

Alla mia mamma e al mio papà

Indice

Introduzione	1
1 Gli obblighi di tutela penale previsti dagli strumenti di diritto internazionale pattizio elaborati a partire dai primi decenni del Novecento	5
1.1 Introduzione	7
1.2 L'Accordo internazionale inteso a garantire una protezione efficace contro il traffico criminale conosciuto sotto il nome di tratta delle bianche del 18 maggio 1904	11
1.3 La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 4 maggio 1910	12
1.4 L'Accordo internazionale per reprimere la diffusione delle pubblicazioni oscene del 4 maggio 1910	15
1.5 La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli del 30 settembre 1921	16
1.6 La Convenzione internazionale per la repressione della circolazione e del traffico delle pubblicazioni oscene del 12 settembre 1923	17
1.7 La Convenzione concernente la schiavitù del 25 ottobre 1926 .	18
1.8 La Convenzione internazionale per la lotta contro la falsificazione delle monete del 20 aprile 1929	21
1.9 La Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggiorenni dell'11 ottobre 1933	23
1.10 La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 9 dicembre 1948	24
1.11 La Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui del 2 dicembre 1949 . .	28
1.12 La Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 7 settembre 1956	31
1.13 La Convenzione delle Nazioni Unite sull'alto mare del 19 aprile 1958	32

1.14	La Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965	35
1.15	La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982	37
1.16	La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984	39
1.17	La Convenzione internazionale contro il reclutamento, l'utilizzazione e il finanziamento di mercenari del 4 dicembre 1989	49
1.18	La Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato dell'8 novembre 1990	52
1.19	La Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997	56
1.20	Il Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del bambino riguardante il traffico di bambini, la prostituzione e la pornografia infantile del 25 maggio 2000	62
1.21	La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 15 dicembre 2000	70
1.22	La Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003	73
1.23	La Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata adottata il 20 dicembre 2006	78
1.24	Uno sguardo d'insieme	83
2	Gli obblighi di tutela penale discendenti dal diritto umanitario	85
2.1	Premessa	85
2.2	Brevi note storiche	88
2.3	L'obbligo di criminalizzazione delle gravi violazioni del diritto umanitario sancito dalle Convenzioni di Ginevra del 1949	94
2.4	L'obbligo di ricercare i criminali di guerra per sottoporli a processo o estradarli enunciato dalle Convenzioni di Ginevra del 1949	97
2.5	Gli obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria sanciti dal primo Protocollo addizionale del 1977	101
2.6	Le ragioni a fondamento dell'opzione penale	104
2.7	Brevi riflessioni sulle funzioni della pena	108
3	Gli obblighi di tutela penale derivanti dal diritto dell'Unione Europea	109
3.1	Premessa	111

3.2	La prima fase (1958-1985): dall'istituzione delle Comunità europee all'adozione dell'Atto Unico europeo	112
3.2.1	L'insufficiente tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee	114
3.2.2	L'esigenza di contrastare il terrorismo internazionale e di migliorare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri	114
3.3	La seconda fase (1985-1993): dall'adozione dell'Atto Unico europeo alla nascita dell'Unione europea con il Trattato di Maastricht	116
3.3.1	Le successive iniziative in tema di cooperazione giudiziaria	117
3.3.2	La creazione dello spazio Schengen	117
3.4	L'obbligo di penalizzazione delineato dalla Corte di Giustizia nella sentenza sul mais greco	119
3.5	La terza fase (1993-2005): dall'istituzione dell'Unione europea con il Trattato di Maastricht al via libera agli obblighi di criminalizzazione di primo pilastro da parte della Corte di giustizia	120
3.5.1	L'art. K.1 TUE	122
3.5.2	L'elaborazione della Convenzione PIF e il progetto del cd. <i>Corpus Juris</i>	124
3.5.3	Il Trattato di Amsterdam	124
3.5.4	Il Consiglio europeo di Tampere	126
3.5.5	L'introduzione dell'art. 280 TCE e l'istituzione dell'O-LAF	127
3.5.6	La decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo	128
3.5.7	Il quadro normativo antecedente al Trattato di Lisbona: gli artt. 29 e 31 TUE	128
3.6	Gli obblighi di criminalizzazione derivanti dagli atti cd. di terzo pilastro	131
3.6.1	La Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee	133
3.6.2	I Protocolli integrativi alla Convenzione PIF	137
3.6.3	L'azione comune relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea	140
3.6.4	La decisione-quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo	142
3.6.5	La decisione-quadro 2002/629/GAI sulla lotta alla tratta degli esseri umani	146
3.6.6	La decisione-quadro 2004/68/GAI sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile	150

