

L'autoriciclaggio tra reati fiscali e responsabilità 231

Commento alla circolare n. 19867 di Confindustria

di Giovanni Barbato¹

Con la definitiva criminalizzazione dell'autoriciclaggio ad opera della legge 15.12.2014 n. 186 si completa un percorso volto a contrastare in tutte le sue fasi i fenomeni di *money laundering* iniziato svariati anni fa dal legislatore e dalle autorità internazionali. In questo ambito è stata pubblicata la recente Circolare n.19867 del 12.06.2015 di Confindustria, che cerca di porre alcune chiavi di lettura della nuova fattispecie, volte a chiarirne portata e ambito applicativo.

Appare utile richiamare, in via preliminare, il dettato normativo per poi analizzare le questioni aperte rispetto alla posizione dell'Associazione di categoria.

Più precisamente il nuovo art. 648-ter.1 c.p., rubricato "autoriciclaggio"², prevede due fattispecie delittuose distinte:

- al primo comma viene punito con la reclusione da 2 a 8 anni e con la multa da 5.000 a 25.000 euro chiunque – avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo punito con la reclusione pari o superiore nel massimo a 5 anni – impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa;
- al secondo comma sono sanzionate con la reclusione da 1 a 4 anni e con la multa da 2.500 a 12.500 euro le medesime attività, ove poste in essere in relazione ad utilità provenienti da delitti non colposi puniti con la reclusione inferiore nel massimo a 5 anni.

Ebbene, la richiamata Circolare di Confindustria in primo luogo rimarca le modalità della condotta che deve essere posta in essere "in modo da ostacolare concretamente l'identificazione" della provenienza illecita della provvista. Secondo il documento *de quo*, un'interpretazione rigorosa della nuova fattispecie eviterebbe il rischio che con un'applicazione estensiva l'autore di un reato tributario possa incorrere in automatico anche nell'imputazione per autoriciclaggio.

In altri termini, per Confindustria potrebbe accadere che la medesima condotta venga punita due volte sul piano penale (per il reato tributario base e per l'autoriciclaggio), oltre che sul piano amministrativo, il che realizzerebbe quella violazione del principio del *ne bis in idem*, di recente stigmatizzato anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (*rectius* Seconda Sezione, sentenza 4 marzo 2014).

Invero, è chiaro dalla lettera dell'art. 648-ter.1 che l'autoriciclaggio richieda un ostacolo concreto all'identificazione, con evidenti condotte dissimulatorie ovvero anomale, rispetto alle quali semplici operazioni tracciabili (che non hanno tali crismi) difficilmente potrebbero assurgere ad elementi costitutivi del nuovo reato.

Non può non sottolinearsi però come l'autoriciclaggio (al pari del riciclaggio) sia un reato a forma libera, che può essere integrato da qualsiasi condotta idonea ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa del bene impiegato, sostituito ovvero trasferito, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative.

In questa prospettiva sicuramente utili appaiono le osservazioni già svolte dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo al riciclaggio: è stato infatti osservato dalla

¹ Esperto antiriciclaggio e fiscale, *Chief Internal Auditors*, Presidente e membro di Organismi di vigilanza ex 231/2001, Cultore di diritto tributario presso l'Università di Verona e già ufficiale della Guardia di Finanza

² Inserito dall'art. 3 della legge 15.12.2014, n. 186 (pubblicata sulla G.U. 17.12.2014 n. 292 ed entrata in vigore dal 1° gennaio 2015).

Suprema Corte (*ex multis*, Cass. Sez. IV del 23.3.2000) che le condotte devono essere concretamente idonee a dissimulare la provenienza delittuosa del bene con la conseguenza di impedire, tra l'altro, possibili iniziative investigative. Rilevano in questo ambito anche tutte quelle attività volte a ostacolare la segnalazione di operazione sospetta ai sensi dell'art. 41 del D.Lgs. 231/2007, con la conseguenza che appaiono sempre più legate la disciplina penale (*rectius* artt. 648-*bis*, 648-*ter*, 648-*ter*.1) e la disciplina dei presidi antiriciclaggio che ha dato applicazione alla III Direttiva.

