

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS



LUIGI FOFFANI

IL “MANIFESTO SULLA POLITICA CRIMINALE EUROPEA”

SOMMARIO: 1. Lo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” e la nascita di una politica criminale dell’Unione Europea. – 2. La politica criminale europea fra primo e terzo pilastro: le principali iniziative e le linee di tendenza prevalenti. – 3. Quali principi per il futuro della politica criminale europea? – 4. Il “Manifesto sulla politica criminale europea”: criteri ispiratori, contenuto e principi. – 5. La verifica empirica del rispetto dei principi.

1. Lo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” e la nascita di una politica criminale dell’Unione Europea

Con il Trattato di Lisbona il diritto penale è entrato ufficialmente a far parte della costruzione europea e per la prima volta si può parlare di una vera e propria *competenza penale dell’Unione*, intendendo con ciò il potere del Parlamento europeo e del Consiglio di prescrivere ai legislatori nazionali, tramite direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, “*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni*” (art. 83 TFUE); potere che potrà essere esercitato sia in un ambito predefinito (ma potenzialmente espansibile) di “*sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale*” (art. 83 par. 1)¹, sia quando “*il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione*” (art. 83 par. 2)², delineando in questo secondo caso una sorta di generale competenza penale accessoria dell’attività di armonizzazione extrapenale nei più disparati settori attribuiti alla competenza dell’Unione³.

¹ Cfr., L. ARROYO ZAPATERO/M. MUÑOZ DE MORALES, *L’harmonisation autonome*, in AA.Vv., *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, 2011, in corso di pubblicazione.

² Cfr., A. BERNARDI, *L’harmonisation accessoire*, in AA.Vv., *Le droit pénal de l’Union européenne*, cit, in corso di pubblicazione.

³ Sulle nuove competenze penali dell’Unione Europea, cfr. per tutti G. GRASSO, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione Europea*, in G. GRASSO/R. SICURELLA (a cura di) *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 681 ss.; L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e pro-*

Se dunque è solo con Lisbona che si può parlare di ingresso ufficiale nei Trattati di un vero e proprio “*diritto penale europeo*” – inteso come ripartizione formale del potere sanzionatorio penale fra la sovranità nazionale (tradizionale monopolista esclusiva di tale potere) e le rinnovate istituzioni europee – è già da diversi anni, tuttavia, che la *politica criminale* si era affacciata nell’orizzonte europeo, condizionando sempre più profondamente le scelte e i contenuti della politica criminale degli Stati.

Con il Trattato di Maastricht del 1992 e la nascita della divisione in pilastri – e, soprattutto, grazie all’avvento dello “*spazio di libertà, sicurezza e giustizia*” con il Trattato di Amsterdam del 1998 – numerosi atti normativi sovranazionali di varia natura (convenzioni, azioni comuni, decisioni quadro) hanno investito sempre più frequentemente e intensamente la materia penale, sia pure in una prospettiva limitata, essenzialmente servente rispetto agli obiettivi della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale⁴. Esemplare il caso della decisione quadro relativa al *mandato di cattura europeo* (2002)⁵: anziché fungere da strumento di chiusura e garanzia di una strategia compiuta di ravvicinamento e armonizzazione degli ordinamenti penali sostanziali degli Stati membri, è accaduto esattamente l’inverso: il ravvicinamento delle discipline penali sostanziali sembra essere – nel contesto di questa decisione quadro – meramente strumentale al raggiungimento dell’obiettivo cautelare-processuale, con una evidente inversione del rapporto fra mezzo e scopo.

Tuttavia, pur con tutti i suoi limiti e contraddizioni, quella che si è sviluppata con gli strumenti del 3° pilastro, nell’ambito dello “*spazio di libertà, sicurezza e giustizia*”, è il primo embrione di una vera e propria *politica criminale europea*. Certo, non si è trattato di vero e proprio diritto comunitario, ma piuttosto di iniziative normative legate all’orizzonte della cooperazione intergovernativa e tendenzialmente sottratte alla competenza della Corte di Giustizia; iniziative nate sotto l’egida degli Stati membri e scarsamente vincolanti per questi ultimi in difetto di una conforme volontà politica.

Si è trattato di una serie di iniziative a pioggia, in molti casi a-sistematiche, prive di un disegno e di una visione strategica, derivanti sostanzialmente dagli impulsi politico-criminali emergenti di volta in volta a livello nazionale e figlie dunque anche della diffusa irrazionalità che ha contraddistinto la stagione più recente della politica criminale in molti ordinamenti nazionali. L’attribuzione di competenza posta a base del 3° pilastro (art. 29 TUE) era del resto, per quanto attiene al diritto penale sostanziale,

spettive di attuazione, Padova, CEDAM, 2004, p. 80; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1163 ss.; H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4. ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 115 ss.; K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, 2. ed., Köln-München, Heymanns, 2008, p. 22 ss.

⁴ Cfr. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO/R. SICURELLA (a cura di) *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 395 ss.

⁵ Decisione quadro 2002/584/GAI, in GUCE, 2002, n. L 190, p. 1, sulla quale cfr. G. DE AMICIS, *Mandato d’arresto europeo*, in G. GRASSO/R. SICURELLA (a cura di) *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 467 ss.

quanto mai vaga e indistinta, disseminata di espressioni come «criminalità organizzata o di altro tipo», che certo non avrebbe minimamente potuto orientare e circoscrivere le iniziative politico-criminali da assumere al livello dell'Unione.