3.7	Il via libera agli obblighi di criminalizzazione di primo pilastro: gli interventi della Corte di giustizia del 2005 e del 2007	154
3.8	La quarta fase (2005-2009): dal via libera agli obblighi di criminalizzazione di terzo pilastro all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona	157
3.8.1	La direttiva 2008/99/CE in materia di tutela penale dell'ambiente	158
3.8.2	La direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi	161
3.8.3	La direttiva 2009/52/CE 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	162
3.9	Le competenze penali dell'Unione europea previste dal Trattato di Lisbona	165
3.9.1	Le coordinate dell'intervento dell'Unione in materia penale delineate dall'art. 83 TFUE	166
3.9.2	La competenza penale "diretta" dell'Unione in tema di protezione degli interessi finanziari prefigurata dall'art. 86 TFUE	169
3.9.3	La competenza di cui all'art. 325 § 4 TFUE ad adottare misure (anche di carattere penale) a tutela degli interessi finanziari dell'Unione	170
3.9.4	Le coordinate dell'intervento dell'Unione in materia di procedura penale dettate dall'art. 82 TFUE	172
3.10	La quinta fase (2009-2011): dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ai giorni nostri	173
3.10.1	La direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime	173
3.10.2	La direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile	176
3.11	Un quadro di sintesi	181
3.11.1	Le peculiarità degli obblighi di tutela penale di fonte UE nel panorama internazionale	182
3.11.2	Il rapporto tra l'armonizzazione in materia di diritto penale sostanziale e la cooperazione giudiziaria	183
3.11.3	Gli strumenti a tutela delle vittime dei reati	189
3.11.4	Brevi riflessioni sulle ragioni del ricorso agli strumenti penalistici e sulle funzioni della pena	190
3.12	Le prospettive future della politica criminale dell'Unione europea	192
3.12.1	<i>Il Manifesto sulla politica criminale europea</i>	193

3.12.2	La Comunicazione della Commissione COM(2011) 293 sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale e le indagini amministrative . . .	193
3.12.3	La Comunicazione COM(2011) 573 sulle linee programmatiche per lo sviluppo di una politica penale europea	195
3.13	Il ruolo degli obblighi di tutela penale nell'ambito della futura politica criminale dell'UE	198
4	Gli obblighi di tutela penale di matrice giurisprudenziale elaborati nell'ambito del diritto dei diritti umani	203
4.1	Introduzione	203
4.2	Gli obblighi di criminalizzazione nella giurisprudenza della Corte EDU	205
4.3	Gli obblighi di persecuzione penale enunciati dalla Corte EDU	213
4.4	Le funzioni della pena nella giurisprudenza di Strasburgo . . .	219
4.5	Gli obblighi di criminalizzazione nella giurisprudenza della Corte IDU	221
4.6	Gli obblighi di persecuzione penale enunciati dalla Corte IDU	226
4.7	Le funzioni della pena nella giurisprudenza di San José	230
4.8	I punti di contatto della giurisprudenza delle due Corti dei diritti	231
4.9	I caratteri peculiari di ciascuna delle due giurisprudenze . . .	233
5	Gli obblighi di persecuzione penale discendenti dal diritto internazionale penale e le loro implicazioni sul versante del diritto sostanziale	237
5.1	Introduzione	238
5.2	L'assenza di obblighi di incriminazione espressi nel settore del diritto internazionale penale	240
5.3	I limiti della cd. "zero solution"	242
5.4	Dallo Statuto CPI discendono obblighi di criminalizzazione impliciti?	244
5.5	Le diverse opzioni per l'implementazione degli obblighi di penalizzazione impliciti che promanano dallo Statuto CPI . .	249
5.6	L'obbligo di perseguire i crimini di diritto internazionale . . .	250
5.7	La persecuzione penale dei crimini di diritto internazionale e le altre opzioni per "fare i conti" con il passato: paradigmi in conflitto?	253
5.8	Le ragioni della scelta in favore dell'opzione penale	259
5.9	Brevi riflessioni sulle funzioni della pena	260
6	Una possibile sistematizzazione degli obblighi sovranazionali di tutela penale	263

