

RIPENSARE L'ANTIMAFIA: IL SISTEMA PENALE

*Testo rivisto della relazione al convegno
"Ripensare l'antimafia. Nuovi contenuti per le sfide del futuro"¹*

di Gaetano Insolera

Il titolo del convegno suggerisce con chiarezza l'idea di una pacata riflessione sul sistema di repressione e prevenzione apprestato per contrastare la criminalità mafiosa e quella organizzata ad essa assimilata, vi è inoltre una proiezione verso il futuro nel momento in cui si vogliono individuare "nuovi contenuti".

1. Quelli che seguono sono alcuni spunti per il dibattito.

1.1 Dopo la legge Rognoni-La Torre vi è stato un ininterrotto fluire di interventi normativi volti a potenziare l'apparato repressivo e preventivo nei confronti della criminalità mafiosa.

1.2 Come è noto la scelta di fondo che ha caratterizzato la strategia politico-criminale di contrasto si è basata sul c.d. doppio binario. Con ciò deve intendersi la differenziazione degli strumenti di diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario².

E' questa la logica che ha connotato la c.d. legislazione dell'emergenza, giustificata dalla virulenza delle manifestazioni della criminalità mafiosa.

La soluzione del "doppio binario", guidata prevalentemente da strategie derogatorie nel processo e in fase esecutiva, ha uno stretto legame con il tempo. Anche se lo stile della relazione con esso non può essere quello della stabilità rituale del modello codicistico classico³, non si dovrebbe rinunciare all'idea di un termine temporale, da individuare commisurando gli indicatori fattuali dell'emergenza⁴. Si può dire che questo (troppo?) ragionevole modello teorico, non ha affatto corrisposto

¹ Convegno tenutosi a Palermo il 4-5 Aprile 2014, organizzato dall'Università di Palermo, Dipartimento di Studi europei e della Integrazione internazionale.

² Sul tema vi è un'ampia bibliografia, mi limito a ricordare AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata* (a cura di V. Grevi), Bari, 1993; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996; AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali* (a cura di S. Moccia), Napoli, 1999; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, 2°, Napoli, 2000.

³ A. BARATTA, *Prefazione* a S. MOCCIA, *La perenne emergenza cit.*, XIX.

⁴ Così G. FIANDACA, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 1992, I, 2024.

all'evolversi della situazione. A questo proposito si può parlare di un insediamento permanente di un diritto penale differenziato, di lotta che si basa su alcuni postulati: la riespansione delle garanzie si può dare solo in presenza della dimostrata sconfitta definitiva del nemico; anche in presenza di indicatori empirici contrastanti rispetto alle stagioni più virulente del fenomeno, non si può "abbassare la guardia". Al contrario ci si troverebbe in una pericolosa fase di quiescente sua riorganizzazione. Ma vi è un altro aspetto.

Nell'esaminare i caratteri originari e quelli permanenti del sistema penale italiano, a proposito della legislazione dell'emergenza, si è infatti notato come essa non corrisponda ai modelli storici dei provvedimenti di emergenza.

Il suo profilo non ci conduce ad un carattere originario del sistema: per la penalistica classica quei provvedimenti valevano a conservare indenne il nucleo del diritto penale del codice. L'esperienza recente dell'emergenza ha invece condotto ad una sua emarginazione e ad una espansione delle logiche della eccezione⁵.

1.3 L'irresistibile espansione del "doppio binario" a settori sempre più vasti di criminalità ha come vettori alcune norme processuali che fungono da "polmoni" della sua stabilizzazione nel sistema [art. 51, comma 3 *bis*, art. 407, art. 275 c.p.p.], con una eterogenesi di fini che è stata recentemente stigmatizzata dalla Corte costituzionale [n. 57/2013]. Se poi si esamina il sistema di giustizia penale nelle sue strutture istituzionali e organizzative, il doppio binario si coglie anche nel parallelo operare a fianco del percorso ordinario dell'ufficio di procura, delle carriere interne alle DDA e alla DNA. Nelle decisioni concernenti gli uffici direttivi esse potranno avere un peso, comunque sempre gestito dal contesto degli equilibri di corrente. Ulteriore discorso riguarda poi gli incarichi o le "carriere" extragiudiziarie, con alcuni esempi molto evidenti.

