sarebbe punibile in base alle norme di diritto penale internazionale. Si avrebbe cioè a che fare con una causa di esclusione della punibilità che agisce in casi in cui invece, secondo le norme del diritto penale internazionale, si dovrebbe punire anche il fatto commesso all'estero.

E tuttavia, non appena fatta tale affermazione ci imbatteremmo in almeno due ostacoli che, già a livello generale, impediscono di ritenere punibile il fatto commesso all'estero, allineando l'applicazione del diritto all'opinione dell'uomo della strada e rendendo con ciò di fatto inutile parlare di doppia incriminazione del reato presupposto. In questi casi, come vedremo a breve, semplicemente dovrebbe negarsi che il reato commesso all'estero sia un reato, con la conseguenza che non potrebbe neanche mai parlarsi di riciclaggio di danaro proveniente da tali fatti.

Si fa riferimento in primo luogo alla tesi per cui il limite spaziale andrebbe riferito alla fattispecie astratta. Da questa parte si dice che le norme sull'efficacia spaziale contribuirebbero a descrivere il fatto punito già "in astratto" *integrando* il testo della fattispecie penale. Si fingerebbe, cioè, che già la descrizione del fatto conterrebbe "al proprio interno" le limitazioni spaziali indicate nel titolo I, con la conseguenza che il fatto che non rispecchia tali requisiti, semplicemente non sarebbe un "reato". Numerosi i termini utilizzati, "limitazione del precetto primario", dell'"estensione della validità", o della "tipicità della norma"<sup>15</sup>. Unica però la sostanza: la truffa commessa

---

<sup>15</sup> La tesi, che trova tra i suoi più illustri precursori con riferimento ad un'estensione del precetto primario, il K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1895, p. 371 è stata riproposta in Italia dal R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958, p.23 ss. e successivamente dal N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, pp. 1-36. Tuttavia, è anche possibile verificare che questo indirizzo ha trovato seguito anche tra i moderni che adottano un'impostazione teleologica fondata sulle funzioni della tutela penale. Così autori come il F. DEAN, *Norma penale e territorio*, pp. 210 ss. propongono di ricostruire l'estensione della tutela basandosi sullo scopo di tutela della singola disposizione di parte speciale, delineandone così i limiti di validità. Il che non è diverso dal dire che il contenuto delle norme sull'efficacia spaziale dipende dall'interpretazione teleologica della fattispecie: ma per dire che l'interpretazione della fattispecie può permettere di conoscere *anche* il contenuto delle norme sull'efficacia spaziale

all'estero non risulterebbe incriminata da parte dell'ordinamento penale italiano, perché l'art. 3 limiterebbe la portata della descrizione astratta dell'art. 640 c.p. riferendola ai soli fatti commessi sul suolo nazionale, né ci sarebbero i presupposti sanzionatori minimi per invocare la disciplina prevista dagli artt. 9 e 10 c.p.

In secondo luogo, si intende richiamare un'altra opinione che distorce il limite spaziale per come previsto dalle norme del titolo I, fondandosi sull'assunto che il criterio ispiratore di tutta la materia sarebbe solamente il principio territoriale. Qui si afferma che, per varie ragioni, prima tra tutte la natura territoriale della sovranità, si dovrebbe fare a meno di prendere in considerazione i fatti commessi all'estero<sup>16</sup>. Infatti, il principio territoriale costituirebbe la "regola" e tutte le altre norme che riguardano l'incriminabilità del fatto commesso all'estero "l'eccezione", con la conseguenza che ogni volta che si vuole incriminare il fatto commesso all'estero non basterebbe provare la rispondenza ai requisiti letterali degli artt. da 7 a 10 c.p., ma servirebbe sempre un requisito "in più". E proprio tra questi pregiudizi, poi, vedremo collocarsi anche quello che sta al fondo della pretesa ad una doppia incriminazione.

Occorrerà allora, per quanto necessario, soffermarsi su questi indirizzi che sembrerebbero riguardare in generale i limiti all'efficacia spaziale. In questa prospettiva poi, la scarsità delle "visite" che la scienza penalistica ha dedicato a questa branca, testimoniando dell'assenza di un vero interesse per la materia (al punto da consigliarne la devoluzione all'insegnamento internazionalistico), non farebbe che avvalorare il sospetto che alcune questioni di carattere generale potrebbero essere rimaste irrisolte<sup>17</sup>.

---

si deve prima necessariamente ammettere che tali norme sono anch'esse parte di tale contenuto e cioè si integrano con la fattispecie. La stessa impostazione poi può ritrovarsi, più di recente nel saggio di D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2010, p. 579 dove le norme sull'efficacia spaziale altro non sarebbero che norme che estendono la "tipicità" del fatto, o detto in altre parole, contribuiscono alla descrizione del fatto tipico e cioè si integrano con la fattispecie.

<sup>16</sup> Rispetto a questa tendenza, in realtà, da sempre presente nella dottrina italiana si veda, ad esempio, il manuale del T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019, pp. 73-74; F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2013, p. 902; M. GALLO, *Appunti di diritto penale I*, 1999, p. 169; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p.173; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, pp. 297 ss. Sostiene più di recente il "primato dogmatico" del criterio territoriale D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, p. 576. Sulla tendenza in esame si veda l'approfondito esame di questa tendenza in A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, pp. 22-28.

<sup>17</sup> Paragona questo atteggiamento a quello dei civilisti che devolvono alla scienza internazionalistica il c.d. diritto internazionale privato A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, pp 1 ss.



### 3.1 - *Il limite spaziale come limite della fattispecie*

Per quanto attiene alla prima tesi, che propone di qualificare le norme del Titolo I come limiti di fattispecie di parte speciale, che ne *integrerebbero* il testo, un rilievo in particolare sembrerebbe imporre di respingerla.

Si immagini l'impossessamento mediante sottrazione commesso in Asia, ci sarebbe forse difficoltà a chiamarlo furto? Se si risponde che quel comportamento, è un impossessamento mediante sottrazione per arricchirsi a danno di qualcun altro, si sarebbe già data la risposta: si tratterebbe di un comportamento qualificabile in base all'art. 624 c.p. anche se si è verificato in uno Stato lontano. Il che sembrerebbe mostrare come la verifica di un fatto corrispondente ad una certa fattispecie astratta potrebbe, invero, verificarsi ovunque. Tale rilievo, inoltre, era già proposto lucidamente da Kelsen, per cui la fattispecie si limita a descrivere un accadimento lasciando generico il riferimento al luogo, e visto che nel mondo lo spazio è, per così dire, "infinito", così infiniti sono pure i luoghi in cui può verificarsi il fatto previsto in astratto<sup>18</sup>.

L'esigenza di una restrizione si porrebbe casomai quando è la legge a pretendere espressamente che il fatto si verifichi solo se commesso in certi luoghi (es. la commissione "nel territorio dello Stato" dell'art. 270 c.p.). In caso contrario, invece, non dovrebbe esserci alcun ostacolo ad attrarre nell'orbita della legge penale anche i fatti commessi all'estero, con la conseguenza che questa dovrebbe ritenersi valida anche nei loro confronti e indirizzare ai potenziali autori il precetto, c.d. primario, che dovrebbe dissuadere dal commetterli, stranieri o italiani che siano. In pratica, il fatto commesso all'estero risulterebbe *sempre* incriminato secondo la legge italiana<sup>19</sup>.

Tale premessa si rivela quanto mai fondamentale per il funzionamento del diritto penale internazionale. Quando si parla del fatto commesso all'estero, e della volontà dello Stato italiano di farsi carico di punire chi lo ha commesso, quel fatto deve essere necessariamente qualificato in base ad una norma penale incriminatrice italiana;

---

<sup>18</sup> Sul punto si veda H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it. di S. Cotta e R. Treves, Comunità, Milano, 1956, 366 ss.

<sup>19</sup> Lo rilevava esattamente F. DEAN, *Norma penale e territorio*, pp. 41-50 riportando i risultati del dibattito degli anni '50 intorno al positivismo giuridico, dove alcuni ritenevano che la validità delle norme dello Stato si arrestasse sulla linea del confine. Invece, si è posto in luce che la norma è valida a prescindere dal soggetto che esercita la sovranità entro tale confine, potendosi commettere un fatto corrispondente al delitto di omicidio, tanto dentro il confine, quanto fuori. Semplicemente sovranità territoriale e validità universale della norma sono cose diverse, che non si escludono a vicenda, dato che lo stato emette norme astratte, prescindenti dal luogo, qualunque sia la sua forma di governo o l'estensione del proprio territorio.

altrimenti non si saprebbe mai qual è il reato da applicare e, appresso, neanche in che modo lo Stato italiano prende posizione rispetto al fatto che riguarda l'altro Stato.

Insomma, per il diritto italiano il fatto commesso all'estero è comunque un reato e, in ipotesi, anche un delitto presupposto del riciclaggio, ma di questo diremo meglio in seguito.

Di conseguenza, si potrebbe anche pensare che non ci sia una vera ragione per "integrare" la fattispecie astratta con le norme che regolano l'efficacia spaziale. L'integrazione con l'art. 3 c.p. non farebbe altro che restringere la portata ai soli fatti commessi sul territorio, *contro* la volontà legislativa di lasciare aperto il numero dei luoghi in cui il fatto può essere commesso. E soprattutto, si diceva, a quel punto diventerebbe ben complicato giustificare l'esistenza delle disposizioni del diritto penale internazionale, come gli artt. 9 e 10 c.p., che fanno riferimento ai fatti commessi all'estero dal cittadino e dello straniero. Né sembrerebbe particolarmente convincente asserire che in questi casi si avrebbe un'estensione della tipicità, poiché prima di parlare di "estensione" si dovrebbe ammettere che la fattispecie, prima di essere "estesa", regolasse solo i fatti commessi sul territorio, e cioè che non riguardasse i fatti commessi all'estero.

Dunque, sembrerebbe che per punire il fatto commesso all'estero si debba prima stabilire se quel fatto costituisca reato per il diritto italiano e solamente "dopo", verificare se l'ordinamento italiano intende punirlo<sup>20</sup>. E proprio per questa ragione, sembrerebbe da escludere che le norme del diritto penale internazionale pongano un limite alla tipicità o al precetto primario, perché la fase in cui ci si interroga sulla corrispondenza del fatto al tipo o sulla minaccia penale nei confronti di un certo soggetto si è già *conclusa* quando ci si chiede se quel fatto è effettivamente punibile e, pertanto, le considerazioni concernenti l'opportunità di punire devono rinvenirsi *in un piano differente* da quelli appena indicati.