Fatte dunque queste doverose premesse critiche, bisogna però riconoscere che la novità del 3° pilastro è stata di portata storica: la materia penale è entrata a far parte integrante della costruzione dell'Unione Europea, l'interesse e l'attenzione delle istituzioni dell'Unione per l'impiego dello strumento penale sono cresciuti in misura esponenziale e le ricadute di questa politica criminale europea sul piano degli ordinamenti nazionali sono state estremamente significative, quantitativamente e qualitativamente, traducendosi in una rete sempre più fitta di *obblighi di criminalizzazione* di fonte europea (sia pur attenuati dalla succitata carenza di competenza della Corte di Giustizia).

Innumerevoli sono ormai le novelle legislative nazionali adottate su impulso o in attuazione di tali obblighi: l'elenco sarebbe estremamente lungo e basti qui soltanto ricordare quella che a buon diritto appare come una riforma epocale del nostro sistema sanzionatorio (penale e amministrativo), ossia l'introduzione della nuova *responsabilità da reato delle persone giuridiche*: una riforma che – in Italia come nella maggior parte degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale – è un frutto diretto e immediato della politica criminale dell'Unione Europea (anzi, il frutto indubbiamente più significativo, sotto il profilo storico), conformato e modellato secondo un paradigma europeo che si è andato progressivamente sviluppando e consolidando dalla fine degli anni '90 ad oggi.

In sintesi: ci siamo andati assuefacendo, nel corso degli ultimi tre lustri, all'idea che la politica criminale – i suoi orientamenti, i suoi obiettivi, le sue scelte – non siano più una questione di esclusiva e gelosa competenza dei legislatori nazionali, ma siano piuttosto una materia sulla quale convergono con sempre maggiore frequenza indicazioni e vincoli di fonte sovranazionale (nella specie, europea) e decisioni nazionali sempre più condizionate dal contesto e dalla collocazione internazionale di ciascun ordinamento.

2. *La politica criminale europea fra primo e terzo pilastro: le principali iniziative e le linee di tendenza prevalenti*

Volendo passare rapidamente in rassegna le più significative iniziative normative in materia penale sostanziale adottate nell'ambito del 3° pilastro, il punto di partenza è rappresentato necessariamente dalla Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee (PIF, 1995)⁶. Ci si colloca con questa convenzione agli al-

⁶ GUCE, 1995, n. C. 316, p. 49.

bori della politica criminale europea: gli interessi finanziari della Comunità Europea si presentano come il primo bene giuridico comunitario, bisognoso e meritevole di protezione penale, con sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive», secondo la formula di rito derivata dalla sentenza della Corte di Giustizia sul mais greco (1989)⁷. L'attenzione politico-criminale dell'Unione Europea si concentra sulle frodi nelle pubbliche sovvenzioni comunitarie e sui reati ad esse connessi, quali soprattutto la corruzione di pubblici funzionari stranieri e comunitari (1° Protocollo alla Convenzione PIF, 1996)⁸; e per la prima volta si delinea espressamente la richiesta – dall'Unione agli Stati membri – di dar vita ad una responsabilità delle persone giuridiche in relazione alle specifiche tipologie di illeciti penali ivi individuati (2° Protocollo alla Convenzione PIF, 1997)⁹.

In una analoga linea di rafforzamento e difesa delle istituzioni finanziarie comunitarie si collocano anche, a pochi anni di distanza, la Decisione quadro per il rafforzamento della tutela penale contro le falsificazioni monetarie in relazione all'introduzione dell'euro (2000)¹⁰ e la Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti (2001)¹¹. Mentre nella prospettiva generale della lotta contro la corruzione in ambito economico – già ben presente nel 1° Protocollo della Convenzione PIF – vanno ricordate anche l'Azione comune (1998) e la Decisione quadro (2003) relative alla lotta contro la corruzione nel settore privato¹².

Una prima svolta in senso “personalistico” della politica criminale europea si produce con l'Azione comune (1997) e le successive Decisioni quadro (2002 e 2009) per la lotta contro la tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime¹³: da una prospettiva politica criminale univocamente incentrata sulle finanze comunitarie e sulla tutela dei traffici economici, si delinea una nuova sensibilità per la protezione della persona contro le nuove forme di schiavitù legate ai fenomeni migratori di massa degli ultimi anni; e in una prospettiva di tutela della persona orientata essenzialmente verso la protezione dei soggetti più deboli si inquadra anche la Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (2003)¹⁴.

Con le due Decisioni quadro sulla lotta contro il terrorismo (2002 e 2008)¹⁵ – che

⁷ CGCE, 21.9.1989, 68/88, Commissione/Repubblica Ellenica, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 570.

⁸ GUCE, 1996, n. C 313, p. 2.

⁹ GUCE, 1997, n. C 221, p. 12.

¹⁰ Decisione quadro 2000/383/GAI, GUCE, 2000, n. L 140, p. 1.

¹¹ Decisione quadro 2001/413/GAI, GUCE, 2001, n. L 149, p. 1.

¹² Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54.

¹³ Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

¹⁴ Decisione quadro 2004/68/GAI, GUCE, 2004, n. L 13, p. 44.