Ciò posto, in giurisprudenza sono state individuate talune condotte che, pur essendo calibrate sui reati di cui agli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p., a mio avviso possono comunque essere applicabili anche al reato di autoriciclaggio. Segnatamente:

- ➔ integra il reato di riciclaggio il compimento di operazioni volte non solo ad impedire in modo definitivo, ma anche a rendere difficile l'accertamento della provenienza del denaro, dei beni o delle altre utilità, attraverso un qualsiasi espediente che consista nell'aggirare la libera e normale esecuzione dell'attività posta in essere (*ex plurimis*, Cass. 2818/2006; Cass. 16980/2007)³;
- ➔ il semplice trasferimento di danaro di provenienza illecita da un conto corrente a un altro integra gli estremi del reato di riciclaggio, essendo sufficiente a tal proposito il solo dolo eventuale. Il delitto di riciclaggio è infatti configurabile attraverso un "qualsiasi prelievo o trasferimento di fondi successivo a precedenti versamenti o anche con un mero trasferimento di denaro di provenienza da un conto corrente bancario a un altro diversamente intestato, e acceso presso un differente istituto di credito"⁴ ovvero anche tra conti correnti accesi presso lo stesso istituto di credito⁵;
- ➔ integra di per sé un autonomo atto di riciclaggio, essendo il reato di cui all'art. 648-*bis* c.p. a forma libera e potenzialmente a consumazione prolungata, attuabile anche con modalità frammentarie e progressive, qualsiasi prelievo o trasferimento di fondi successivo a precedenti versamenti, ed anche il mero trasferimento di denaro di provenienza delittuosa da un conto corrente bancario ad un altro diversamente intestato, ed acceso presso un differente istituto di credito. (Fattispecie in cui è stata ritenuta penalmente rilevante l'operazione di svuotamento della cassa di un gruppo societario ed il successivo trasferimento del denaro ad un soggetto, attraverso assegni circolari e bonifici, con l'incarico di reimpiegare le somme per finanziare altra società - Cass, Sez. II, 43881/2014);
- ➔ integra il delitto di riciclaggio la sostituzione, con denaro, di documenti fiscali provenienti dal delitto di cui all'art. 8, D.Lgs. 10.3.2000, n. 74 (Cass., Sez. II, 17.5.2013, n. 29452);
- ➔ commette il delitto colui che accetta di essere indicato come beneficiario economico di conti correnti accesi all'estero, formalmente intestati a società aventi sede in paradisi fiscali, ma in realtà appartenenti a terzi, e sui quali confluiscono i proventi di attività delittuosa (Cass., Sez. VI, 22.5.2013, n. 24548).

Proprio sullo stretto legame tra reati tributari e autoriciclaggio, la Circolare precisa come la nuova norma non dovrebbe applicarsi per tutti quei reati tributari che determinano una provvista illecita (risparmio d'imposta), che resta automaticamente inglobata nel risultato d'esercizio e, quindi, viene automaticamente reimpiegata nell'attività economica dell'impresa. Per Confindustria il rischio è che su questa via l'amministratore autore

³*Ex multis*, cfr. Cass.16980/2007, in cui si legge: "... le condotte attraverso cui, per oltre dieci anni, gli imputati hanno ricevuto versamenti di ingenti somme di denaro ... a favore delle varie società da loro stessi controllate, evidenziando una serie di operazioni, non necessariamente complesse, attraverso cui ci si premuniva di non conservare traccia della provenienza del flusso finanziario proveniente dalla ...: il denaro veniva versato inizialmente sui conti di una società, ..., per poi essere dirottato sui conti di altre società facenti sempre capo agli imputati; le ingenti entrate venivano contabilizzate in un conto denominato "finanziamento soci", mentre le uscite risultavano in un altro conto denominato "rimborso finanziamento soci" e in questo modo, proprio attraverso l'indebito riferimento ai soci, veniva frapposto un ostacolo per la individuazione della provenienza illecita del denaro; talvolta le somme venivano depositate sul conto per poche ore, per poi essere prelevate senza che venisse indicato lo scopo del prelievo o il nominativo del socio che avrebbe dovuto essere rimborsato ovvero la voce di finanziamento che si estingueva con il rimborso..."

⁴ Cfr. Cass. 16153/2014.

⁵ Cfr. Cass. 13.7.2012, n. 32936.

della dichiarazione infedele potrebbe essere chiamato a rispondere anche per l'autoriciclaggio, ad esempio, per aver pagato i dipendenti con la provvista illecita, pur se non si sia attivato per far perdere la traccia del collegamento tra il delitto base e l'utilità.