Inoltre, una prova in questo senso potrebbe scorgersi proprio nelle teorie tradizionali, che ispirano la definizione manualistica, per cui queste norme sarebbero *limitazioni dell'efficacia* spaziale della legge penale. Ciò che verrebbe limitato, secondo la teoria tradizionale, non sarebbe la descrizione del fatto, bensì l'efficacia della norma, il precetto secondario, ovvero l'applicazione della pena<sup>21</sup>. Sul punto, peraltro, sembrerebbe concordare anche la dottrina più recente, per cui queste norme agirebbero solo sulla concreta applicazione della pena, salvo discutere sull'esatta qualificazione di

<sup>20</sup> Per questa distinzione e la ricognizione della letteratura scientifica che l'ha posta in luce, si rimanda alla disamina di A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, pp. 253 ss.

<sup>21</sup> A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, pp. 234 ss.

questi limiti sotto il profilo sostanziale, dove si discute della loro collocazione tra le condizioni obiettive di punibilità, o sotto il profilo processuale, dove si vorrebbe ricondurli alla disciplina dei limiti della giurisdizione, come pure sembrerebbe suggerire la dottrina internazionalistica<sup>22</sup>.

### 3.2 - *Il limite territoriale*

Né più persuasivo appare il secondo argomento, più sopra anticipato, per cui il limite di tutela nei confronti del fatto commesso all'estero, andrebbe desunto dal rapporto tra il principio generale di territorialità e gli altri principi presi in considerazione dal legislatore, imponendo di giustificare ogni deroga alla regola della territorialità.

Una volta messo in luce che a subire una limitazione è solo l'applicazione della pena, servono dei criteri per sapere quando tale limitazione si produce. Ecco perché oggi nel codice penale ce ne sono diversi, non solo la territorialità, ma anche i principi di universalità, di difesa e di personalità attiva e passiva, che testimoniano lo sviluppo di questa materia, che oggi appare sorretta da considerazioni di diverso tipo sui fatti commessi sotto la sovranità di altri Stati.

Ciò è prova del fatto che il legislatore italiano non si cura solo degli accadimenti avvenuti sul suolo nazionale ove esercita la sua sovranità.

Certo, per lungo tempo le comunità non hanno avuto interesse a prendere posizione rispetto a ciò che avveniva presso quelle vicine, né ad occuparsi dei danni fatti dai propri cittadini all'estero. L'idea di fondo era che ognuno, nei limiti del possibile, avrebbe dovuto occuparsi solo di ciò che avveniva sotto il "proprio tetto". Per questa ragione, nel diritto penale arcaico e in quello moderno la territorialità rappresentava spesso l'unico criterio con cui gli Stati prendevano posizione nei confronti dei fatti verificatisi all'estero, salve alcune eccezioni nella parte speciale dei codici<sup>23</sup>.

E tuttavia, la crisi di questa idea ha segnato il passaggio dal diritto penale arcaico a quello moderno in questo settore. Facciamo un paio di esempi: se due marò italiani commettono un reato in India, l'India potrebbe reagire non solo contro di loro, ma anche contro l'Italia, e viceversa il governo italiano potrebbe avere interesse a non perdere

---

<sup>22</sup> Ritieni, ad esempio, siano c.o.p. H.H. JESCHECK – T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, p. 180; riteneva invece fossero criteri per stabilire la giurisdizione del giudice italiano, e dunque norme processuali R.QUADRI, *Diritto penale internazionale*, passim. Ripropone questo indirizzo oggi A.DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, pp. 272 ss.

<sup>23</sup> Sul punto R.QUADRI, *Diritto penale internazionale*, 1 ss.

credibilità verso la propria popolazione: e allora, affermare che il proprio diritto penale opera anche all'estero, *universalmente*, serve a salvare le relazioni internazionali ed interne<sup>24</sup>. Oppure, se in Sudamerica i regimi totalitari torturano e uccidono brutalmente gli oppositori politici, può darsi che l'ordinamento italiano abbia interesse a sottrarli alla persecuzione, facendo valere la propria legittimazione a punire gli autori dei reati in base al proprio diritto penale internazionale, estendendolo anche a chi ha commesso un reato all'estero per un movente politico di un certo tipo, art. 8 c.p.<sup>25</sup>.

Semplicemente i rapporti internazionali sono diventati più complessi e gli Stati contemporanei non sono più delle monadi, ma vivono in un mondo fatto sempre più di relazioni sulle quali inevitabilmente incide anche l'applicazione del diritto penale a fatti o cittadini stranieri. Lo Stato italiano sembra averne preso atto già nella prima metà dello scorso secolo ed ha affiancato al criterio territoriale anche altre considerazioni sull'operatività della legge penale, introdotte nelle norme dagli artt. 7-10 c.p., che sono evidentemente pensate per ragioni diverse<sup>26</sup> da quelle che vengono in gioco per fatti commessi sul territorio nazionale<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Per riflessioni analoghe sul caso dei Marò si rimanda alle riflessioni G. BARBERINI, *Marò: il capitolo conclusivo sul caso della Enrica Lexie*, in *Questione Giustizia online*.

<sup>25</sup> L'idea emerge plasticamente in Cass. Pen. Sez. I, 17 Maggio 2004, n. 23181 "*La qualificazione di un delitto come politico data dall'art. 8 c.p. va letta alla luce dell'art. 10 cost., secondo il quale l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale, tra le quali si pone in particolare la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, che obbliga gli Stati al rispetto di alcuni diritti fondamentali nei confronti di ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione. Ne consegue che vanno definiti come politici i delitti di oggettiva gravità, commessi in danno di cittadini italiani residenti in Argentina, in esecuzione di un preciso piano criminoso diretto all'eliminazione fisica degli oppositori al regime senza il rispetto di alcuna garanzia processuale e al solo scopo di contrastare idee e tendenze politiche delle vittime, iscritte a sindacati, o partiti politico o ad associazioni universitarie, in quanto tali delitti non solo offendono un interesse politico dello Stato italiano, che ha il diritto ed il dovere di intervenire per tutelare i propri cittadini, ma anche i diritti fondamentali delle stesse vittime.*"

<sup>26</sup> Per la storia e l'elenco di queste ragioni, tradizionalmente sottese a criteri di diritto penale internazionale c.d. universali che sembrano ritrovarsi in diverse legislazioni europee si rimanda a G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, New York, 2001, p. 112. In questo solco si rileva del resto già da tempo che non c'è un vero criterio prevalente all'interno di nessuna delle disposizioni del nostro codice e che invece il legislatore ha bilanciato sempre diverse esigenze creando una legislazione di compromesso che tiene conto anche dell'esigenza di universalità dell'ordinamento italiano C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Milano, 2013, pp. 52 ss., 63-65.

<sup>27</sup> Si rilevava già tempo addietro che la pretesa prevalenza del principio di territorialità sarebbe il frutto della somma di più pregiudizi: che solo la sovranità è esercitata nel territorio; che la giurisdizione è esercitata materialmente solo in tale luogo; o che il rispetto del diritto internazionale impone allo stato di occuparsi solo di quello che avviene all'interno dei propri confini. Sul punto F. DEAN, *Norma penale e territorio*, pp. 52-60.

Inoltre, anche volendo affermare la prevalenza del principio di territorialità, sembrerebbe comunque problematico tradurre questa pretesa sul piano tecnico. Se è vero che ogni disposizione accoglie al proprio interno un principio, tale principio prevarrà sugli altri ogni volta che verrà applicata la disposizione che lo accoglie. Parlare di un principio “prevalente” rispetto agli altri non sembra diverso al domandarsi se deve essere applicata questa o quella disposizione: e così, il problema della prevalenza e della gerarchia tra norme si riduce a quello della loro applicazione. E, allora, il principio di territorialità prevarrà sugli altri semplicemente ogni volta che il caso viene disciplinato in base ai criteri forniti dall’art. 6 c.p., ma proprio per questa stessa ragione non sembrerebbe esserci modo che impedisca di applicare gli artt. 7-10 c.p. ai casi in essi espressamente previsti<sup>28</sup>.

#### 4. Doppia incriminabilità

Trova un certo seguito sia in dottrina sia nella prassi giurisprudenziale l’idea che laddove si discuta di reato commesso interamente all’estero la punibilità debba essere subordinata all’astratta doppia incriminabilità del fatto tanto, quindi, alla luce della norma penale italiana, quanto di quella dello Stato nel cui territorio il reato è stato posto in essere<sup>29</sup> (pur se non mancano autorevoli obiezioni a questa

---

<sup>28</sup> Mette in guardia da questa tendenza, ricordando che lo strumento di lavoro del giurista sono solo le disposizioni M. SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIV, Milano, 1974, p. 1051 ss.

<sup>29</sup> A. DI MARTINO, *Le frontiere e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Torino, 2006, pp. 131 ss.; D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009, pp. 565-589; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2019, p. 164; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, vol. I, Padova, 2007, pp. 95-97; E. MEZZETTI, *I limiti spaziali della legge penale*, in M. RONCO - E. M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, pp. 385-432; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, II ed., vol. I, Milano, 2004, pp. 143-144; L. PERDONÒ, *La legge penale nello spazio*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 2012, pp. 319-346 e, ivi, p. 331; L. PICOTTI, *La legge penale*, in F. BRICOLA - V. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, II ed., vol. I, Torino, 1996, pp. 1-217 e, ivi, pp. 193-195; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 61. Nella dottrina più risalente F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. Le norme penali sinteticamente considerate*, II ed., vol. I, Milano, 1950, pp. 400 ss.; G. IMPALLOMENI, *Reati commessi all'estero da cittadino o in danno di cittadini*, in *Riv. pen.*, 1912, p. 216; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Parte generale*, vol. I, Torino, 1920, p. 335; T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973. V. pure *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. I, Roma, 1929, p. 36: «occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso». Per una sintetica esposizione dei principali orientamenti cfr. E. CALVANESE, *Art. 9. Delitto comune del cittadino all'estero*, in G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice penale. Libro I*, vol. I, pp. 435 ss. e, ivi, pp. 444-447.

lettura<sup>30</sup>).

Non esistono, come già più sopra si è evidenziato, degli ostacoli insuperabili o intrinseci alla incriminazione di fatti commessi interamente all'estero, essendo tale opzione rimessa a valutazioni di opportunità politico-criminale spettanti al legislatore che, infatti, vi fa ampiamente ricorso.