¹⁵ Decisione quadro 2002/475/GAI, GUCE, 2002, n. L 164, p. 3, modificata dalla Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21.

rappresentano la risposta europea all'attentato alle torri gemelle di New York dell'11 settembre 2001 – anche l'Unione Europea si inserisce nell'onda lunga delle iniziative internazionali contro il nuovo "nemico" globale del XXI secolo.

Ad una risposta penale contro l'emergenza europea dell'immigrazione clandestina è dedicata la Decisione quadro sulla repressione penale del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (2002)¹⁶. Mentre in una prospettiva più generale di contrasto ai fenomeni di criminalità organizzata vanno ricordate la Decisione quadro su reati e sanzioni in materia di traffico illecito di stupefacenti (2004)¹⁷ e la più recente ed onnicomprensiva Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata (2008)¹⁸.

Alla prevenzione e repressione delle nuove forme di criminalità legate alle tecnologie informatiche è preordinata la Decisione quadro relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione (2005)¹⁹, mentre in una prospettiva, ricca di una dimensione etico-sociale, di affermazione dei valori della convivenza civile europea, si colloca la Decisione quadro sulla lotta contro talune forme di razzismo e xenofobia (2008)²⁰.

In sintesi: una vera e propria ondata di interventi politico-criminali al livello dell'Unione Europea, su temi e problemi sempre più cruciali e centrali del diritto penale moderno, non senza indulgere, talora, alle suggestioni di un "populismo penale" diffuso a macchia d'olio in tutti i paesi europei, propenso più a promuovere "crociate" contro nuove ed antiche emergenze criminali, che non a selezionare e razionalizzare l'uso dello strumento penale.

Ma di politica criminale se ne è fatta – e molta – anche attraverso gli strumenti del c.d. 1° pilastro, ossia nell'ambito del diritto comunitario nel senso stretto del termine, dapprima in maniera che potrebbe definirsi allusiva e surrettizia, e poi in termini sempre più aperti e diretti.

Come esempio del primo tipo si può richiamare la vicenda politico-criminale – assai significativa, per la delicatezza della materia coinvolta – che ha portato alla criminalizzazione dei fenomeni di *insider trading* e manipolazione dei mercati finanziari.

Al 1989 risale la prima Direttiva sulla lotta all'abuso di informazioni privilegiate²¹, con una definizione di nuove – e largamente inedite per il continente europeo – fattispecie di illecito in materia di *insider trading*, accompagnata dalla richiesta ai legislatori nazionali di sanzioni non esplicitamente penali, ma comunque «effettive, proporzionate e dissuasive». Come conseguenza si è prodotta la rapida genesi in tutta Europa di una sorta di "euro-delitto" di *insider trading*, ampiamente armonizzato nella de-

¹⁶ Decisione quadro 2002/946/GAI, GUCE, 2002, n. L 328, p. 1.

¹⁷ Decisione quadro 2004/757/GAI, GUCE, 2004, n. L 335, p. 8.

¹⁸ Decisione quadro 2008/841/GAI, GUCE 2008, n. L 300, p. 42.

¹⁹ Decisione quadro 2005/222/GAI, GUCE 2005, n. L 69, p. 67.

²⁰ Decisione quadro 2008/913/GAI, GUCE, 2008, n. L 328, p. 55.

²¹ Direttiva 89/592/CEE, GUCE, 1989, n. L 334, p. 30.

finizione del precetto e con una tendenza dominante verso l'adozione della sanzione penale.

Nel 2003 si è emanata in sede comunitaria una nuova Direttiva sugli abusi di mercato²² (comprensivi delle due diverse fattispecie dell'*insider trading* e della manipolazione del mercato), con introduzione di una disciplina molto più articolata e integrata. Per quanto riguarda l'aspetto sanzionatorio, si è fatto riferimento diretto solo alle sanzioni amministrative, lasciando mano libera ai legislatori nazionali in ordine all'*an*, al *quomodo* e al *quantum* delle sanzioni penali. Anche in questo caso, tuttavia, l'effetto prodotto in tutta Europa è stato quello di una vera e propria ondata di nuova criminalizzazione – ma in termini profondamente differenziati da paese a paese, quanto a specie ed entità delle sanzioni – in materia di abusi di mercato (con all'avanguardia, questa volta, proprio il legislatore italiano), favorita naturalmente anche dal diffuso clima di allarme sociale suscitato dall'esplosione della crisi e degli scandali finanziari. Si delinea così un singolare paradosso: si va rapidamente verso l'unificazione dei mercati finanziari, verso una centralizzazione europea dell'attività di vigilanza, si armonizzano sostanzialmente i precetti contro gli abusi, ma si vanno divaricando enormemente le risposte sanzionatorie, con il pericolo di vanificare gli obiettivi dell'armonizzazione raggiunta sul piano sostanziale (con un rischio elevato di dar vita a fenomeni di "*forum shopping*", particolarmente agevole per questo tipo di autori e di comportamenti criminali).