Al riguardo, tuttavia, giova osservare che, a parere di chi scrive, proprio i reati tributari sono in realtà i principali reati base dell'autoriciclaggio. Peraltro, le indicazioni internazionali sostengono che i reati fiscali vadano annoverati tra i presupposti del riciclaggio. Basti ricordare le Raccomandazioni GAFI 2012 (che ricomprendono esplicitamente i reati tributari – così come individuati da ciascun Paese con la propria legislazione penale-tributaria – nella categoria dei reati presupposto), o la recentissima IV Direttiva Antiriciclaggio del 20 maggio 2015 che ha operato espressamente l'estensione del campo dei reati gravi ai reati fiscali (art. 3, definizione di "attività criminosa", laddove - accanto alla frode grave agli interessi finanziari dell'Unione - si includono i reati fiscali relativi a imposte, sia dirette che indirette, per i quali sia prevista una pena superiore, nel massimo, ad un anno. E, nel caso di Stati nei quali è prevista una soglia minima di pena, che questa sia superiore ai sei mesi)⁶.

Ben si comprende, quindi, come a seguito dell'evoluzione normativa delle fattispecie del codice penale e della disciplina penal-tributaria, il rapporto tra la disciplina antiriciclaggio e il fenomeno dell'evasione fiscale sia ancora più stretto, in ragione dell'indubbio arricchimento (in termini sia di elementi informativi acquisibili, sia di strumenti di contrasto) assicurato dal sistema antiriciclaggio alla lotta contro i fenomeni evasivi, soprattutto se connotati da elevata insidiosità.

Proprio la giurisprudenza della Suprema Corte ha avuto modo di chiarire a più riprese che:

- il delitto di riciclaggio può presupporre come reato principale non solo delitti funzionalmente orientati alla creazione di capitali illeciti, quali la corruzione, la concussione, i reati societari, i reati fallimentari, ma anche delitti, che secondo la visione più rigorosa e tradizionalmente ricevuta del fenomeno, vi erano estranei, come ad esempio i delitti fiscali e qualsiasi altro⁷;
- il legislatore ha inteso colpire, con il delitto di riciclaggio, ogni vantaggio derivante dal compimento del reato presupposto: a sostegno di tale argomentazione, si osservi come lo stesso abbia adoperato la locuzione "altre utilità" come una sorta di clausola di chiusura rispetto al "denaro e beni", proprio per evitare che potessero sfuggire dalle maglie della repressione penale utilità (qualunque esse fossero) derivanti dal reato presupposto e delle quali l'agente, grazie all'attività di riciclaggio posto in essere da un terzo, potesse usufruirne. In altri termini, la richiamata locuzione è talmente ampia che in esse devono farsi rientrare tutte quelle utilità che abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile. Ne consegue che nelle "altre utilità" debbano farsi rientrare non solo quegli elementi che incrementano il patrimonio dell'agente, ma anche tutto ciò che costituisca il frutto di quelle attività fraudolente a seguito delle quali si impedisce che il patrimonio s'impoverisca: il che è quanto accade quando viene perpetrato un reato di frode fiscale a seguito del quale l'agente, evitando di pagare le imposte dovute, consegue un risparmio di spesa che si traduce in un mancato decremento del patrimonio e, quindi, in una evidente utilità di natura economica. Ne deriva che l'espressione "altre utilità" dev'essere intesa come tutte quelle utilità che abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile. In esse devono farsi rientrare non solo quegli elementi che incrementano il patrimonio

⁶ Sul punto giova osservare tuttavia che le legislazioni penali dei Paesi dell'Unione dovrebbero essere quanto meno armonizzate per poter confrontarsi con un sistema di repressione tendenzialmente uniforme ed evitare disparità tra singoli Stati

⁷ Cfr. Cass. pen. 1024/2008.