Il principio di doppia incriminabilità, pur senza negare la possibilità di punire tali fatti commessi all'estero, ne limiterebbe non di poco la portata.

Si richiede, da parte di chi ne sostiene l'esistenza, una doppia qualificazione normativa dello stesso fatto, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, pur tuttavia ritenendosi, in genere, del tutto irrilevanti le eventuali differenze di *nomen iuris* e *quantum* di pena previste dalla legge straniera rispetto a quella italiana<sup>31</sup>. Il requisito, insomma, secondo i suoi principali sostenitori, è integrato in presenza di un fatto tipico e colpevole riconducibile oltre che alla norma penale interna ad una qualsiasi norma penale dell'ordinamento straniero, con la funzione di limitare l'extraterritorialità della legge penale italiana (per lo più intesa, come visto sopra, quale eccezione alla regola). Si tratta, insomma, solo di un limite negativo all'efficacia della norma penale interna, che non comporta l'applicazione diretta di quella straniera.

Gli argomenti proposti a sostegno di questa tesi, pur molto variegati (nelle premesse e nelle conclusioni), possono suddividersi in tre gruppi: un primo, di tipo esegetico-letterale, che valorizza alcuni elementi del disposto normativo per ricavarne l'elemento come implicito oppure in via analogica dalla disciplina dell'estradizione<sup>32</sup>; un secondo, di tipo assiologico, che giunge allo stesso risultato a partire dai generali principi

---

<sup>30</sup> A. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIII, 1973, p. 1054 ss.; A. PAGLIARO - S. ARDIZZONE, *Sommario del diritto penale italiano. Parte generale*, II ed., Milano, 2006, p. 107; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, Padova, 2009, p. 395; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, pp. 890-891; B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, pp. 135 ss. Nella dottrina più risalente E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, in ALTAVILLA - E. FLORIAN et AL. (a cura di), *Trattato di diritto penale*, III ed., vol. I, Milano, 1926, p. 254; G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, 1949, p. 89; G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1890, p. 236-239. Con riferimento alle fattispecie di ricettazione e riciclaggio P. V. REINOTTI, *Ricettazione e riciclaggio*, in *Enc. dir.*, 1989, XL, 462 ss.; G. PECORELLA, *Ricettazione (diritto penale)*, in *Nov.ss. dig. it.*, XV, 1976, pp. 925-946 e, ivi, p. 938.

<sup>31</sup> Cfr. per tutti M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 175 secondo cui «perché la clausola [di doppia incriminabilità] sia rispettata, è sufficiente che il fatto sia previsto genericamente come reato: non si esige, cioè, né identità di titolo giuridico, né identità di conseguenze penali».

<sup>32</sup> F. GRISPIGNI, op. loc. cit.; V. MANZINI, op. loc. cit.; S. APRILE, *art. 9. Delitto comune del cittadino all'estero*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., vol. I, Milano, 2011, pp. 214-222 e, ivi, pp. 220-221.

informatori della materia penale (legalità, colpevolezza, funzioni della pena<sup>33</sup>); un terzo incentrato sui profili dell'antigiuridicità del fatto commesso all'estero<sup>34</sup>.

A ciò si aggiunge un generale disaccordo sull'estensione dello stesso requisito della doppia incriminabilità tra coloro che lo sostengono. Infatti, da un lato, si concorda che vi è un'intrinseca incompatibilità dello stesso con le fattispecie rientranti nell'area applicativa degli artt. 7 e 8, che per consolidata convinzione sono animati dal principio di difesa<sup>35</sup> e, pertanto, prescindono tanto dai temperamenti di tipo processuale e sostanziale previsti per gli altri reati commessi all'estero, quanto dalla supposta doppia incriminabilità; dall'altro lato, però, alcuni autori notano come alcune argomentazioni possano al più trovare applicazione solo con riferimento ai reati commessi all'estero dallo straniero, ma non hanno alcuna valenza giustificativa per quelli commessi dal cittadino e, pertanto, ne restringono ulteriormente la portata al solo art. 10 c.p.<sup>36</sup>.

Sotto un profilo politico-criminale, nel contesto della globalizzazione e, ancor di più, della europeizzazione dei rapporti economici e sociali, in cui il fenomeno criminale (e tra tutti quello del riciclaggio) assume connotati marcatamente transnazionali, specie con riguardo alla criminalità organizzata e alla criminalità del profitto<sup>37</sup>, la tesi si contrappone con evidenti esigenze di effettività, che, come analizzato in premessa,

<sup>33</sup> I. CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, pp. 973-1030; A. DI MARTINO, op. loc. cit.; M. GALLO, op. cit., p. 175; N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949, pp. 144 ss.; L. PICOTTI, op. loc. cit.; M. ROMANO, op. loc. cit.

<sup>34</sup> D. MICHELETTI, op. cit., p. 581.

<sup>35</sup> F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, pp. 338-370 e, ivi, pp. 367-369 per il quale il requisito della doppia incriminazione «è logicamente del tutto estraneo alla ratio di tutela del criterio di difesa» e il principio di universalità «può essere accolto quale espressione della solidarietà internazionale tra gli Stati di quei fatti che offendono beni di valore umano universale e alla cui tutela vi è dunque un interesse comune di tutti gli Stati». Cfr. P. NUVOLONE, *Delitto politico e diritto d'asilo*, in *Ind. pen.*, 1970, 2, pp. 169-184.

<sup>36</sup> I. CARACCIOLI, op. cit., pp. 1028-1030, secondo cui solo per lo straniero non vi sarebbe un obbligo di conoscere la legge penale italiana; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, pp. 336-337; M. GALLO, op. cit., p. 175, secondo cui nel caso del cittadino «trattandosi di delitto commesso dal cittadino, il principio di legalità sia formalmente che sostanzialmente, è rispettato purché il fatto sia preveduto come reato dall'ordinamento giuridico italiano»; N. LEVI, op. cit., pp. 155-158 (il quale peraltro, anche con riferimento allo straniero, specifica che il principio della doppia incriminabilità non vale se si tratti di reato commesso in luogo non soggetto alla sovranità di alcuno Stato e non vale neppure se si tratti di «fatti che, secondo il tenore medio della civiltà, dovrebbero essere puniti e non lo sono dalla legge territoriale»); G. MARINI, op. cit., 167-169. Cfr. S. APRILE, op. cit., p. 221 secondo cui, invece, la doppia incriminabilità sarebbe limitata ai casi degli artt. 9, comma 3 e 10, comma 2 c.p.

<sup>37</sup> Cfr. V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 1, pp. 36-80 e, ivi, pp. 37-41.

il legislatore europeo ha inteso promuovere al massimo grado delle sue attuali competenze in campo penale, introdotte con il Trattato di Lisbona.

Le esigenze di garanzia espressamente poste alla base dei contrari orientamenti interpretativi, pur partendo da premesse condivisibili, come subito si dirà, raggiungono risultati e pongono ostacoli non del tutto coerenti con le stesse e che sono sproporzionate in eccesso ai rischi effettivi di compromissione dei diritti individuali.

Per di più, come si vedrà meglio oltre, la funzione del reato presupposto nella fattispecie di riciclaggio, non consente di addivenire ad una sorta di dipendenza del reato presupponente o accessorio da quello presupposto. Di conseguenza, nell'applicazione del reato di riciclaggio, deve escludersi che abbiano rilevanza quegli attributi del reato presupposto relativi alla procedibilità o alla mera punibilità, compresi quelli derivanti dal titolo I del codice penale.

#### 4.1 - *Gli argomenti di tipo letterale*

Per alcuni autori il principio di doppia incriminabilità potrebbe ricavarsi per analogia dal disposto dell'art. 13 c.p. in tema di estradizione, che lo prevede espressamente<sup>38</sup>.

Si deve ritenere, però, che il correttivo proposto esuli dai limiti di un'operazione meramente interpretativa, pure in chiave di *analogia iuris*, non ricorrendone in questo caso alcuno dei normali presupposti.

E, infatti, il legislatore, ogniquale volta ha ritenuto di prevedere la doppia incriminabilità come condizione per la produzione di determinati effetti nel campo della cooperazione giudiziaria internazionale (come, ad esempio, per l'extradizione o il riconoscimento della sentenza straniera) non ha mancato di richiederlo espressamente (peraltro con rilevanti eccezioni in tema di mandato d'arresto europeo), né esiste alcun appiglio positivo che consenta di inferire dal sistema degli artt. 6 ss. c.p. un generale principio di doppia incriminabilità (del tutto estraneo alla *littera legis*), che non può, dunque, transitare dalla cooperazione giudiziaria – macro-area in cui si raggruppano una pluralità di istituti di natura prettamente processuale – all'efficacia della legge penale italiana nello spazio<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> A. DI MARTINO, op. cit., p. 136. Nella dottrina più risalente F. GRISPIGNI, op. cit., p. 400. *Contra* I. CARACCIOLI, op. cit., pp. 991-992, 1002-1004; M. GALLO, op. cit., p.174; N. LEVI, op. cit., p. 147; F. MANTOVANI, op. cit., p. 890.

<sup>39</sup> Sulla distinzione già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III ed., vol. I, Lecco, 1867, pp. 626 ss. e spec. §1048 ove distingue l'extraterritorialità della legge penale dal potere di amministrare la legge penale all'estero. La seconda soltanto violerebbe di per sé il diritto delle genti e costituirebbe un'invasione della sovranità degli altri Stati («Perloché io dissi stendere l'occhio»



Quest'ultima connota piuttosto l'estensione sostanziale dell'area di prensione punitiva delle fattispecie incriminatrici, che nell'esercizio della normale sovranità statale non può dirsi *a priori* vincolato né dal principio di territorialità, come evidenziato nel precedente paragrafo, né tantomeno da quello della doppia incriminabilità.

Non convince la contro obiezione secondo cui l'analogia potrebbe operare anche se non è possibile individuare esattamente un'identità di *ratio* né una lacuna normativa, ma solo in quanto consentirebbe di prevenire un'illegittimità costituzionale degli artt. 9 e 10 c.p.<sup>40</sup>. L'argomento non persuade, in quanto forza l'istituto dell'analogia, normativamente circoscritto dall'art. 12 disp. prel. c.c., a svolgere una funzione che non gli appartiene. Risolvendosi in un argomento anti-letterale, sottrae, per questa via, il giudizio di legittimità costituzionale (ammesso che qui possa trovare fondamento) al sindacato della Consulta, oltre i limiti consentiti ad una supposta interpretazione adeguatrice.