Nel 2005 si è prodotta la svolta storica della giurisprudenza europea, con la sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 sulla *protezione penale dell'ambiente*²³: risolvendo un conflitto fra Commissione e Consiglio, la CGCE afferma che – pur in assenza di una generale attribuzione di competenza penale alle istituzioni comunitarie – quando per raggiungere gli obiettivi di una effettiva attuazione delle politiche comunitarie in materia di protezione dell'ambiente appaia necessario il ricorso allo strumento penale, il legislatore comunitario è legittimato ad intervenire anche in questo settore tramite direttive. Dunque, anche il diritto penale può entrare nel primo pilastro, travolgendo le antiche resistenze degli Stati membri. Poi è sopraggiunto il Trattato di Lisbona, con il superamento della divisione in pilastri e l'esplicito riconoscimento di una competenza penale dell'Unione – nei termini ricordati all'inizio – e tutto questo è divenuto storia; ma, nel frattempo, sono state adottate le prime *direttive penali* della Comunità Europea: si tratta, come è noto, della Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente (2008)²⁴, della Direttiva relativa alle sanzioni contro i datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (sfruttamento dell'immigrazione clandestina, 2009)²⁵, e della Direttiva che prevede sanzioni contro

²² Direttiva 2003/6/CE, GUCE, 2003, n. L 96, p. 16.

²³ CGCE 13.9.2005, C-176/03.

²⁴ Direttiva 2008/99/CE, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28.

²⁵ Direttiva 2009/52/CE, GUCE, 2009, n. L 168, p. 24.

l'inquinamento provocato da navi (2009)²⁶.

Se si volesse a questo punto tentare di sintetizzare le linee di tendenza di quindici anni di politica criminale europea, si potrebbero indicare i seguenti *leit-motiv*:

– *Espansione: più diritto penale.*

Se, storicamente, l'impatto del diritto comunitario sul diritto penale nazionale ha avuto anche un effetto scriminante, di allargamento degli spazi di libertà dei cittadini comunitari (es.: libertà di circolazione di persone, servizi e capitali, in relazione ai vecchi reati di contrabbando, di mancata comunicazione all'autorità della propria presenza sul territorio straniero, di esportazione illecita di capitali), la politica criminale realizzata nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è stata univocamente ispirata all'idea guida di "più sicurezza tramite più diritto penale". Si è prodotta una moltiplicazione degli obblighi di criminalizzazione ed un significativo aumento – in molti settori – delle sanzioni penali, attraverso il meccanismo dell'imposizione di "minimi di pena massima", talora anche molto elevati.

– *Anticipazione: diritto penale come "prima ratio".*

La politica criminale europea degli ultimi anni ha condotto ad una sistematica incriminazione di reati collaterali (addestramento, arruolamento, ecc.), atti preparatori (possesso di mezzi idonei a falsificare), con significative incursioni anche nel campo del "virtuale" (prevenzione dell'uso di internet come campo di addestramento virtuale degli aspiranti terroristi, repressione penale della pedopornografia virtuale, ecc.).

– *Responsabilità delle persone giuridiche.*

Con il sistematico appello ad una responsabilizzazione delle persone giuridiche – che a partire dal 2° Protocollo della Convenzione PIF (1997) non mancherà mai di essere richiamato in tutte le iniziative politico-criminali europee, nel 3° come nel 1° pilastro – si delinea un nuovo modello di responsabilità, "neutralmente" a cavallo fra il penale e l'amministrativo. Questo modello "pragmatico" di responsabilità delle persone giuridiche – che non pretende mai di assumere un carattere di generalità, ma che sempre si riferisce a più o meno specifiche tipologie di fenomeni criminali, di volta in volta oggetto di attenzione da parte del legislatore europeo, ha prodotto un impatto vincente sulla grande maggioranza degli Stati membri, superando le tradizionali resistenze dogmatiche della dottrina penalistica.

3. Quali principi per il futuro della politica criminale europea?

Dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, così come definito dai Trattati degli anni '90, sino al più recente Trattato di Lisbona, emerge costantemente una visione

²⁶ Direttiva 2009/123/CE, GUCE, 2009, n. L 280, p. 52.

essenzialmente “*funzionalistica*” del diritto penale, visto solo come strumento di lotta contro determinati fenomeni criminali e come strumento di rafforzamento di determinate politiche dell’Unione. Manca invece una compiuta elaborazione della dimensione del diritto penale come *garanzia* e come *limite della politica criminale*.

Nella prospettiva di una valorizzazione dei principi non può tuttavia non essere sottolineato il ruolo fondamentale della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (recepita finalmente e dotata di preciso valore giuridico dal Trattato di Lisbona). Gli spunti forniti dalla Carta sono indubbiamente di grande valore, nella dimensione ideale – ancora *in nuce* – di un nuovo costituzionalismo penale europeo²⁷.

Basti a tal fine ricordare le solenni affermazioni relative alla inviolabilità della dignità umana (art. 1) (che ha rappresentato la base fondamentale, in altri ordinamenti – e specialmente in quello della Repubblica federale tedesca – per il riconoscimento del rango costituzionale del principio penalistico di colpevolezza), al divieto della pena di morte (art. 2), alla proibizione della tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4), alla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5), al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale (art. 47), alla presunzione di innocenza e ai diritti della difesa (art. 48), ed infine – con riferimento specifico al diritto penale sostanziale – l’affermazione dei principi della legalità e proporzionalità dei reati e delle pene – comprensivo della retroattività della *lex mitior* (art. 49) – e del principio del *ne bis in idem* sostanziale e processuale (art. 50).