- dell'agente, ma anche quelle attività fraudolente a seguito delle quali l'agente impedisce che il proprio patrimonio s'impoverisca. Di conseguenza, rientra fra i reati presupposto anche il reato di frode fiscale in forza del quale l'agente, evitando di pagare le imposte, ottiene un risparmio di spesa che si traduce in un mancato decremento del patrimonio e, quindi, in una evidente utilità di natura economica⁸;
- dal momento che non costituiscono il profitto del reato di cui all'art. 2, D.Lgs. 74/2000, le somme fittiziamente fatte pervenire ad una società, per dare parvenza di effettività all'emissione, da parte della stessa, di fatture relative ad operazioni inesistenti, non possono ritenersi di provenienza delittuosa. Ne consegue che non è configurabile il reato di riciclaggio⁹;
 - per configurarsi il riciclaggio con riguardo ai reati fiscali è necessario che la sostituzione od il trasferimento del denaro (o degli altri beni od utilità indicati nella norma) che caratterizza il momento consumativo del reato di cui all'art. 648-bis c.p. avvenga in un momento in cui il delitto presupposto si è già perfezionato. In altri termini, secondo la Suprema Corte non si può *"configurare una sorta di "riciclaggio anticipato" caratterizzato da un'azione di sostituzione o trasferimento di denaro prima che lo stesso assuma le caratteristiche di provenienza da delitto e la cui soglia di consumazione venga posticipata al momento in cui, per effetto della omessa presentazione della dichiarazione dei redditi, tale condizione venga a verificarsi"*¹⁰.

In questa prospettiva, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, i delitti dichiarativi e di emissione di fatture fittizie possono sicuramente essere reati presupposto dell'autoriciclaggio, poiché nel concetto di "altre utilità" ben si può ricomprendere il risparmio di spesa che l'agente ottiene evitando di pagare le imposte dovute anche se commesso all'estero.

Non è un caso, infatti, che la costante giurisprudenza della Suprema Corte ritiene che costituisca profitto dei reati tributari la somma corrispondente all'imposta evasa, sicché, ai sensi della Legge Finanziaria n. 244 del 2007, art. 1, comma 143, se ne ammette il sequestro preventivo finalizzato alla successiva confisca¹¹.

Di conseguenza è assolutamente evidente che chi commette un reato tributario oggi potrebbe vedersi perseguito anche per autoriciclaggio, qualora occulti o reimpieghi i proventi dell'evasione; specularmente, a carico di società potrebbero trovare applicazione tanto le sanzioni tributarie quanto le rischiosissime sanzioni "231/2001". Posto che, come noto, la legge n. 186/2014 inserisce l'autoriciclaggio anche nell'elenco dei reati presupposto della responsabilità degli enti disciplinata dal D.Lgs. n. 231/2001.

Ma proprio in relazione a quest'ultime Confindustria segnala che tale scelta del legislatore rende particolarmente severa la risposta sanzionatoria (con dubbi di compatibilità con il principio ordinamentale del *ne bis in idem* – Corte europea dei diritti dell'uomo del 4.3.2014), in quanto per i reati tributari si cumulerebbero le seguenti sanzioni:

- amministrativa;
- penale per il reato base;
- penale per l'autoriciclaggio;
- amministrativa ai sensi del Decreto 231, a carico dell'impresa.

Secondo la circolare *de qua* non è chiaro se l'eventuale responsabilità dell'ente sia limitata ai casi in cui il reato base rientri tra i reati presupposto di cui al richiamato Decreto 231, ovvero se essa possa configurarsi anche in presenza di fattispecie diverse.

⁸ Cfr. Cass. pen. Sez. II, 15.2.2012, n. 6061.

⁹ Cfr. Cass. Pen. 36870/2013.

¹⁰ Cfr. Cass. pen. 13.1.2015 n. 981.

¹¹ *Ex multis* Cass. 25890/2010; Cass. 25807/2010.

In particolare, nella Circolare viene sostenuto che per il principio di legalità fissato da tale ultima normativa, l'autoriciclaggio dovrebbe rilevare ai fini dell'eventuale responsabilità dell'ente soltanto se il reato base rientra tra quelli presupposto previsti in via tassativa dal medesimo decreto, perché altrimenti si finirebbe per integrare in modo del tutto indefinito il catalogo dei reati presupposto, attraverso l'implicito rinvio a una serie di fattispecie di reato non colpose non espressamente indicate (come peraltro affermato dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza n. 3635 del 24 gennaio 2014).