Per altri autori la doppia incriminabilità troverebbe un appiglio positivo come requisito implicito degli artt. 9, comma 3 e 10, comma 2, dove si prevede come requisito della procedibilità del fatto all'estero la mancata concessione dell'estradizione<sup>41</sup>.

Invero, però, la mancata concessione dell'estradizione è requisito, di natura processuale, volto ad evitare un'inutile duplicazione di procedimenti penali concernenti il medesimo fatto, ispirata al principio di *ne bis in idem*, e non implica affatto alcun ulteriore limite implicito allo *ius puniendi* dello Stato, in particolare non postulando che oltre alla condizione negativa della mancata estradizione sia anche necessario accertare, in positivo, che essa in astratto avrebbe potuto essere concessa, né con riguardo agli altri requisiti della stessa, né tantomeno con quello, che qui interessa, relativo alla doppia incriminabilità del fatto.

---

e non dissi *stendere la mano*»). In base ai vari criteri di collegamento usati dalla dottrina, l'A. poi individua diversi tipi di extraterritorialità: per ragione di difesa pubblica, di personalità attiva o passiva, di eccitamento privato, di reciprocità ovvero, un'ultima, di tipo assoluto, basata sulla comunanza dei fini delle diverse nazioni di proteggere, con le leggi penali, valori umanitari comuni.

<sup>40</sup> A. DI MARTINO, op. cit., p. 136.

<sup>41</sup> S. APRILE, op. loc. cit.; *contra* M. GALLO, op. cit., pp. 174-175; I. CARACCIOLI, op. cit., p. 1009; N. LEVI, op. cit., p. 147, secondo cui «Per estendere la portata testuale della doppia incriminazione richiesta dall'art. 13 capv. agli artt. 9 e 10 cod. pen., non basta allegare il riferimento, che si contiene nell'uno come negli altri articoli, all'estradizione; l'argomento sarebbe decisivo se la legge dicesse che non può punirsi a tenore degli artt. 9 e 10 se non si può estradare; ma ciò non è detto, è detto invece che per l'art. 9, come per l'art. 10, la punibilità è subordinata a che l'estradizione abbia avuto effettivamente luogo; non si dice affatto che, non essendo ammissibile l'estradizione non possa verificarsi la punizione».

#### 4.2 - Gli argomenti di tipo assiologico

Già nella dottrina più risalente (anche il previgente Codice penale taceva sul punto), sono stati portati a sostegno della tesi qui avversata argomenti di tipo assiologico o funzionalista<sup>42</sup>.

I più recenti orientamenti si ispirano, in un'ottica che non pare difforme, al principio di legalità – più che altro inteso in termini di prevedibilità – e a quello di colpevolezza, che assume qui i connotati di una sorta di *ignorantia legis* inevitabile di tipo presunto. Ciò sia in dottrina<sup>43</sup> sia in giurisprudenza, ove la precedente massima

<sup>42</sup> Cfr. V. MANZINI, op. cit., p. 335, il quale deduce la doppia incriminazione dall'esegesi del termine delitto, che si riferirebbe a ciò che è tale secondo la legge del luogo («non commette “delitto” colui che, trovandosi in territorio estero, vi compie un fatto considerato lecito o indifferente dal diritto obiettivo locale (fuori dei casi di extraterritorialità personale della legge italiana)») e, *contra*, N. LEVI, op. cit., p. 146 secondo cui detto argomento «si riduce ad una petizione di principio; solo da un punto di vista giusnaturalistico potrebbe parlarsi di “delitto” a prescindere dal riferimento ad una norma positiva, dalla quale attingere tale qualificazione; resta quindi da sapere secondo quale legge il fatto debba costituire “delitto”, e ben potrebbe bastare che costituisse delitto secondo il diritto italiano». Sulla funzione special e general preventiva della pena nei reati commessi all'estero v. D. MICHELETTI, op. cit., p. 570, secondo cui «sarebbe irrealistico pensar che la pena intimata da un qualunque legislatore nazionale possa dissuadere anche chi, per ragioni di luogo o di lingua, non è nemmeno in grado di conoscerne il contenuto. Né sarebbe credibile [...] che il reo si ri-appropri del valore offeso dal proprio comportamento quando egli non appartiene neppure al gruppo sociale che quel valore ha espresso»; in senso conforme cfr. pure G. DE VERO, op. cit., p. 336.

<sup>43</sup> Cfr. A. DI MARTINO, op. cit., pp. 131 ss.; M. ROMANO, op. cit., p. 143-144, quanto al principio di legalità, in termini di prevedibilità (secondo quest'ultimo A. «alla soluzione affermativa si perviene sulla base del principio di legalità [...] Esso impone infatti la doppia incriminazione per l'ipotesi dell'art. 10 (dove è applicabile la legge italiana, ma purché lo straniero fosse posto in grado di conoscere che il fatto costituiva un illecito penale là dove egli lo ha commesso) e fa propendere per un'estensione della doppia incriminazione anche all'art. 9, affinché si eviti una sostanziale sperequazione proprio ai danni del cittadino»). Cfr. L. PICOTTI, op. cit., p. 194 quanto al principio di colpevolezza, che fonderebbe, quanto al reato commesso all'estero, una sorta di presunzione di ignoranza inevitabile ex art. 5 (secondo l'A. «questa soluzione appare oggi imposta alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988 sull'art. 5 c.p., che per l'applicabilità della legge italiana richiede, anche a favore dello straniero, il requisito della possibilità di conoscere che il fatto costituisca reato, evidentemente nel luogo in cui lo ha commesso: per cui rappresenterebbe una sostanziale sperequazione proprio ai danni del cittadino all'estero, negare tale esigenza in relazione al solo art. 9 c.p.»). In senso eclettico, invece, I. CARACCIOLI, op. cit., pp. 1028-1030, il quale ipotizza un'interpretazione estensiva dell'art. 1 c.p. volta a comprendere nel principio di riserva di legge (italiana) un principio di riserva di legge straniera quanto ai fatti commessi all'estero (v., *ivi*, p. 1029 ove conclude: «se invero lo scopo della regola in esame è quello di mettere potenzialmente in condizioni ogni cittadino di conoscere la rilevanza penale delle azioni che compie, onde egli sappia in che modo comportarsi, è evidente che un'analogha esigenza sussiste quando si tratta di far intervenire le norme penali incriminatrici del codice penale italiano nei confronti degli stranieri. Anche costoro, infatti, si vengono a trovare in un'identica situazione, e devono pertanto, di conseguenza, godere dello stesso *beneficium*»).

negativa<sup>44</sup>, è stata superata da una più recente presa di posizione secondo la quale (con riguardo alla posizione dello straniero autore di un reato all'estero e con esclusione dei reati di cui all'art. 7 c.p.) si deve affermare un'implicita condizione di doppia punibilità facendo leva «sul principio di legalità del diritto penale e sul presupposto della conoscibilità del precetto penale, nonché sul legittimo affidamento in ordine alla liceità penale del fatto, quali premesse inderogabili per la repressione di ogni reato»<sup>45</sup> (tesi talvolta intesa in termini differenti con riferimento al delitto all'estero del cittadino<sup>46</sup>).

Sotto il profilo della riserva di legge, non si pone, invero, alcun problema, in quanto essa è soddisfatta dalla legge penale italiana<sup>47</sup>, mentre sotto quello della prevedibilità a venire in gioco è la determinatezza/tassatività ancora e comunque della legge penale italiana in sé e per sé considerata, non assumendo alcun valore, almeno sotto il profilo oggettivo, la peculiare situazione psicologica rispetto ad essa in cui venga a trovarsi il suo singolo destinatario.

Quanto al principio di colpevolezza, invece, l'errore è di metodo: non vi è alcuna giustificazione che consenta di pervenire dalla (eventuale) esistenza di un *error iuris*, alla necessità dell'oggettiva previsione del fatto come reato da parte della legge straniera<sup>48</sup>. È una presunzione che, oltre a non trovare appigli normativi, si scontra con la

---

<sup>44</sup> Per Cass. pen., sez. II, 06 dicembre 1991, n. n. 2860/1992, in *C.E.D. Cass.* n. 189895 la qualificazione «deve avvenire esclusivamente alla stregua della legge penale italiana, a nulla rilevando che l'ordinamento dello Stato nel cui territorio il fatto è stato commesso non preveda una persecuzione penale dello stesso fatto. Le norme in questione prevedono, infatti, limitatamente ai casi da esse contemplati e in presenza di alcune condizioni, la perseguibilità dei fatti penalmente rilevanti "secondo la legge italiana" al di là dei limiti territoriali».

<sup>45</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, 17 settembre 2002, n. 38401, in *C.E.D. Cass.* nn. 2229254 e 222925. In senso conforme, con riferimento al reato-presupposto del riciclaggio, v. Cass. pen., sez. II, 7 febbraio 2019, n. 23190, in *Guida al dir.*, 2019, 26, 29.

<sup>46</sup> In un'altra sentenza, invece, la Corte, prendendo atto dell'esistenza di tali orientamenti difformi sul punto, senza prendere posizione per l'una o l'altra opzione interpretativa, è giunta a ritenere accertato un errore sul precetto inevitabile ai sensi dell'art. 5 c.p. in riferimento all'art. 9 c.p. (si trattava infatti di reato commesso all'estero da cittadini italiani). Cfr. Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525, in *Riv. dir. int.*, 2016, 3, p. 701, secondo cui «La questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello Stato in cui fu commesso (cosiddetta doppia incriminabilità) è controversa in giurisprudenza. Tale circostanza assume sicuro rilievo ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta, in quanto l'errore investe la portata applicativa dell'art. 9 c.p. L'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte di ogni consociato dovuta alla mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale».

<sup>47</sup> F. MANTOVANI, op. loc. cit. e A. PAGLIARO, *La legge penale*, cit., ove sostiene: «Né si può invocare il principio di legalità, perché questo è perfettamente rispettato ogniqualevolta il fatto sia previsto come reato dalla legge italiana (anche se chi commette il reato sia uno straniero)».

<sup>48</sup> V. anche *infra* par. 6.1

possibilità che in concreto potrebbe ben accadere che lo straniero conosca chiaramente l'illiceità penale del fatto secondo la legge italiana o, viceversa, il cittadino residente da lunghi anni all'estero non ne abbia contezza. Trattasi, pertanto, di un'opzione politico-criminale non imposta né consentita in via interpretativa.