1.4 L'esperienza legislativa più recente ha visto affermarsi, accanto alla tradizionale nozione di ordine pubblico, il concetto di **sicurezza**. I c.d. "pacchetti sicurezza" scandiscono ormai l'iniziativa politica, con una metamorfosi dello Stato di diritto in Stato di prevenzione⁶. Alle più disparate domande di **sicurezza**, le agenzie politiche rispondono con soluzioni penalistiche⁷.

⁵ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia, Annali 14*, (a cura di L. Violante), Torino, 1998, 538.

⁶ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558.

⁷ Il linguaggio dello Stato di prevenzione non è comprensibile ad una dogmatica costituzionalmente orientata. La legislazione dei pacchetti sicurezza compulsivamente, sostituisce un diritto penale di autore a quello del fatto, presunzioni di colpevolezza al dettato dell'art. 27, 2° comma Cost., la sirena predittiva della pericolosità sociale al paradigma della responsabilità, l'incapacitazione a qualsiasi credibile finalismo della pena [...riferita espressamente alla sicurezza questa sequenza di provvedimenti e iniziative legislative: Legge n. 128 del 26 marzo 2001 "Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini", pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 91 del 19 aprile 2001; d.L. n. 181 del 1 novembre 2007 "Disposizioni urgenti in materia di allontanamento dal territorio nazionale per esigenze di pubblica sicurezza", pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 255 del 2 novembre 2007 (esso – decaduto per mancata conversione in legge – rappresentava uno 'stralcio' del più vasto progetto del Governo sulla sicurezza, costituito da cinque

In questo contesto i nuovi interventi normativi in tema di mafia e criminalità organizzata costituiscono da anni una sorta di coro che accompagna leggi con contenuti e finalità spesso disparati. Ciò ha fatto pensare che, ormai da anni, questa convulsa legislazione penale costituisca una operazione di *marketing* politico: gli interventi in nome della lotta alla criminalità mafiosa costituiscono l'involucro che consente di smerciare meglio prodotti eterogenei, guasti e contraffatti.

Una confezione che è stata usata per la cd. ex Cirielli, e per le leggi n. 125/2008 e n. 94/2009. Il nastrino colorato è costituito dalla reiterazione degli aumenti di pena per l'art. 416 *bis*.

Eccettuando la parte concernente le misure di prevenzione [a cui è dedicato il cd. Codice antimafia, D.lgs. n. 159/2011], si conferma così una prevalente funzione mediatica degli interventi, di produzione di consenso [e di potenzialità espansive di una penalità differenziata]. Un campo sul quale l'accordo tra forze politiche, sempre più in affanno nella ricerca di consenso, può apparire facile e scontato⁸.

1.5 Un luogo ricorrente del discorso pubblico sul nostro tema – proveniente da associazioni, dai più disparati *opinion maker*, da arruffa popolo dell'“antipolitica” etc. – è costituito dall'affermazione della inadeguatezza della vigente strumentazione repressiva, della sua mollezza. Ma è un motivo ricorrente anche nella elaborazione delle commissioni istituite in vista di ulteriori interventi legislativi.

Ricco di spunti in tal senso l'elaborato della c.d. Commissione Garofoli istituita dal precedente Presidente del consiglio. Impossibile soffermarsi sulle molte proposte, nella parte dedicata al “*Rafforzamento del sistema di repressione personale*”.

Mi limito ad un aspetto che mi ha particolarmente colpito.

La proposta di un ulteriore incremento sanzionatorio per il reato previsto dall'art. 416 *bis* è basata su un affermato difetto punitivo riscontrabile rispetto al delitto associativo in materia di stupefacenti, ma, soprattutto, l'argomento è speso considerando come, quando capi e organizzatori non rispondano dei reati fine, possa

disegni di legge, mai sottoposti all'esame parlamentare per la fine anticipata della legislatura; le disposizioni del provvedimento erano state riproposte con il D.L. 29 dicembre 2007, n. 249, anch'esso decaduto per mancata conversione in legge); d.L. n. 92 del 23 maggio 2008 “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 122 del 26 maggio 2008 (Convertito in Legge n. 125 del 24 luglio 2008 “*Conversione in legge, con modificazioni, del decretolegge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*”, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 173 del 25 luglio 2008); d.L. n. 11 del 23 febbraio 2009 “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2009 (Convertito in Legge n. 38 del 23 aprile 2009 “*Conversione in legge, con modificazioni, del decretolegge 23 febbraio 2009 n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*”, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 95 del 24 aprile 2009); Legge 15 luglio 2009 n. 94 “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 170 del 24 luglio 2009. A questi interventi devono poi affiancarsi altre novelle in parte comunque ispirate alla tutela della sicurezza, cfr. AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, (a cura di G. Insolera), Padova, 2006.