Si tratta verosimilmente del primo nucleo per la costruzione di un volto costituzionale europeo dell’illecito penale, da elaborare e sviluppare per garantire che i nuovi poteri di armonizzazione e orientamento della politica criminale da parte dell’UE ex art. 83 TFUE vengano esercitati in un quadro di fondo di razionalità, coerenza e rispetto dei diritti fondamentali, come richiesto anche, da ultimo, dal Programma di Stoccolma del 2009²⁸.

4. Il “*Manifesto sulla politica criminale europea*”: *criteri ispiratori, contenuto e principi*

In questa prospettiva si è inserita l’iniziativa volta alla elaborazione di un “*Manifesto sulla politica criminale europea*”²⁹, patrocinata da un gruppo di studiosi prove-

²⁷ Cfr. A. BERNARDI, *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, in *Revista penal*, 2010, p. 15 ss.

²⁸ *Programma di Stoccolma – Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, Documento del Consiglio dell’Unione Europea n. 17024/09 del 2 dicembre 2009.

²⁹ Il *Manifesto sulla politica criminale europea* è stato originariamente pubblicato in sette lingue diverse (tedesco, inglese, francese, spagnolo, italiano, greco e rumeno) in *ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (<http://www.zis-online.com>), 2009, p. 695 ss. In Italia è stato pubbli-



nienti da undici paesi diversi dell'Unione Europea³⁰ e riuniti sotto la sigla di "European Criminal Policy Initiative (ECPI)"³¹. L'iniziativa dei redattori del "Manifesto" è nata ed è stata ispirata da un approccio essenzialmente pragmatico e niente affatto ideologico: si è proceduto dapprima all'enucleazione dei principi fondamentali della materia penale e successivamente alla verifica sul campo della loro osservanza nell'ambito delle iniziative politico-criminali europee finora adottate. Ne è scaturito un mosaico composito, a tinte variabili, ricco di esempi positivi e negativi in diversa misura.

I principi ai quali il "Manifesto" fa riferimento rappresentano un "mix" di principi classici del diritto penale di derivazione illuministica e di principi nuovi, inerenti all'assetto istituzionale dei rapporti fra l'Unione e gli Stati membri; e una costante sottolineatura viene dedicata – in maniera del tutto particolare – alla necessità di una motivazione espressa degli interventi di armonizzazione europea, nella quale si dia conto effettivamente dell'osservanza dei criteri e dei principi di una razionale politica criminale.

a) Un "legittimo scopo di tutela". – Volendo tracciare una sommaria descrizione del contenuto e del fondamento dei vari principi, si deve partire necessariamente dall'esigenza di un legittimo scopo di tutela: esigenza con la quale si è inteso alludere – ma in termini volutamente più generici e comprensibili alla luce di qualsiasi cultura giuridico-penale europea – alla necessaria esistenza di un bene giuridico meritevole e bisognoso di protezione penale a livello europeo. Tale esigenza si concretizza nella protezione di interessi fondamentali derivanti dal diritto primario dell'Unione, che non siano in contraddizione con le tradizioni costituzionali degli Stati membri e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la cui lesione risulti inoltre "in misura particolare socialmente dannosa". Una esigenza che, così formulata, trova il proprio fondamento, all'interno del diritto europeo, nel principio di proporzionalità. Si sottolinea inoltre la necessità che il legislatore europeo indichi in maniera dettagliata nella motivazione (in accordo con il principio della "good governance") di quali inte-

cato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1262 ss. (accompagnato da un commento di H. SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea*, p. 1278 ss.) ed in *Quad. cost.*, 2010, p. 899 ss. (preceduto da una breve introduzione di S. CANESTRARI e L. FOFFANI).

³⁰ Petter Asp (Università di Stoccolma), Nikolaos Bitzilekis (Università Aristotele di Salonicco), Sergiu Bogdan (Università Babes-Bolyai di Cluj), Thomas Elholm (Università della Danimarca del Sud), Luigi Foffani (Università di Modena e Reggio Emilia), Dan Frände (Università di Helsinki), Helmut Fuchs (Università di Vienna), Maria Kaiafa-Gbandi (Università Aristotele di Salonicco), Jocelyne Leblois-Happe (Università di Strasburgo), Adán Nieto Martín (Università di Castilla-La Mancha), Cornelius Prittowitz (Università Johann Wolfgang Goethe di Francoforte sul Meno), Helmut Satzger (Università Ludwig-Maximilian di Monaco di Baviera), Elisavet Symeonidou-Kastanidou (Università Aristotele di Salonicco), Ingeborg Zerbes (Università di Vienna).

³¹ <http://www.crimpol.eu>.



ressi si tratti ed il fatto che attraverso i comportamenti incriminati tali interessi vengano offesi in maniera non irrilevante. Il mero rafforzamento dell'attuazione di politiche dell'Unione non può legittimare di per sé l'impiego del diritto penale.

b) Ultima ratio. – È un principio che si può ricavare, a livello europeo, dal riconoscimento della centralità della persona umana e dei relativi diritti fondamentali, con conseguente dovere delle istituzioni europee di far ricorso alle sanzioni maggiormente limitative di tali diritti solo quando non siano a disposizione altri mezzi più lievi per il perseguimento dei legittimi scopi di tutela sopra descritti, anche per evitare il rischio che un'inflazione dello strumento penale ne provochi una perdita di forza e di efficacia. Pure in questo caso si sottolinea la necessità che l'Unione Europea assuma con serietà l'onere della prova dell'impiego del diritto penale come mezzo ultimo del controllo sociale.