In definitiva, per Confindustria:

- se il reato base consistesse in un reato presupposto della responsabilità, ai sensi del Decreto 231, il Modello Organizzativo dovrebbe già prevedere presidi di controllo *ad hoc* e quindi non necessiterebbe di uno specifico aggiornamento;
- se il delitto base dell'autoriciclaggio non rientrasse tra quelli presupposto elencati nel Decreto 231, la sua inclusione nelle aree di rischio da considerare ai fini della costruzione del Modello Organizzativo contrasterebbe con i principi di legalità e determinatezza che il Decreto 231 applica ai Modelli stessi.

Rispetto a tale posizione non si possono non evidenziare alcuni profili di criticità. Ad un esame maggiormente attento è infatti chiaro che, stante il vigente assetto normativo, qualora si verifici un reato di autoriciclaggio rispetto ad un reato tributario presupposto, la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti appare comunque applicabile: **la sanzione 231/2001 è infatti legata alla commissione del reato di autoriciclaggio e non anche al reato tributario**. In questo ambito i Modelli organizzativi dovrebbero essere aggiornati per prevenire l'autoriciclaggio e, su questo versante, i protocolli utilizzati per i reati di cui al 648-bis e 648-ter c.p. andrebbero aggiornati in ogni caso.

In realtà l'occasione potrebbe essere propizia per definire nuove procedure per una corretta *compliance* contabile/fiscale, al fine di porre forti presidi di prevenzione non solo dell'autoriciclaggio, ma anche di altri reati che hanno un ritorno sulla 231/2001. All'uopo giova solo ricordare che, con la novellata formulazione del falso in bilancio, potrebbero esserci condotte rilevanti tanto sotto un profilo penal-societario, quanto sotto un profilo penal-tributario, oltre che integranti l'autoriciclaggio: di conseguenza, sarebbe sicuramente utile **predisporre protocolli specifici di prevenzione del rischio fiscale** perché in tal guisa si potrebbero efficacemente prevenire rischiosità sanzionatorie a carico della società per il reato di autoriciclaggio e per i reati societari.

Basti pensare a quei comportamenti che potrebbero essere sussunti in tre distinte fattispecie penali (falso in bilancio, reati fiscali ed autoriciclaggio, se i relativi proventi vengono impiegati/trasferiti in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa), tra cui:

- ricavi gonfiati o riportati per un importo inferiore (vendite in nero) che fanno sfiorare le soglie di punibilità del D.Lgs. 74/2000;
- costi fittizi riportati in contabilità e così dichiarati anche ai fini fiscali.

In questa prospettiva, ancorché Confindustria sostenga una posizione restrittiva di applicazione della particolare disciplina, non pare potersi revocare in dubbio come i Modelli organizzativi dovrebbero oggi essere implementati anche con procedure che impongano regole e presidi sulla gestione contabile/amministrativa/fiscale delle società, valutando la rischiosità fiscale sottesa alle varie operazioni poste in essere dall'impresa. Peraltro, già l'art. 6 della L. 23/2014 ha previsto che le imprese di maggiori dimensioni debbano costituire sistemi di gestione e controllo del **rischio fiscale**, con una chiara attribuzione di responsabilità nel sistema dei controlli interni. In altri termini la gestione del "rischio fiscale" appare un fattore imprescindibile dell'operatività aziendale, non solo a livello di *compliance*, ma anche in ambito strategico, di *operations* e di finanza.

Per quanto precede, è quindi quanto mai opportuno che gli enti già dotati di Modelli organizzativi ai sensi del D.Lgs. 231/2001 valutino se implementare le procedure di controllo esistenti, ovvero assumere decisioni in ordine alla necessità/opportunità di

progettare sistemi di controllo nuovi, non essendo quelli esistenti sufficienti a mitigare in modo accettabile il rischio di autoriciclaggio.

In tal senso è utile aggiornare i richiamati Modelli organizzativi con protocolli di prevenzione dell'autoriciclaggio e dei nuovi reati societari (ad es. protocollo sui flussi finanziari, protocollo sulla gestione acquisti, protocollo di gestione degli adempimenti amministrativi/contabili/fiscali, ecc.).

In definitiva, dalle riflessioni appena formulate è agevole intuire come disporre di un Modello di organizzazione, gestione e controllo che contempli ogni area di rischio ponga le imprese in maggiore sicurezza rispetto a possibili rischiosità di sanzioni 231/2001, anche rispetto a valutazioni applicative delle nuove norme che potrebbero portare ad allargare la sfera operativa della particolare disciplina.