⁸ Non desti stupore leggere ad esempio nel sito del PD *Difendiamo il 41 bis per distruggere la Mafia*. Sulla costruzione, e sulla fallacia, del concetto di crimine organizzato, R. ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in *Criminalità organizzata cit.*, 63 ss.

accadere che, espiata la pena [e aggiungiamo, la misura di sicurezza], possano riprendere l'attività criminosa. Non sono in grado di verificare la fondatezza empirica dell'ipotesi: è evidente tuttavia che essa non può che orientare verso la previsione di pene perpetue, per tipo di autore.

Ma ora, occupandomi del discorso pubblico sull'inadeguatezza del sistema repressivo, mi soffermerei su un altro aspetto. Quello dei dati a supporto della permanente emergenza mafiosa.

Mi riferisco anzitutto a quelli di natura economica [incidenza sul Pil, sviluppo differenziato tra Nord e Sud etc.], ripresi nella relazione della commissione che ho richiamato, ma che accompagnano continuamente la narrativa di cui ci occupiamo. Ebbene se quelli pertinenti alla entità delle confische di prevenzione e di quelle "allargate" ex art. 12 *sexies* D.L. 306/1992⁹, può costituire un dato numerico preciso e, mi sembra, rilevante nella direzione della effettività di quegli strumenti, non altrettanto può dirsi a proposito dei criteri adottati nella formulazione di proiezioni a supporto della permanente necessità di alzare la guardia.

Ma, a proposito di dati, voglio sottolineare come costantemente rimosso sia quello corrispondente ad un assai convincente modello criminologico basato sui rapporti tra situazione economica, incarcerazioni, omicidi e allarme sociale¹⁰.

Nel 2012 in Italia si sono registrati 526 omicidi dolosi. Il numero più basso dall'Unità. Dal 1980 il numero degli omicidi è sceso del 67,8%, l'indice è di 1 omicidio ogni 100.000 abitanti. Quello medio europeo è quasi il doppio: 1,9. Di questi 526 omicidi, 159 vedono come vittime le donne e 175 si consumano tra le mura domestiche. Omicidi ascrivibili alla criminalità mafiosa [mafia, camorra, n'drangheta, sacra corona unita] sono 84 [dati del rapporto luglio 2013 Eures-Ansa]. Sulla base delle stime dei primi otto mesi del 2013, quell'anno dovrebbe chiudersi con un'ulteriore diminuzione [480].

In definitiva: la mafia non può certamente dirsi sconfitta, con linguaggio bellico, ma non ha neppure vinto¹¹.

2. Su quali temi si concentra l'attenzione delle prospettive di intervento sul sistema penale?

2.1 Vicenda speciale è quella riguardante la riforma dell'art. 416 *ter* c.p.¹².

⁹ 1.152.668.541 di euro quanto alle prime, 34.847.234 di euro dalle seconde nel 2012.

¹⁰ "Un aumento del tasso di omicidi in un dato periodo, oltre ad essere causa dell'allarme sociale in sé, viene comunque iscritto all'interno di un frame, cioè di una cornice, che ne dà in qualche modo ragione, costruendo una situazione di emergenza, una causa di allarme sociale... al quale le autorità politiche e giudiziarie non possono fare a meno di rispondere se non con un intensificarsi della repressione penale", D. MELOSSI, *Andamento economico, incarcerazione, omicidi e allarme sociale in Italia: 1863-1994*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La Criminalità* (a cura di L. Violante) Torino, 1997, 57.