c) Colpevolezza. – La necessità di una rimproverabilità personale del comportamento incriminato si fonda, sul piano europeo, sia sulla necessaria limitazione dell'impiego del diritto penale a comportamenti particolarmente dannosi socialmente, sia sulla solenne affermazione della inviolabilità della dignità umana (art. 1 della Carta), in coerenza con il riconoscimento del principio di colpevolezza nell'ambito delle sanzioni amministrative comunitarie. Rimane sostanzialmente priva di risposta, nel Manifesto, la questione se possa muoversi un rimprovero di colpevolezza nei confronti delle persone giuridiche. Consapevoli della difficoltà di trovare su questa questione un punto di comune accordo nelle culture penalistiche europee, i redattori del Manifesto si limitano a riconoscere che la responsabilità di queste ultime deve essere tenuta distinta dalla colpevolezza personale di un essere umano e che per la costruzione di tale responsabilità debbono essere sviluppate regole di imputazione proprie in accordo con i principi dei singoli Stati membri.

d) Legalità. – La legalità penale viene riconosciuta come principio fondante di uno Stato di diritto e come principio giuridico europeo di carattere generale (art. 6 comma 3 TUE e art. 7 comma 1 CEDU), nelle sue diverse articolazioni:

d1) Determinatezza. – Determinatezza della legge in un senso europeo significa che il singolo individuo possa prevedere attraverso quale comportamento si esponga ad una sanzione penale, richiedendo perciò un alto grado di autonoma comprensibilità del testo normativo penale. Questa esigenza, tuttavia, non può realizzarsi pienamente negli atti di armonizzazione penale dell'Unione Europea, i quali – comportando necessariamente margini di attuazione per gli Stati membri – scontano inevitabilmente un certo grado di indeterminatezza. Questa, dunque, la chiave di lettura del principio di determinatezza adottata dal Manifesto: «Quanto minori siano i margini di attuazione lasciati agli Stati membri dagli atti normativi di armonizzazione, tanto più dovranno

no tali atti soddisfare di per sé anche le istanze europee di determinatezza. Qualora un atto normativo europeo sia indirizzato alla unificazione ("piena armonizzazione") delle disposizioni penali degli Stati membri, tale atto dovrà osservare in quanto tale, come se fosse una fattispecie penale, il principio europeo di determinatezza».

d2) Divieto di retroattività e lex mitior. – Il legislatore europeo non può imporre agli Stati membri, nell'ambito dell'armonizzazione penale, prescrizioni che li obblighino all'introduzione di disposizioni penali retroattive. Ma la Carta dei diritti dell'Unione Europea (art. 49 comma 1 prop. 3) riconosce anche il principio inverso della *lex mitior*: il legislatore europeo è perciò vincolato a questo principio e non può in alcun caso, per mezzo dei suoi atti di armonizzazione, imporre agli Stati membri di applicare il diritto vigente al momento del fatto, quando questo sia stato modificato a vantaggio dell'imputato dopo la commissione del fatto e prima del giudizio.

d3) Necessità di una legge parlamentare. – Qui si esprime l'esigenza di una piena ed immediata legittimazione democratica di tutti gli atti normativi che incidano sull'impiego dello strumento penale. Si riconosce pertanto che, nei limiti in cui i margini di decisione del legislatore nazionale vengano circoscritti da prescrizioni europee, la legge penale armonizzata non può trovare una completa legittimazione democratica a livello nazionale. Di conseguenza si deve pretendere una legittimazione democratica supplementare a livello europeo attraverso una partecipazione rafforzata del Parlamento Europeo, che il Trattato di Lisbona ha garantito. Si raccomanda tuttavia, nel Manifesto, che i Parlamenti nazionali vengano tempestivamente informati circa le iniziative europee di armonizzazione penale e che vengano altresì posti in grado di influire realmente sul relativo processo di elaborazione.

e) Sussidiarietà. – Sulla base di questo principio generale del diritto europeo il legislatore sovranazionale può attivarsi solo se, e nella misura in cui, gli obiettivi della misura presa in considerazione non possano essere sufficientemente conseguiti al livello degli Stati membri e perciò – o per la loro dimensione o per le loro conseguenze – possano essere conseguiti meglio a livello europeo. Il test di sussidiarietà deve essere svolto (e debitamente motivato) dettagliatamente, per ogni singolo atto normativo e per ogni sua parte, soppesando tutte le circostanze e prendendo in considerazione tutte le possibili iniziative alternative. Un'affermazione solo formale dei presupposti della sussidiarietà, come spesso è accaduto sino ad oggi, non può in nessun caso essere ritenuta sufficiente.

f) Coerenza. – Nelle prescrizioni riguardanti il diritto penale il legislatore europeo deve rispettare la coerenza dei sistemi penali nazionali, i quali concorrono anche a formare l'identità degli Stati membri protetta dall'art. 4 comma 2 TUE (coerenza verticale). Così, in particolare, i limiti minimi di pena massima prescritti dall'Unione

Europea non debbono condurre ad un innalzamento delle pene massime comminate a livello nazionale contrastante con il rispettivo sistema penale. Il legislatore europeo deve inoltre tenere in considerazione il quadro di riferimento creato dai preesistenti atti normativi dell'Unione Europea (coerenza orizzontale: cfr. art. 11 comma 3 TUE).