Restano, poi, molti nodi irrisolti, che danno conto della non piena coerenza della tesi con l'assetto normativo in cui va ad inserirsi. Non si supera l'esplicito riferimento alla "legge penale italiana" fatto dagli artt. 9 e 10 c.p. Non può dirsi rispettato il principio di riserva di legge, così esteso alla necessaria esistenza di una legge penale straniera, non tenendo in conto la misura della pena da quest'ultima prevista e dando comunque applicazione a quella, eventualmente più gravosa, prevista dalla legge italiana per lo stesso fatto. Come potrebbe, poi, trovare applicazione la doppia incriminabilità nel caso di fatto commesso in uno spazio libero dalla sovranità di uno Stato estero (es. acque internazionali)? Più che ipotizzare l'assoluta impunità di questi ultimi fatti, sembra piuttosto che la doppia incriminabilità più che colmarne, finisca qui per generare delle lacune.

Infine, portando le argomentazioni incentrate sul principio di legalità e su quello di colpevolezza alle loro necessarie conseguenze logiche, si nota che esse sarebbero estensibili ad ogni caso in cui sia rinvenibile un qualsivoglia elemento di estraneità nella fattispecie concreta e, quindi, ben oltre il perimetro del reato commesso interamente all'estero (ad es. reato commesso in Italia dallo straniero, reato commesso solo in parte all'estero), pur se ciò non è ammesso neppure dagli autori che le sostengono<sup>49</sup>.

Infatti, la teoria dell'ubiquità, intesa in termini assai estensivi dalla Corte di Cassazione<sup>50</sup>, consente di considerare come commessi in Italia fatti realizzati interamente all'estero quand'anche, ad esempio, si tratti solo di una partecipazione atipica a un reato commesso in Italia. I profili di prevedibilità (o meglio quelli di colpevolezza), se fosse vero quanto invece si avversa, dovrebbero qui valere in termini identici ai casi rientranti negli artt. 9 e 10 c.p.

Si pensi, poi, ai reati c.d. culturalmente orientati commessi dallo straniero in Italia: anche qui vi è un elemento di estraneità della fattispecie che rischia di entrare

<sup>49</sup> Parzialmente conforme A. PAGLIARO, op. ult. cit., sottolinea che «l'argomento prova troppo, in quanto conduce a richiedere la doppia incriminazione per la punibilità in Italia di tutti i fatti commessi fuori del territorio dello Stato: perciò, anche nelle ipotesi degli artt. 7 e 8 e persino quando il delitto si sia verificato dove, non avendo impero alcuno Stato (esempio: mare libero, fuori della nave) non può mai aversi la doppia incriminazione».

<sup>50</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 20 luglio 2017, n. 39561, in *C.E.D. Cass.* n. 270895 e Cass. pen., sez. III, 25 maggio 1999, n. 1963, in *C.E.D. Cass.* n. 214169.

in frizione con il principio di colpevolezza<sup>51</sup>, eppure nessuno è giunto ad ipotizzare che ciò possa estendersi sino a mutare il tipo della fattispecie penale italiana (andando oltre, cioè, ai profili soggettivi eccezionalmente rilevanti ai sensi dell'art. 5 c.p.).

A ben vedere, il principio di colpevolezza, specie laddove si tratti di straniero, potrebbe al più consentire di porre l'accento sugli spazi eccessivamente angusti dell'*error iuris* inevitabile<sup>52</sup>, che dovrebbero trovare un'attenuazione e una rivisitazione. Rispetto allo straniero (così come al cittadino residente da molti anni all'estero) il principio solidaristico, su cui il noto orientamento costituzionale fonda il dovere di informarsi sulle conseguenze penali delle proprie libere scelte di condotta<sup>53</sup>, assume connotati non del tutto convincenti. Solo entro questa prospettiva, pertanto, la carenza della doppia incriminabilità, più che limitare la potestà punitiva statale sul piano oggettivo (in base alle obiezioni più sopra mosse), appare essere un elemento indiziario, nell'ambito della complessiva evidenza disponibile, del carattere inevitabile dell'errore o dell'ignoranza che cade sulla legge penale italiana<sup>54</sup>.

#### 4.3 – Antigiuridicità

Qualche notazione merita, infine, la tesi, di recente riaffacciata in dottrina, che la doppia incriminabilità sarebbe richiesta dall'art. 51 c.p.<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, pp. 671 ss.; C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente condizionati*, in *Enc. dir. - Annali*, VII, 2014, pp. 872-885.

<sup>52</sup> In argomento, in termini generali, cfr. da ultimo M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, *passim* e spec. pp. 126 ss., ove si ripercorrono i casi di inevitabilità dell'errore ricondotti al soggetto, in specie straniero.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 70 ss.

<sup>54</sup> Parzialmente conforme già G. CRIVELLARI, op. cit., p. 237, ove l'A. sostiene «Ma (potrebbe dirsi), lo straniero che ha commesso un fatto in un territorio, ove imperava una legge che a questo fatto non dava il carattere di reato, era in buona fede; e questa buona fede dev'essergli calcolata. Allora è semplicemente questione di maggiore o minore imputabilità; potrà eventualmente essere, forse, anche questione di discriminazione; ma, in ogni caso, sarà questione del tutto soggettiva. Quando, però, la si guardi sotto l'aspetto oggettivo, non è da togliersi alle Autorità del luogo di rifugio la podestà del giudizio» (v. pure *ivi*, n. 1); F. CARRARA, op. cit., §1065, ove spiega che «qualora l'azione che è punita nel luogo dove essa si giudica, niente lo fosse ove fu commessa, tale circostanza potrà valutarsi come un fatto idoneo ancora in qualche specialità ad autorizzare l'assoluzione, non in obbedienza alla legge del luogo, ma come una condizione *materiale* che abbia tolto all'agente la coscienza di delinquere».

<sup>55</sup> D. MICHELETTI, op. cit., pp. 581-582 ritiene che si debba distinguere gli artt. 7 e 8 dagli artt. 9 e 10 e che solo per i primi, operando essi sul piano delle scriminanti, troverebbe applicazione il principio di universalità, mentre per i secondi la "tipicità extraterritoriale" sarebbe da considerarsi «condizionata

Limitatamente ai delitti comuni del cittadino e dello straniero rientranti negli artt. 9 e 10 c.p., alcuni autori ritengono che le scriminanti dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere possano operare anche rinviando alla *lex loci* straniera. Di conseguenza, la legge straniera potrebbe escludere l'antigiuridicità di fatti che sarebbero altrimenti illeciti alla luce dell'ordinamento nazionale e punibili secondo il principio di extraterritorialità.

Da questo argomento, poi, si ritiene pure derivi una conferma, più in generale, dell'immanenza del principio di doppia incriminabilità al sistema di diritto penale internazionale italiano.

A questa tesi si è obiettato, in modo assai radicale, che l'art. 51 c.p. non potrebbe mai operare in relazione alla legge straniera, che non potrebbe essere fonte di una scriminante, in quanto finirebbe così per derogare, oltre i limiti consentiti dalla legge interna, alla norma penale italiana<sup>56</sup>.

Si è inoltre opposto che sarebbe difficoltoso reperire le norme dell'ordinamento su cui si fondano eventuali facoltà o diritti scriminanti<sup>57</sup>.

Non sembra, però, che nessuna di queste obiezioni colga del tutto nel segno. L'art. 51 c.p., nel rinviare ai doveri imposti e ai diritti e alle facoltà attribuite dagli altri rami dell'ordinamento, non pone alcun limite di tal genere e si può ritenere che la sua funzione di rinvio, ben possa operare con riferimento alla legge straniera extrapenale<sup>58</sup>, laddove trattasi di fatto commesso interamente all'estero. Si tratta, del resto, di

---

anche - e ancor più - perché filtrata dal principio di doppia incriminazione: il quale, veicolato dall'art. 51 c.p., impone di subordinare il giudizio di illiceità del fatto commesso all'estero alla mancanza nella *lex loci* di una norma che lo autorizzi o lo legittimi». Ritiene poi esistenti diversi limiti ulteriori e impliciti alla tipicità extraterritoriale. Secondo un primo limite la norma straniera deve essere volta alla tutela del medesimo bene giuridico di quella interna. Secondo un secondo dovrebbe darsi prevalenza ad eventuali previsioni delle singole norme incriminatrici che derogano agli artt. 9 e 10 (c.d. reati a localizzazione tipica); ivi, p. 584.

<sup>56</sup> I. CARACCIOLI, op. cit., pp. 1017-1019 e spec. p. 1019 ove specifica che «il fenomeno "esercizio di un diritto" rilevante nell'art. 51 c.p. non può essere riguardato dall'angolo visuale dei principi informativi di altre legislazioni. Si verrebbe, altrimenti, attraverso questa norma, ad inserire nel nostro ordinamento, con l'efficacia di scusare comportamenti criminosi, esigenze che, mentre possono essere soltanto indifferenti per il nostro legislatore, potrebbero anche risultare - è il caso dell'aborto, della poligamia, ecc. - in netto contrasto con i fondamenti della nostra civiltà.».

<sup>57</sup> A. DI MARTINO, op. cit., p. 144.

<sup>58</sup> F. MANTOVANI, op. cit., pp. 236 e 241 ritiene che un dovere/diritto scriminante possa avere fonte nel diritto straniero nel caso di fatto commesso all'estero. V. pure *funditus* ID., *Esercizio di un diritto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XV, 1966, che distingue tra gli artt. 7-8 e 9-10 c.p. («Appare conforme al principio della «tutela» l'estensione dell'efficacia extraterritoriale della legge penale ai fatti di cui all'articolo 7 n. 1-4 e ai fatti offensivi di un interesse politico di Stato, di cui all'art. 8, anche e a maggior

un meccanismo ben noto del diritto privato internazionale (ove l'applicazione, anche da parte del giudice italiano, di una norma di legge straniera non risulta affatto un'ipotesi eccezionale, quando a prevalere sono gli elementi di estraneità della fattispecie, e ove operano meccanismi volti a limitarne il conflitto con l'ordine pubblico e i principi generali del nostro ordinamento).

Altro è, tuttavia, l'ulteriore conclusione cui si giunge. A ben vedere non si capisce perché dall'art. 51 c.p. si arrivi a desumere l'esistenza del requisito della doppia incriminabilità, che è cosa ben diversa.

È possibile, ad esempio, che un fatto non costituisca esercizio di un diritto o adempimento di un dovere secondo il diritto straniero e che, al contempo, neppure sia previsto dalla legge straniera come reato, ma sia valutato da essa come illecito civile od amministrativo.