¹¹ In questo senso S. LUPO, *L'evoluzione di cosa nostra: famiglia, territorio, mercati, alleanze*, in *Quest. Giustizia*, 2002, 499 ss.; si veda anche, sulla efficacia e i risultati ottenuti dalle politiche di contrasto antimafia, A. LA SPINA, *Mafia, legalità debole e sviluppo del Mezzogiorno*, Bologna, 2005.

E' storia nota. La norma inserita nel codice nel 1992, da un lato, si connotò immediatamente per una formulazione particolarmente infelice [giurisprudenza contrastante circa la necessità che il metodo sia stato esplicitato, sul momento consumativo del reato etc.], dall'altro, per l'adozione di un formula restrittiva, quanto inequivocabile, per quel che concerne l'oggetto dello scambio politico mafioso [danaro contro procacciamento mafioso di consensi]. In particolare la critica verso l'esclusione di "altre utilità" evidenziava la diversa formulazione della corruzione elettorale "comune" [art. 96 D.p.r. n. 361/1957 e art. 86 D.p.r. n.750/1960]: fin dalla sua entrata in vigore la norma fu quindi posta sotto accusa per la scarsa capacità di colpire i nessi tra classe politica e consorterie. Polemiche che si riaccessero in occasione della legge di indulto [L. 246/2006], che non eccettuava l'incriminazione dal beneficio.

La giurisprudenza formatasi procedette, per altro, ad una esplicita applicazione analogica della fattispecie¹³. In motivazione si richiama la *ratio* storica e politico criminale della nuova fattispecie introdotta nel 1992, si dà atto di un dato relevantissimo alla luce dell'ancora vigente art. 12 delle disp. sulla legge in generale: il mancato inserimento di "altre utilità" come oggetto della promessa presente invece nel progetto di legge. Tutto ciò è tuttavia superabile perché altrimenti si avrebbe una «sostanziale 'sterilizzazione' del precetto, quale si realizzerebbe ove si dovesse ritenere che la condotta punibile resti integrata solo in presenza della datio di una somma di 'moneta'». Argomenti riproposti da altre decisioni della Corte. Argomenti che, senza infingimenti, ricorrono alla analogia *in malam partem*!

Vero è, tuttavia, che nel perimetro allargato, analogico, utilizzato dall'indirizzo giurisprudenziale sopra criticato, il concetto di "altra utilità" si doveva comunque sostanziare in "un valore di scambio **immediatamente quantificabile** in termini economici (ad es., mezzi di pagamento diversi dalla moneta, preziosi, titoli, valori mobiliari ecc.) restando invece escluse dal contenuto precettivo della norma incriminatrice altre utilità, che solo in via mediata possono essere oggetto di monetizzazione"¹⁴.

Ebbene, ora la storia recente della riforma: nel passaggio in Senato (28 gennaio 2014) del testo approvato alla Camera il 16 luglio 2013, la norma subì una drastica modificazione.

Fu eliminato l'avverbio consapevolmente riferito alla accettazione del procacciamento "mafioso" di voti, fu adottata la formula "**qualunque** altra utilità", e, soprattutto, l'oggetto dello scambio venne allargato alla "**disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione**". Consueto il furore punitivo mostrato dall'equiparazione sanzionatoria al 416 *bis*.

La proposta di legge, tornata alla Camera innescò un dibattito acceso, percorso da una isteria emergenziale in vista di imminenti consultazioni elettorali: nonostante gli anatemi e le gazzarre inscenate in Parlamento è stato infine approvato un testo che

¹² Si veda [C. VISCONTI, Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio, in questa Rivista, 17 giugno 2013.](#)

¹³ Così, ad es, Cass. pen., Sez. II, 30.11.2011, n. 46922.

¹⁴Cass. pen., Sez.VI, n. 20924 del 11 aprile 2012; analogamente Cass. pen., Sez. I, n. 27655, del 24 aprile 2012; Cass. pen., Sez. II, n. 46922, del 30 novembre 2011.

riprende quello già varato dalla Camera [L. n. 62/2014 del 17 aprile 2014]: è stato tuttavia soppresso il requisito della accettazione consapevole¹⁵.

Due osservazioni a proposito dell'esito di questa tormentata vicenda. L'abbandono della formulazione uscita dal Senato è anche il confortante risultato del tempestivo impegno della cultura giuridica – penso in particolare agli organizzatori di questo convegno – contro la preoccupante indeterminatezza di quella fattispecie.