5. *La verifica empirica del rispetto dei principi*

Una volta proceduto all'enucleazione di tali principi fondamentali – dei quali si raccomanda al legislatore europeo uno scrupoloso rispetto (ed una dettagliata illustrazione di come tali principi siano stati tenuti in conto nella redazione di ciascuna concreta iniziativa normativa) – i redattori del Manifesto hanno tentato di realizzare una prima verifica sul campo dell'osservanza di tali principi negli atti di armonizzazione finora emanati, nell'ambito del diritto comunitario o dell'Unione Europea, cercando così di elaborare – e di proporre alla discussione pubblica – un metodo di lavoro suscettibile di essere riprodotto anche per una valutazione della futura legislazione penale europea.

a) Legittimità dello scopo di tutela. – Rispetto a tale esigenza primaria affermata dal Manifesto si possono riscontrare negli atti europei di armonizzazione esempi di segno positivo e negativo. Nel primo senso si sono richiamate – come esempi chiaramente positivi – la *Decisione quadro sulla lotta alla tratta di esseri umani*³² (tutela di interessi fondamentali della persona in situazioni di particolare debolezza) e la *Convenzione per la tutela degli interessi finanziari della Comunità Europea*³³ (tutela dell'indipendenza finanziaria e della capacità di prestazione delle istituzioni europee). Suscitano alcune perplessità, invece, la *Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e contro la pornografia infantile*³⁴ – per la pretesa di criminalizzare anche la pedopornografia virtuale – e la *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*³⁵, per la mancata specificazione degli interessi ultimi che si vorrebbero tutelare attraverso l'incriminazione dell'attività associativa.

b) Ultima ratio. – Come esempi positivi di un approccio selettivo alla politica criminale si segnalano la *Direttiva che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*³⁶, la *Decisione quadro relativa agli attacchi contro i siste-*

³² Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

³³ GUCE, 1995, n. C 316, p. 49; GUCE, 1996, n. C 313, p. 2; GUCE, n. C 221, p. 12.

³⁴ Decisione quadro 2004/68/GAI, GUCE, 2004, n. L 13, p. 44.

³⁵ Decisione quadro 2008/841/GAI, GUCE 2008, n. L 300, p. 42.

³⁶ Dir. 2009/52/CE, GUCE 2009, n. L 168, p. 24.

mi di informazione³⁷ e la *Decisione quadro sulla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti*³⁸, trattandosi in tutti i casi di iniziative che rivelano un apprezzabile sforzo volto ad indirizzare l'intervento penale degli Stati – all'interno di una data materia – nei confronti di una gamma di casi di particolare gravità. Sul versante opposto si segnalano la *Decisione quadro integrativa sulla lotta contro il terrorismo*³⁹, la *Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti*⁴⁰ e la *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*⁴¹, per la tendenza spiccata che queste iniziative rivelano verso una indiscriminata penalizzazione a tappeto di condotte meramente prodromiche (c.d. diritto penale pre-preventivo). In una analoga direzione critica si segnalano anche, per ragioni diverse, la *Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente*⁴² (per la propensione a penalizzare anche violazioni di natura meramente formale) e la *Decisione quadro sulla corruzione nel settore privato*⁴³, per l'assenza di una sufficiente motivazione circa l'inadeguatezza dei rimedi extrapenalici.

c) *Colpevolezza*. – Come esempio di apprezzabile rispetto per tale principio, si segnala nel Manifesto la tendenza costante del legislatore europeo a lasciare aperta la questione della natura della responsabilità delle persone giuridiche; una opzione rigidamente penalistica, infatti, si sarebbe verosimilmente posta, in alcuni ordinamenti, in insanabile contrasto con l'esigenza di una rimproverabilità personale delle condotte punibili. Una carente considerazione del valore del principio di colpevolezza si riscontra invece, ad es., nella *Convenzione PIF*⁴⁴ (laddove consente di ricavare l'esistenza del dolo da circostanze oggettive: art. 1 comma 4), così come nella *Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo*⁴⁵ e nella nuova *Proposta di Decisione quadro per la prevenzione e la lotta contro il traffico di esseri umani*⁴⁶ (per la mancata differenziazione della misura della minaccia penale in relazione a comportamenti illeciti di assai diversa lesività).

d) *Legalità-Determinatezza*. – Per un apprezzabile sforzo di dettagliata descrizione dei comportamenti da punire si segnalano ad es. la *Decisione quadro sulla protezione*

³⁷ Decisione quadro 2005/222/GAI, GUCE 2005, n. L 69, p. 67.

³⁸ Decisione quadro 2004/757/GAI, GUCE, 2004, n. L 335, p. 8.

³⁹ Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21.

⁴⁰ Decisione quadro 2001/413/GAI, GUCE, 2001, n. L 149, p. 1.

⁴¹ Decisione quadro 2008/841/GAI, GUCE, 2008, n. L 300, p. 42.

⁴² Direttiva 2008/99/CE, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28.

⁴³ Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54.

⁴⁴ GUCE, 1995, n. C. 316, p. 49.

⁴⁵ Decisione quadro 2002/475/GAI, GUCE, 2002, n. L 164, p. 3 (modificata dalla Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21).