Trattasi di un ambito di applicazione assai più limitato di quello del principio di doppia incriminabilità, che richiede, invece, la rilevanza penale del fatto in entrambi gli ordinamenti.

#### 4.4 - *In conclusione*

Fatta salva la sola eventuale rilevanza dell'*error iuris*, in specie per lo straniero, ai fini dell'esclusione della colpevolezza dell'autore del reato commesso interamente all'estero e altresì la possibile ricorrenza di cause di giustificazione che trovano fondamento nella legge extrapenale straniera (applicabile in presenza di elementi di estraneità rilevanti), non sembra che la disciplina del diritto penale internazionale comprenda, in via né esplicita né implicita, un requisito di doppia incriminabilità del fatto, come ulteriore restrizione della potestà punitiva dello Stato rispetto alle previsioni degli artt. 7-10 c.p., in virtù di una scelta politico-criminale forse contestabile, ma che, non superabile in via interpretativa, neppure pare porsi di per sé in contrasto con il dettato costituzionale.

### 5. Reato presupposto del riciclaggio ed efficacia spaziale della legge penale

Esclusa in radice l'esistenza di un requisito di doppia incriminazione come

---

ragione, se tali fatti sono dal diritto straniero autorizzati o imposti. Altrettanto non sembra possa ripetersi per le deroghe ispirate al principio di universalità.»).

condizione di punibilità immanente agli artt. 7-10 c.p., occorre infine domandarsi se dalla particolare struttura del fatto tipico del delitto di riciclaggio possa altrimenti desumersi una rilevanza della legge penale straniera, in relazione al reato presupposto.

Qui il tema, invero, è almeno duplice e, cioè, richiede di risolvere (*i*) non solo il quesito della rilevanza come antecedente logico-giuridico del riciclaggio di un reato commesso all'estero che sia penalmente irrilevante alla luce della legislazione locale, (*ii*) bensì anche quello della possibilità che tale antecedente possa essere integrato da un fatto commesso all'estero penalmente rilevante solo alla luce della legge straniera e non di quella italiana.

Il problema si iscrive nel più generale studio del rapporto di presupposizione e dipendenza intercorrente tra il reato principale e il c.d. reato accessorio. Quest'ultimo è stato teorizzato, da risalente dottrina, come autonoma categoria dogmatica<sup>59</sup>, alla quale sarebbero, dunque, applicabili una serie di uniformi canoni regolatori, che disciplinano la possibilità o meno di trasferire gli effetti dell'applicazione di norme di parte generale dal reato presupposto a quello presupponente in virtù del principio *accessorium sequitur principale* (mutuato dal diritto privato).

Si pensi, per citare solo alcuni dei profili rilevanti, all'*abolitio criminis* e alla successione di norme incriminatrici, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, all'estinzione per prescrizione o per altre cause, alla non imputabilità dell'autore e a tutto ciò che riguarda le condizioni di procedibilità e di punibilità del reato presupposto, sia esso consumato o solo tentato.

Tale costruzione dogmatica, come è maggiormente evidente nei primi autori che l'hanno sostenuta, si pone in continuità con la tripartizione, nota nel diritto comune, tra compartecipazione criminosa *ante delictum*, *in delictum* e *post delictum*. In quest'ottica le fattispecie riconducibili al favoreggiamento e alla ricettazione costituirebbero una sorta di concorso di persone "postumo" nel reato principale/presupposto e, sulla base di argomentazioni ispirate ad un accentuato ontologismo, dovrebbe perciò ipotizzarsi una «costante armonia giuridica di principii»<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> DELOGU, *Contributo alla teoria dei reati accessori*, in *Giust. pen.*, 1947, II, pp. 321 ss.; G. BORTOLOTTO, *I delitti accessori*, in *Riv. pen.* 1908, pp. 125 ss.; F. CARRARA, *Delitti accessori*, in *Reminiscenze di cattedra e di foro*, Lucca, 1883, pp. 379 ss., riedito da Il Mulino, 2008, pp. 255-260 e, nella stessa raccolta, ID., *Favoreggiamento e occultamento di rei*, pp. 267-285.

<sup>60</sup> F. CARRARA, op. cit., pp. 256-257, secondo cui «Questa tesi che intendo svolgere nel presente mio studio più specialmente si dirige a mostrare che sì l'una che l'altra di quelle due figure subiscono l'influsso del principio ontologico non potersi ammettere accessorio senza principale; principio che appunto per essere una verità ontologica non può ammettere eccezione ma è assoluto, e perpetuamente costante. Ora cotesto principio che è riconosciuto tranquillamente e senza disputa nella ipotesi di



Questa logica di dipendenza del reato accessorio, starebbe alla base della diffusa clausola di riserva che esclude dal novero dei soggetti attivi gli autori e i partecipi nel reato presupposto, che in quest'ottica vedrebbero duplicata impropriamente la misura della loro responsabilità in violazione del principio di *ne bis in idem* sostanziale. Essa, inoltre, stava alla base dell'instaurata relazione normativa tra la misura della pena (e quindi della gravità) del reato presupposto con quella del reato presupponente, come contrappunto della considerazione unitaria del fenomeno criminale, ove il secondo altro non costituirebbe che un approfondimento o una perpetuazione dell'offesa recata dal primo ad un medesimo bene giuridico.

Qui si iscrive pure, dunque, il problema del reato presupposto commesso all'estero, rispetto al quale le soluzioni variano secondo il maggior o minor grado di autonomia riconosciuto al reato presupponente/accessorio o, *rectius*, secondo il maggiore o minor credito riconosciuto a tale costruzione.

Trattasi di una questione che non ha un'esplicita disciplina normativa. Essa, pertanto, deve essere ricavata da un esame dei caratteri strutturali dei reati c.d. accessori e, in specie, del ruolo che nell'economia di queste fattispecie gioca l'elemento normativo-valutativo del reato presupposto, tanto in generale e quanto nel particolare caso del delitto di riciclaggio, onde vagliare se e in che misura debbano operare le disposizioni degli artt. 7 ss. c.p.

Orbene, guardando al diritto positivo, emerge che il legislatore prende in considerazione un rapporto di presupposizione esistente tra due reati solo per riaffermare la autonomia degli stessi, inserendosi, peraltro, all'interno di un dibattito all'epoca molto vivo. Infatti, l'art. 170 c.p., unica norma di parte generale che guarda direttamente al

---

delinquente accessorio, ha incontrato inattesa ed ostinata contraddizione fra noi nel tema di delitto accessorio. E questo noi reputiamo gravissimo errore.». T. DELOGU, op. cit., pp. 260 ss. ritiene che il principio dell'accessorietà sia un principio giuridico generale e tecnicamente ben definito e, pertanto, utilizzabile anche per descrivere il funzionamento dei reati definiti accessori. In tal senso l'A. giunge a ritenere esistente «un criterio generale di dipendenza da altro reato, criterio che, in mancanza di deroghe espresse, deve servire da guida ogni qual volta sorga il problema della riflessione delle vicende del primo reato sul secondo». Cfr. *contra* S. LANNI, *Il reato accessorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, pp. 531 ss. e, *ivi*, spec. pp. 543 ss.; V. PARAGGIO, *Prospettive di una teoria dei reati collegati (inesistenza di reati accessori)*, in *Giust. pen.*, 1987, II. pp. 639 ss. e, *ivi*, spec. pp. 648-650 per cui «nulla autorizza siffatta operazione, in quanto ci si trova di fronte a due fatti autonomi e principali, ed anzi ragionando in quei termini si viene talora a capovolgere i termini reali. Il reato – si ripete – è sempre un fatto principale». V. pure in senso critico D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano 1984, p. 110 secondo cui «Questioni del genere - se non si proiettano in un metafisico cielo di concetti e di "essenze" giuridiche - attongono puramente e semplicemente ad un ragionevole uso ed accordo sull'uso del linguaggio».

rapporto di presupposizione tra due reati, prevede che l'estinzione per qualsiasi causa del reato presupposto non comporta alcun effetto estintivo sul reato presupponente.

Con riguardo, nello specifico, al reato di riciclaggio tale autonomia è riaffermata nel negare rilevanza alla non imputabilità o non punibilità dell'autore del reato presupposto (art. 648, ult. co. c.p.); nella previsione di una cornice edittale indipendente e, oggi, anche nel deciso ridimensionamento del c.d. privilegio dell'auto-riciclaggio, a controprova dell'autonoma carica offensiva di tali condotte<sup>61</sup>. Infatti, proprio l'esclusione dei concorrenti nel reato principale dal novero dei soggetti attivi del riciclaggio ne rimarcava, più di tutti gli altri profili, una sorta di dipendenza di tipo funzionale, che con l'introduzione del delitto di autoriciclaggio il legislatore ha inteso superare, in quanto la circolazione del denaro di provenienza delittuosa è di per sé idonea a destabilizzare il mercato e inquinare la libera concorrenza tra gli operatori economici, ciò che prescinde dalla tipologia e dalla gravità dei reati commessi a monte.

In definitiva si deve ritenere che lo schema della presupposizione cui si ispira la fattispecie di riciclaggio non soggiaccia affatto ad una valutazione di dipendenza dal reato principale o ad un supposto rapporto di accessorietà, ma trattasi né più né meno che di una tecnica di costruzione legislativa assimilabile ad un rinvio recettizio, di tipo parziale, ad altre fattispecie di delitto previste dalla nostra legislazione<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Cfr., per questa evoluzione, G. M. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 4, 1255-1273 e, ivi, 1261 ove specifica che il riciclaggio è un «fattore, in sé, di inquinamento e di destabilizzazione del mercato», quindi, come tale, costituisce pericolo per l'ordine economico; G. PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 4, 1220-1248, spec. 1221-1222; A. CRESPI, *Aziende di credito e repressione del riciclaggio dei proventi illeciti (appunti intorno a recenti disegni di legge)*, in *Riv. soc.*, 1990, pp. 1403 ss.; S. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 728. Su questo mutamento di prospettiva della *ratio* politica dei reati di riciclaggio (in senso lato), dal patrimonio verso l'ordine economico, cfr. A. M. STILE, *Riciclaggio e reimpiego di proventi illeciti*, in *Enc. giur.*, 2009, per cui «l'investimento di proventi illeciti pone chi lo effettua in una posizione di evidente vantaggio rispetto a chi deve procurarsi in maniera lecita i mezzi finanziari necessari. In questa prospettiva a essere minacciata è senza dubbio la concorrenza, come effetto certo, a monte, della violazione della par condicio, e come esito eventuale, a valle, del metodo criminale di gestione che penalizza e deprime l'imprenditore inserito nel circuito legale.». V. pure S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Milano, 2009, 263 ss.; A. MANNA, *Il bene giuridico tutelato nei delitti di riciclaggio e reimpiego: dal patrimonio all'amministrazione della giustizia, fino all'ordine pubblico e all'ordine economico*, in A. MANNA (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Torino, 2000, 53 ss. e spec. 61; V. PLANTAMURA, *Tipo d'autore o bene giuridico tutelato per l'interpretazione, e la riforma, del delitto di riciclaggio?*, cit., pp. 177-178; M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997, 205, 255.