Una indeterminatezza che avrebbe reso sempre più precario il perimetro degli spazi di agibilità politica rispetto alle interferenze del potere giudiziario.

Una preoccupazione resa esplicita – fatto non certo frequente – anche dall'iniziativa di cinque esponenti togati del CSM [di Magistratura democratica e Movimento per la giustizia], volta a sollecitare un parere dell'organo di autogoverno contrario all'inserimento nella fattispecie della “*disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa*”.

Criticata l'indeterminatezza della formula, si sottolineava l'“alta probabilità che la magistratura sia chiamata ad interloquire in conflitti squisitamente politici, con evidenti possibilità di accentuazione del tasso di conflittualità con la politica”¹⁶, con un conseguente rischio per l'indipendenza dei magistrati, determinato dall'accentuarsi delle polemiche nei confronti del loro operato.

La seconda osservazione riguarda la soppressione dell'avverbio consapevolmente. Nel primo testo, approvato dalla Camera, quella parola valeva evidentemente ad escludere la configurabilità del reato a titolo di dolo eventuale¹⁷. La conservazione di quel limite dell'incriminazione avrebbe reso più facile evitare le interferenze tra politica e giustizia penale, da più parti temute. Né i fatti, difettando la prova di un dolo diretto o intenzionale in capo al politico, avrebbe trovato sguarnito il fronte penale, potendo applicarsi i reati di corruzione elettorale.

2.2 Altro tema centrale, quello dell'autoriciclaggio.

E' affrontato dalle due commissioni nominate rispettivamente dall'ex Presidente del consiglio Letta [c.d. commissione Garofoli] e dal ministro Cancellieri [c.d. commissione Fiandaca] e dalla c.d. Commissione Greco.

La necessità dell'eliminazione della clausola di riserva, prevista dalle attuali disposizioni sul riciclaggio e il reimpiego, è prospettata in base a indicazioni sovranazionali, a rilievi comparatistici e richiamando i dati economici, per altro nei termini sopra ricordati.

¹⁵ Tra i primi commenti, che segnalano le varie problematiche suscitate dalla riforma, quello di G. AMARELLI, *Voto di scambio. Il nuovo delitto di scambio elettorale politico mafioso*, in *quotidianogiuridico.it* del 24 aprile 2014.

¹⁶ G. BIANCONI, *Al Csm il caso del voto di scambio. Indipendenza delle toghe a rischio*, in *Corriere della sera* 29 marzo 2014, 19.

¹⁷ Si vedano le acute osservazioni critiche di M. GALLO (*Il senso di una paroletta*, in *Crit. Dir.*, n. 3/2013, in corso di stampa) nei confronti della tesi della superfluità dell'avverbio, espressa in un Ordine del giorno della Camera dei deputati del 3 aprile 2014.

Nelle diverse sedi si è dato atto delle problematiche assai complesse che implicherebbe la modifica e che sfuggono alla discussione politico-mediatica corrente, animata da un'eterogenea coorte di, nel migliore dei casi, superficiali opinionisti: ingiustificati e sproporzionati aggravati sanzionatori, il contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere* e con quello del *ne bis in idem*. L'intervento imporrebbe comunque di individuare con precisione e determinatezza l'area di punibilità coperta dal reato presupposto, normalmente sorretto da un fine di profitto, e la condotta di autoriciclaggio.