⁴⁶ COM (2009) 136 def., p. 14.



dell'Euro contro le falsificazioni⁴⁷, la *Decisione quadro sulla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti*⁴⁸ e la *Decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani*⁴⁹. Non vanno esenti da critiche, invece, a causa della presenza di elementi costitutivi di reato fortemente indeterminati, la *Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e contro la pornografia infantile*⁵⁰ (per il rilievo attribuito alla incerta figura del maggiorenne con aspetto infantile), la *Decisione quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia*⁵¹ (per la vaghezza del riferimento alla idoneità a turbare l'ordine pubblico), la *Decisione quadro sulla corruzione nel settore privato*⁵² (per l'assenza di confini del requisito della violazione di un dovere) e la *Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente*⁵³ (per l'abuso della tecnica dei rinvii normativi a catena).

e) *Sussidiarietà*. – Il rispetto di tale principio è fuori discussione quando è in gioco la tutela di interessi sopranazionali (come ad es. gli interessi finanziari dell'Unione o la moneta unica europea), nonché quando si tratta di contrastare fenomeni criminali transnazionali non fronteggiabili adeguatamente a livello nazionale (terrorismo internazionale, delitti ambientali) o quando già vi siano state iniziative di armonizzazione in altre sedi internazionali (come ad es. nel caso della *Decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani*⁵⁴). Suscitano invece perplessità, fra le tante, la *Decisione quadro sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia*⁵⁵, la *Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo*⁵⁶ o la *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*⁵⁷, nelle quali il richiamo alla sussidiarietà appare come una clausola di stile priva di qualsiasi verifica e dimostrazione.

f) *Coerenza (verticale ed orizzontale)*. – Come esempio di rispetto per la salvaguardia della coerenza dei sistemi penali nazionali (coerenza verticale) si può richiamare di nuovo la cautela sistematicamente dimostrata dal legislatore europeo in materia di responsabilità delle persone giuridiche, così come si possono menzionare tutti i casi nei quali negli atti di armonizzazione compaiono solo indicazioni generiche sulle conseguenze penali (efficaci, deterrenti, proporzionate; pene detentive per i casi gravi,

⁴⁷ Decisione quadro 2000/383/GAI, GUCE, 2000, n. L 140, S. 1.

⁴⁸ Decisione quadro 2004/757/GAI, GUCE, 2004, n. L 335, p. 8.

⁴⁹ Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

⁵⁰ Decisione quadro 2004/68/GAI, GUCE, 2004, n. L 13, p. 44.

⁵¹ Decisione quadro 2008/913/GAI, GUCE, 2008, n. L 328, p. 55.

⁵² Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54.

⁵³ Direttiva 2008/99/CE, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28.

⁵⁴ Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1.

⁵⁵ Decisione quadro 2008/913/GAI, GUCE, 2008, n. L 328, p. 55.

⁵⁶ Decisione quadro 2002/475/GAI, GUCE, 2002, n. L 164, p. 3.

⁵⁷ Decisione quadro 2008/841/GAI, GAI, 2008, n. L 300, p. 42.



ecc.), anziché precisi livelli minimi di pena massima (v. ad es. la *Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti*⁵⁸: art. 6). Un esempio particolare ed assai istruttivo si ricava inoltre dalla *Decisione quadro relativa alla lotta contro l'aiuto alla immigrazione e al soggiorno illegale*⁵⁹, che prevede espressamente una clausola di salvaguardia della coerenza dei singoli sistemi penali nazionali in deroga ai minimi di pena massima stabiliti dalle singole disposizioni di tale decisione (art. 1 comma 4). Non viene invece rispettato il principio di coerenza verticale nel caso della *Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo*⁶⁰, che impone per determinate condotte una pena massima di almeno 15 anni, incompatibile con il sistema penale finlandese. Non si rispetta inoltre il principio di coerenza orizzontale quando si introducono livelli minimi di pena massima identici per comportamenti estremamente differenziati sotto il profilo della dannosità sociale, come nel caso della tratta di esseri umani e della falsificazione o alterazione di monete, entrambe punite con lo stesso minimo di pena massima (8 anni)⁶¹.

In definitiva: la politica criminale europea, così come si è dipanata fino ad oggi nella marea montante delle decisioni quadro e direttive, non è affatto un quadro a tinte omogenee, ricco com'è di esempi di segno diverso, quanto a rispetto delle esigenze fondamentali di una buona tecnica legislativa in materia penale. Le indicazioni metodologiche fornite dal Manifesto vogliono solo tentare di fornire un modesto contributo nella direzione di un approfondimento critico, nella prospettiva di un imminente incremento delle iniziative di armonizzazione penale europea, lungo le direttrici segnate dal Trattato di Lisbona.

⁵⁸ Decisione quadro 2001/413/GAI, GAI, 2001, n. L 149, p. 1.

⁵⁹ Decisione quadro 2002/946/GAI, GAI, 2002, n. L 328, p. 1.

⁶⁰ Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008 n. L 330, p. 21.

⁶¹ Cfr., da un lato, l'art. 3 comma 2 lett. a della *Decisione quadro sulla lotta contro la tratta di esseri umani* (Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002 n. L 203, p. 1) e, dall'altro lato, l'art. 6 comma 2 della *Decisione quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro* (Decisione quadro 2000/383/GAI, GUCE, 2000 n. L 140, p. 1).



Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011