<sup>62</sup> Cfr. A. M. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Torino, 2017, pp. 96-104 e spec. p. 97 ove sottolinea che «l'elemento-reato, pur presentando un'indiscutibile derivazione normativa (*delitto* è concetto squisitamente normativo), può essere chiamato, come nel caso di specie, a

In sostanza il reato presupposto costituisce un elemento essenziale della fattispecie di riciclaggio che rileva, in quanto tale, solo nella misura in cui la fattispecie di riciclaggio opera un rinvio ad esso con finalità meramente descrittive. Tale rinvio deve intendersi limitato a ciò che costituisce “fatto di reato” alla luce della legge penale<sup>63</sup> e non comprende, come desumibile dal chiaro disposto normativo, nulla di più: cioè non comprende gli elementi che stanno alla base della concreta punibilità dell'autore. La carica offensiva del riciclaggio sta nella natura di provento di reato delle risorse impiegate dal riciclatore e poco conta, in questa prospettiva, che vi siano ostacoli di natura sostanziale o processuale alla punibilità dell'autore del reato presupposto.

Non rilevano, in particolare, le condizioni di procedibilità previste dagli artt. 7-10 c.p. quali l'istanza, la querela e la richiesta, così come non rileva la presenza del reato nel territorio dello Stato<sup>64</sup>. Mentre, di contro, assumono rilievo quei limiti che si riverberano sulla stessa efficacia delle norme incriminatrici sotto il profilo spaziale, la quale è esclusa, di regola, quando trattasi di reato commesso interamente all'estero, solo secondo soglie di gravità che guardano al minimo edittale di pena (ad es. non sarà punibile il riciclaggio dei proventi di una contravvenzione commessa all'estero).

Tale rinvio, così più modestamente inteso, non implica un rinvio ad una sorta di nozione ontologica di reato, che prescinde dall'ordinamento che lo opera. Non è rinvio alla legge penale straniera né una deroga a quella italiana, sicché la non incriminabilità del fatto secondo la legge straniera non assume neppure a tal fine alcun fondamento

---

svolgere una funzione meramente descrittiva [...] Il disvalore del fatto di riciclaggio non deriva, cioè, dal disvalore dello specifico reato presupposto – come avviene per gli elementi normativi che veicolano la propria carica di offensività nel reato che li contempla – bensì dal dato puramente oggettivo dell'esistenza di un previo reato quale fonte dei proventi oggetto di *laundering*. Il reato presupposto è, dunque, estraneo al precetto e rientra tra gli elementi che concorrono a descrivere la situazione tipica, a “*comporre la scena*”. V. pure G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013, p. 82.

<sup>63</sup> S. LANNI, op. cit., p. 541; A. PAGLIARO, *Favoreggiamento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968 per cui «presupposto del favoreggiamento non è un reato, ma un fatto di reato. Ne segue un duplice ordine di corollari. Da un lato, la possibilità di configurare il favoreggiamento quando, pur sussistendo, come presupposto, un fatto di reato, manchi qualche elemento necessario per la sua attribuzione come illecito penale a un qualche soggetto; dall'altro la correlativa impossibilità di configurare il favoreggiamento quando manchi qualche elemento del fatto di reato che dovrebbe fungere da presupposto».

<sup>64</sup> V., con riferimento al difetto di querela, Cass. pen., sez. II, 28 maggio 2010, n. 33478, in *C.E.D. Cass.* n. 248248, per cui «Il delitto di ricettazione sussiste anche quando il reato presupposto sia quello di furto e lo stesso non sia punibile per difetto di querela». Conformi Cass. pen., sez. II, 6 marzo 1992, n. 5808, in *C.E.D. Cass.* n. 190367; Cass. pen., sez. II, 9 giugno 2006, n. 22555, in *Riv. pen.*, 2007, 3, p. 272; Cass. pen., sez. II, 18 giugno 2019, n. 29449, in *C.E.D. Cass.* n. 276668.

e, di contro, l'incriminabilità del reato presupposto alla luce della sola legge straniera non è mai da considerarsi sufficiente<sup>65</sup>.

## 6. Inutilità della doppia incriminazione?

In sintesi dunque, non sembrerebbe, esserci alcuna regola generale tra le norme del diritto penale internazionale che impedisca di punire il fatto se non è incriminato anche nello stato estero dove è stato commesso. Per il diritto penale nazionale, si diceva, quel fatto rileva come reato; per cui il danaro che da esso scaturisce per l'Italia è "sporco" e il suo trasferimento costituisce riciclaggio. Né, per contro, la punibilità andrebbe esclusa perché la doppia incriminazione del reato presupposto rappresenterebbe un elemento senza il quale non ci sarebbe il fatto tipico di riciclaggio; per aversi riciclaggio, si è visto, è sufficiente che il danaro provenga da un fatto che l'Italia considera reato.

Però dalle varie tesi affrontate nel corso dell'analisi sembrerebbe emergere un'unica idea di fondo. Quello straniero che trasferisce il danaro in Italia, può non rendersi conto di commettere un fatto che per l'ordinamento italiano comporta una responsabilità penale. Ciò è evidente a chi fonda la doppia incriminazione sull'art. 10 c.p., asserendo che lo straniero non conosce la legge italiana che invece deve essergli prevedibile. Ma può dedursi del pari anche dall'idea che taluno non debba essere punito solo perché esercita un diritto concessogli dal proprio stato, che logicamente, data la diversità degli ordinamenti, non può valere al di fuori di esso: e dunque è più probabile che in realtà quel soggetto non pensi che la propria condotta possa essere considerata un illecito in Italia e che i suoi soldi siano sporchi. E lo stesso vale infine per l'idea della doppia incriminazione come elemento costitutivo dell'art. 648 *bis*: se così fosse si avvantaggerebbe proprio chi ponendo in essere all'estero un fatto lecito non penserebbe mai di essere punito in Italia.

---

<sup>65</sup> Cfr. P. V. REINOTI, op. loc. cit., «si ritiene in dottrina sia necessario che il reato presupposto commesso all'estero sia completo non solo in tutti i suoi elementi, ma anche punibile ai sensi degli art. 7, 9, 10, 11 c.p. Questa soluzione - di cui peraltro non è fornita motivazione convincente - sembra poco persuasiva: non si vede perché si dovrebbe pervenire a soluzione diversa da quella prevista dall'ultimo comma dell'art. 648 c.p. giacché anche nel caso in questione si verte in un'ipotesi di carenza di una condizione di punibilità». In termini conformi, sulla base di diverse argomentazioni, cfr. G. PECORELLA, op. loc. cit., p. 938, per il quale «"delitto" è, senza possibilità di dubbio, un elemento normativo [...] il primo problema è quello di determinare a quale ordinamento giuridico debba appartenere questa norma, affinché essa sia in grado di operare nel modo richiesto dalla norma incriminatrice» concludendo che essa sia sempre e solo quella prevista dalla legge penale italiana». Parzialmente difforme G. MORGANTE, op. cit., pp. 237-238.

Il problema che sta sotto la pretesa di non punire chi pone in essere un atto che per l'ordinamento straniero è un fatto lecito, ma che per il nostro paese è considerato reato presupposto, sembrerebbe essere che quello straniero, non sapendo che per l'Italia i suoi soldi sono sporchi, non è posto nelle condizioni di prevedere che trasferendoli in tale stato sarà punito. Infatti, chi agisce con un capitale che pensa lecito, non pensa che sarà punito se lo porta altrove, perché, in genere, vivendo in un altro stato, non riceve alcun *input* in tal senso.

Il suo comportamento, dal suo punto di vista, sarebbe quello di chi si comporta come un accorto investitore che trasferisce i capitali nel paese dove frutteranno di più, non certo quella del criminale che vuole "ripulirli".

Nei confronti di questo soggetto si aprirebbe, però, un inaspettato processo per riciclaggio. Né si tratta di un'ipotesi peregrina: basti pensare ad un'impresa che all'estero ometta di versare le ritenute, perché lì tale condotta costituisce un mero illecito amministrativo, o addirittura nessun illecito, e che trasferisca successivamente quel risparmio di spesa in Italia<sup>66</sup>.

Vero è che sempre di più oggi le legislazioni europee tendono ad ampliare il novero dei delitti presupposto del riciclaggio, finendo per incriminare chiunque utilizza il danaro di provenienza delittuosa<sup>67</sup> e questo sforzo di certo permette di facilitare un'omologazione del diritto oggettivo. Resta però il fatto che la vera sostanza del riciclaggio, ciò che rende sporco il danaro e che permette all'autore di capirne la provenienza, sono i reati presupposto; e quelli sono ancora diversi da stato a stato poiché i codici penali europei perseguono ancora ognuno una diversa politica criminale<sup>68</sup>. In

---

<sup>66</sup> Da ultimo si veda Cassazione penale sez. II, 13 Novembre 2020, n.9140. Il caso era quello di un ortopedico che rilasciava di fatture aventi lo stesso numero di serie, in modo da far apparire il numero delle prestazioni svolte di gran lunga inferiore a quello reale, e ponendo poi in essere una serie di attività di alienazione di beni e di trasformazione dei profitti dell'evasione attraverso il contributo, integrante plurime ipotesi di riciclaggio. Nella specie la Corte riteneva che il danaro risparmiato con l'omessa di chiarazione costituisse provento riciclabile.

<sup>67</sup> Negli anni '80 sulla spinta di diverse convenzioni nazionali ed europee il fenomeno del riciclaggio era prevalentemente legato alla ripulitura di danaro di crimini di terrorismo, sequestro di persona e narcotraffico. Però con il tempo ci si è resi conto della pericolosità del fenomeno del "danaro sommerso" per i sistemi economici e così si è deciso di sganciare la figura da una rigida pretipizzazione dei reati presupposto per lasciare invece aperto tale elenco A.M. DELL'OSSO, *Riciclaggio di proventi illeciti*, 22 ss.