Sul tema si coglie quindi una predominante posizione della letteratura penalistica che sottolinea la natura problematica della scelta che si limiti all'eliminazione della clausola di riserva, senza ritagliare un margine di non punibilità per condotte consistenti nel mero godimento dei beni o nell'utilizzo del danaro provento del reato con finalità non speculative, economiche o finanziarie¹⁸. Posizione che contrasta la tambureggiante richiesta di interventi *tranchant*, non sottovalutando la già vigente disciplina degli artt. 12 *quinquies* e *sexies* D.L. n. 306/1992 e la necessità di una loro riformulazione sistematica. E aggiungerei una considerazione, che mi sembra accennata nella relazione della Commissione Greco: l'incriminazione dell'autoriciclaggio nella misura in cui induce l'autore del reato presupposto ad astenersi dal compiere operazioni volte ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa esponendolo al rischio di essere scoperto, si porrebbe in contrasto con il *nemo tenetur etc.* Ma, a ben vedere, la questione può porsi anche in altri termini: quelli per cui la ricchezza illecita resterebbe confinata a circuiti di impiego illegali continuando ad alimentarli, e compromettendo le potenzialità probatorie della loro emersione nelle indagini sui reati presupposti. La considerazione mi sembra che calzi, ad esempio, in tema di proventi dell'evasione fiscale che si vogliono far entrare nell'orbita del riciclaggio, superando argomenti che tradizionalmente tendevano ad escluderli. La prospettiva offerta da sempre più penetranti strumenti di controllo amministrativo della ricchezza (accessi alle banche, redditometro, "spesometro", studi di settore) sembra andare in una direzione non coerente basandosi proprio sul valore indiziante dell'emergere di disponibilità, di consumi e stili di vita fiscalmente incoerenti.

Come si dà conto nella relazione della commissione Fiandaca, anche l'analisi comparatistica dimostra che "le cose non stanno proprio" nel senso che l'autoriciclaggio sia punito nella maggior parte degli ordinamenti evoluti. Infatti il panorama è assai più complesso e implica più di un distinguo [cominciando da quello concernente la previsione di specifiche fattispecie, la modalità di loro tipizzazione, ovvero evoluzioni giurisprudenziali in tale direzione]¹⁹.

¹⁸ A.R. CASTALDO-M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010, 87 ss.; si rinvia per una aggiornata rassegna delle diverse posizioni a [L. TROYER-S. CAVALLINI per le posizioni della letteratura, La "clessidra del riciclaggio ed il privilegio di self-laundering: note sparse a margine di ricorrenti astratti furori del legislatore in questa Rivista, 4 aprile 2014.](#)

¹⁹ L. TROYER-S. CAVALLINI, *op. cit.*, 16 ss.

Una indicazione importante, ad esempio, mi sembra offerta dallo sviluppo del tema nel contesto tedesco. Il § 261 non contiene una clausola di riserva, ma al comma 9, vieta la doppia punibilità per il reato presupposto e per il riciclaggio del denaro da esso proveniente. Ciò in conformità con il divieto di doppia punizione sancito, a livello costituzionale, dall'art. 103, comma 3°.

Principio confermato da una decisione della Corte di cassazione federale nel 2009²⁰.

Si potrebbe in proposito obiettare che analogo divieto non è previsto dalla nostra Costituzione. Vero è tuttavia che esso è sancito dal 7° Protocollo della CEDU [art.4, *Diritto di non essere giudicato e punito due volte*].

Si tratta di uno spunto di riflessione sollecitato anche da una recente decisione della Corte di Strasburgo²¹. La sentenza sembra riferirsi alla duplicazione oltre che del procedimento anche dell'impatto sanzionatorio: *“ne deriva che le nuove azioni giudiziarie concernono una seconda ‘infrazione’ che ha per origine fatti identici a quelli che erano stati oggetto della prima condanna definitiva”*.

Con particolare riferimento a quelle situazioni nelle quali si tratti di condotte consistenti nel mero godimento dei beni o nell'utilizzo del danaro provento del reato con finalità non speculative, economiche o finanziarie, la questione si pone rispetto alla nozione di **stesso fatto** e, quindi, sul versante del c.d. *ne bis in idem* sostanziale e su quello di proporzionalità della risposta sanzionatoria.

In conclusione mi sembra che solo la seconda ipotesi formulata dalla Commissione Greco²² e la proposta di minoranza sul terzo comma dell'art. 648 *bis* nella Commissione Fiandaca [causa di non punibilità²³], si facciano carico dei problemi sopra detti. Imprimerebbe una spinta espansiva incontrollabile alla incriminazione dell'autoriciclaggio, l'adozione di formule di chiusura indeterminate quali *“compie altre operazioni in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa”*.

2.3 Ancora sul concorso eventuale. A poca distanza dalla sentenza Mannino coglievo avvisaglie giurisprudenziali della “sterilizzazione” della portata garantistica di una decisione che aveva correttamente ricostruito, in base all'art. 110 c.p., la possibilità di tipicizzare il contributo punibile. Esse contemporaneamente rivelavano qualche fragilità dei criteri adottati in quella sentenza in punto causalità. Con lo stucchevole balletto dell'ossequio formale alle Sezioni unite, al quale corrisponde, in

²⁰ BGH, 18/2/2009 – 1 StR 4/9.

²¹ II sezione, 4 marzo 2014, Grande Stevens e a. c. Italia, n. 18649/10. Sul tema le recenti osservazioni di J VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2014, 53 ss.

²² Con la previsione di un'autonoma fattispecie di autoriciclaggio accompagnata da *“una clausola di esclusione della punibilità per il caso in cui il fatto consiste nel mero godimento dei beni, o nell'utilizzo del danaro o delle altre utilità provento di reato, con finalità non speculative, economiche o finanziarie”*.

²³ *“Non è punibile chi ha realizzato le condotte di ostacolo al solo fine di conseguire per sé l'impunità per il delitto da cui derivano i proventi. In questo caso, è sempre ordinata la confisca dei proventi e del loro prodotto”*.

funzione di una specifica sottofattispecie, una soluzione in realtà dissenziente²⁴. Una conferma di quei timori può oggi trarsi dall'indirizzo che ipotizza la configurazione permanente del concorso esterno²⁵: gettando in questo modo ulteriori elementi di confusione e di incertezza nel tormentato percorso di questa figura. Ma si tratta di una "dogmatica giurisprudenziale" accorpabile ad altre topiche interpretative volte a scongiurare l'intervento della prescrizione: soprattutto dopo la riforma del 2005, il diritto positivo viene ritenuto inadeguato a corrispondere ad esigenze di effettività punitiva. Ecco l'elaborazione della categoria dei reati a consumazione prolungata e l'allargamento del novero dei reati permanenti²⁶.

Ripensare all'Antimafia vuol dire anche tornare su questo tema.

2.4 E ripensare anche all'aggravante dell'art. 7 L. n. 203/91. Ritorniamo all'art. 416 *ter*. In una recente decisione²⁷ si è stabilito che la fattispecie circostanziale è "assorbita" in quella incriminazione: con il risultato, ancora una volta funzionale ad escludere la prescrizione, di ricomprendere anche l'art. 416 *ter* nel catalogo dell'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p., che, invece, non la menziona affatto²⁸.

La tesi dell' "assorbimento" confligge con i canoni interpretativi riguardanti il rapporto tra condotta descritta nella fattispecie incriminatrice e qualificazione circostanziale.

La condotta descritta dall'art. 416 *ter* consisteva nell' "**ottenimento della promessa**", ora nella sua "**accettazione**". Non mi sembra che ciò implichi un sostanziale mutamento della struttura della fattispecie. Resta ferma l'autonomia strutturale dell'art. 416 *ter* apetto del delitto associativo: dovrebbe così risultare palese come il proposto "assorbimento" dell'aggravante dovrebbe implicare che il requisito dell'avvalersi della forza di intimidazione assista **quella condotta del candidato** rivolta a soggetto riconducibile al sodalizio mafioso. Con risultati, a dir poco, paradossali.

Dicevo ripensare, l'aggravante, ma soprattutto il groviglio determinato dall'intreccio, sedimentatosi in un trentennio di legislazione dell'emergenza, tra norme processuali ed effetti sostanziali.

²⁴ G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2008, 632 ss.

²⁵ Sul tema le osservazioni critiche di [V. MAIELLO, Sul preteso carattere permanente del concorso esterno, in questa Rivista, 27 marzo 2014.](#)

²⁶ D. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, Torino, 2000. Un'esplorazione della legislazione complementare può riservare scoperte sul ricorso, in questa chiave, alla figura del reato permanente: penso ad esempio ai reati di contrabbando o ai reati edilizi.

²⁷ Cass. pen., Sez. VI, 21 febbraio 2014, n. 166.

²⁸ In proposito, è rilevante come, successivamente all'introduzione dell'art. 416 *ter* (da parte del D.L. n. 306/92), il legislatore sia intervenuto per allargare l'area dei delitti affidati alla Procura antimafia (L. n. 228/2003), senza tuttavia menzionare la nostra incriminazione.