<sup>68</sup> Per queste osservazioni si rimanda a L. FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 342 e 358-9, e M. DELMAS-MARTY, *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*, Paris, Direction Générale du Contrôle Financiers, 1997, p. 179. Più in generale sul *Corpus Juris* M. DELMAS-MARTY - J. A. E. VERVAELE (a cura di), *The implementation of the Corpus juris in the member states: penal provisions for the protection of European finances*, Antwerpen, Intersentia, 2000.

tutti i casi in cui si verifica una discrasia allora chi investe capitali dall'estero non sarebbe in condizioni di prevedere la pena.

Inoltre, a ben guardare, lo stesso discorso potrebbe farsi, da un diverso punto di vista, anche per tutti quei paesi, sempre meno in realtà, in cui il numero dei reati presupposto è ancora un *numerus clausus*, in genere ristretto al traffico di stupefacenti e al sequestro di persona<sup>69</sup>. Chi in questi paesi si procura il danaro sporco, ad esempio, con un abuso d'ufficio sa che risponderà con la pena per il fatto commesso, ma non anche con quella prevista per il successivo riciclaggio perché quel reato esula dall'elenco dei reati presupposto. Nel qual caso, per quello che sa questo soggetto il rimpiego di quei danari non è punito nel proprio stato e, a ben guardare, non sembrerebbe neanche aver ragione di immaginare che questo possa avvenire in un altro stato. Per cui per lui sarebbe ugualmente imprevedibile la punizione per aver riciclato quei soldi traferendoli in Italia.

Per cui già da queste scarse note emerge che la pretesa alla non punibilità del riciclaggio transnazionale in mancanza di doppia incriminabilità cela, in realtà, la pretesa di non punire chi non sa che spostando i capitali commetterà reato in Italia. E, inoltre, questa pretesa, a ben guardare non riguarda solo chi pone in essere un atto lecito, ma si estende anche a quei soggetti che non sanno che in un altro stato è punito il riciclaggio del danaro sporco, perché proveniente da un certo tipo di reato. Tanto varrebbe allora abbandonare questa figura ed affrontare direttamente il problema sul terreno della colpevolezza, tema su cui la Direttiva, invece, non pare intervenire.

#### 6.1 - Riassunzione sotto l'art. 5 c.p.

Ecco allora il punto. Tutte le tesi sinora esaminate evidenziano che i soggetti che dall'estero trasferiscono danaro in Italia non sono nelle condizioni di sapere che quel trasferimento di danaro sarà punito, vuoi perché non sanno che il danaro è sporco, vuoi perché non sanno che ne è punito il trasferimento.

Per cui si potrebbe forse ritenere che, con una certa frequenza, questi casi possano essere qualificati come casi di ignoranza della legge penale italiana. Certo il testo dell'art. 5 in linea di principio, assicurando la punibilità di chi ignora il contenuto della legge penale in modo che questa non possa essere usata a scusa, non sembrerebbe fare al caso

---

<sup>69</sup> Rileva che in diversi paesi il riciclaggio è ancora ancorato ai reati presupposto tradizionali di terrorismo, sequestro di persona e narcotraffico A. APOLLONIO, *Autoriciclaggio e diritto comparato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, p. 183 ss.

nostro. Però, dopo l'intervento delle sentenze della Corte Costituzionale del 1988, con cui è stato "restaurato" il principio di colpevolezza, è possibile punire solo i soggetti in condizioni di percepire il richiamo della pena. E quest'eccezione, pur proposta con un'interpretazione del giudice delle leggi e non con la legge formale, investe i casi in cui chi commette il fatto non ne conosce l'illiceità a causa di un'ignoranza inevitabile.

Occorre tener presente poi che i criteri per accertare l'inevitabilità come l'oscurità del testo o l'interpretazione data dalle istituzioni possono di certo indirizzare la coscienza dell'uomo comune, ma quell'uomo per comprendere il linguaggio della legge e delle istituzioni dovrebbe, in effetti, essere italiano<sup>70</sup>. Del resto le istituzioni dello Stato sono pensate per i propri cittadini e, salvo naturalmente eccezioni, queste non sono pensate per educare gli stranieri o per renderli edotti che un certo fatto sarà punito in Italia. Un'ipotesi peraltro vieppiù impensabile se si tiene conto dell'ipertrofia del diritto penale italiano.

Per cui quando si parla di ignoranza inevitabile della legge penale in riferimento a chi vive all'estero, specialmente se straniero, occorre prendere atto che costui, in genere, potrebbe non avere idea delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni. E sarebbe probabilmente privo, di fonti di cognizioni efficaci.

Si tratta naturalmente di una massima che va accertata caso per caso: non varrà logicamente nei confronti dell'italiano che si rifugia in un paradiso fiscale per assicurare i propri illeciti d'imposta e, poi, li riporti in Italia; né per chi sposti un'impresa dall'Italia in luoghi dove gli illeciti a tutela del lavoratore sono solo amministrativi o civili. Insomma, nei confronti di chi per qualche ragione ha *già* avuto esperienza del diritto italiano o è ragionevole che ne abbia.

Fuori da queste ipotesi, tuttavia, dovrebbe rilevarsi che il soggetto che ricicla i proventi di un reato commesso interamente all'estero è destinatario di una serie di *input* da parte solamente del *proprio* ordinamento, che limitano la sua possibilità di comprendere l'eventuale rilevanza penale di un'operazione su quei beni dal punto di vista di un stato estero come l'Italia: il fatto presupposto non è incriminato all'estero, ma costituisce mero illecito civile o amministrativo; il fatto è stato posto in essere nell'esercizio di un diritto riconosciuto dalla *lex loci* e non riconosciuto dalla legge italiana; tale fatto è reato, ma non rientra tra i reati-presupposto del riciclaggio secondo la legge straniera.

---

<sup>70</sup> Lo rileva, ponendo a fondamento della tesi territoriale, per cui il diritto italiano dovrebbe applicarsi solo ai soggetti in grado di prevedere l'applicazione della pena D.MICHELETTI, *Reato e territorio*, 580 ss. È possibile però che lo stesso risultato possa raggiungersi valorizzando l'art. 5 c.p.

In tutti queste ipotesi, il soggetto trasferendo il danaro realizza un fatto lecito nel suo ordinamento, e quantomeno con riguardo alle prime due ipotesi, un fatto completamente *neutro* dal punto di vista del disvalore penale<sup>71</sup>. Così, si potrebbe ritenere che costui, di regola, ignori che il trasferimento è punito in Italia a titolo di riciclaggio.

Nel qual caso, la pretesa alla tutela dell'individuo, che abbiamo visto sottesa alla richiesta di una doppia incriminazione, sembrerebbe poter essere assolta dalla scusante dell'ignoranza inevitabile della legge penale, anche se in misura più circoscritta. Sul piano probatorio, sembrerebbe esserci una massima di esperienza per la quale chi commette all'estero un fatto lecito non considera poi "sporco" il danaro che trasferisce in Italia; e viceversa anche chi sa che il danaro è sporco, nondimeno può non sapere che il suo trasferimento è incriminato dallo stato nel quale viene indirizzato. Salve naturalmente le prove contrarie.

## 7. Conclusioni

Che resta allora della doppia incriminazione del reato presupposto nel riciclaggio transnazionale? E di seguito: cosa ha cambiato la Direttiva n. 2018/1673/UE prescrivendo al giudice di non tenerne conto?

Tirando le fila della nostra analisi, sembrerebbe che non si possa opporre a difesa contro il riciclaggio il fatto che il reato presupposto non è incriminato nello stato estero nel territorio del quale è stato commesso. La pretesa in questione, però, come si è avuto modo di vedere celava in realtà il tentativo di difendere l'individuo contro un rischio penale a lui ignoto e non altrimenti conoscibile, e dunque lo strumento difensivo giusto è l'art. 5 c.p., per come rivisitato in via interpretativa dal giudice delle leggi. Vieppiù che in questo modo la difesa finirebbe per comprendere non solo le ipotesi di chi non sa di commettere un riciclaggio perché il danaro proviene da un fatto non considerato all'estero come "reato", ma anche i casi in cui questo fatto è reato all'estero, ma non è lì incluso tra i delitti presupposto del riciclaggio.

Per quanto concerne la Direttiva, invece, le considerazioni sono diverse. Sotto il profilo sostanziale, non esistendo nel sistema italiano un divieto di punire il riciclaggio in assenza di una doppia incriminazione, è probabile che, comunque venga recepita,

---

<sup>71</sup> Dove con fatto *wertneutral* si fa riferimento a quello rilevante per il diritto ma di cui non si percepisce il disvalore. Il tema, in genere si accompagna a quello degli elementi normativi per come elaborati dalla dottrina tedesca nella successione di posizioni da Bebing a Welzel. Sul punto si rimanda a K.ROXIN, *Offene. Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Auflage 1970, 44-46.



la direttiva non cambi nulla nel sistema vigente, se non negando definitivamente il fondamento delle tesi “creative” più sopra criticate<sup>72</sup>.

Più che altro, in questo frangente, si può pensare che la pretesa europea di rimuovere tutti gli ostacoli alla tutela del riciclaggio incontri un limite ben più consistente della non punibilità di chi commette un fatto incriminato solo in Italia e non all'estero, dato che l'art. 5 c.p. finisce per poter mandare esente da pena non solo questo soggetto, ma, in certe ipotesi, anche chi abbia posto in essere un fatto incriminato all'estero.

L'ostacolo più significativo nell'azione di contrasto europea al riciclaggio transnazionale è, in definitiva, rinvenibile nel terreno della colpevolezza, almeno nel caso in cui vi siano forti differenze tra i sistemi penali coinvolti. L'intervento volto a escludere il principio di doppia incriminabilità del reato presupposto del riciclaggio non è, da questa prospettiva, risolutivo.

Più fecondo sarà probabilmente occuparsi, invece, del suo impatto in tutte quelle fasi che precedono il giudizio, dove, nell'investigazione sul riciclaggio transnazionale, il requisito della doppia incriminazione rappresenta ancora una condizione richiesta per la cooperazione tra le autorità di polizia di diversi stati. Ma si tratta di questioni che esulano dallo spettro dell'indagine del penalista.

---

<sup>72</sup> V. *supra* par. 4