6.1	Gli obblighi di criminalizzazione, gli obblighi di persecuzione penale e gli obblighi di cooperazione giudiziaria: definizioni iniziali	264
6.2	I reciproci rapporti tra gli obblighi di criminalizzazione, gli obblighi di persecuzione penale e gli obblighi di cooperazione giudiziaria	265
6.3	Le fonti degli obblighi di tutela penale di matrice sovranazionale	267
6.4	Le ragioni della “stratificazione” degli obblighi di tutela penale enunciati nell’ambito delle varie <i>international agencies</i>	268
6.5	Gli obblighi di criminalizzazione	272
6.5.1	Gli obblighi di criminalizzazione che incidono sulla conformazione del precetto penale	272
6.5.2	Gli obblighi di criminalizzazione che incidono sulla conformazione della sanzione penale	277
6.5.3	Il criterio del <i>minimum standard</i> di tutela	280
6.5.4	Gli obblighi di criminalizzazione alternativi	281
6.5.5	Gli obblighi di penalizzazione condizionati	282
6.5.6	Le clausole di esenzione dall’obbligo di criminalizzazione	283
6.6	L’obbligo di prevedere una qualche forma di responsabilità da reato per le persone giuridiche	284
6.7	Gli obblighi di persecuzione penale	285
6.7.1	Gli obblighi di attivazione degli strumenti della giustizia penale	285
6.7.2	Gli obblighi di irrogare una sanzione proporzionata alla gravità del fatto	286
6.8	Gli obblighi di cooperazione giudiziaria in materia penale	287
7	Le ragioni del ricorso agli strumenti della giustizia penale	291
7.1	Introduzione	292
7.2	Le ragioni del ricorso alla giustizia penale che emergono dagli strumenti di diritto internazionale pattizio	293
7.2.1	L’esigenza di reprimere efficacemente i crimini internazionali e transnazionali	294
7.2.2	L’esigenza di contrastare determinate forme di criminalità anche sul piano culturale	295
7.3	Le ragioni che sorreggono la scelta in favore dell’opzione penale nell’ambito del diritto umanitario	296
7.3.1	L’esigenza di assicurare il rispetto delle garanzie sancite a protezione dei soggetti <i>hors de combats</i>	296
7.3.2	L’esigenza di evitare forme di repressione sommaria dei crimini di guerra a livello nazionale	297
7.4	La riflessione sulle ragioni del ricorso all’opzione penale nell’ambito del diritto di fonte UE	297

7.4.1	La riflessione dottrinale sui beni giuridici oggetto di tutela penale e le sue ricadute sul tema in esame	298
7.4.2	Gli spunti per la riflessione offerti dagli atti normativi dell'Unione e dalle sentenze della Corte di giustizia	299
7.4.3	Una possibile sintesi delle diverse <i>rationes</i> del ricorso agli strumenti penalistici nell'ambito del diritto dell'Unione	301
7.5	Le ragioni fondanti del ricorso al paradigma penalistico nel settore del diritto dei diritti umani.	303
7.5.1	L'esigenza di garantire l'effettivo godimento dei diritti fondamentali	303
7.5.2	L'esigenza di riaffermazione del diritto violato agli occhi della collettività	305
7.5.3	Le ragioni di tipo pratico: la maggior incisività degli strumenti d'indagine e la maggior pervasività dei poteri coercitivi della giustizia penale rispetto a quella civile	305
7.5.4	La funzione <i>lato sensu</i> soddisfattoria del processo e della sanzione penale nei confronti delle vittime del reato	307
7.5.5	L'esigenza di soddisfare il "diritto alla verità" nella sua dimensione collettiva	310
7.6	Le ragioni a fondamento dell'opzione penale nell'ambito del diritto internazionale penale	311
7.6.1	L'esigenza di lottare contro l'impunità per i crimini di diritto internazionale	311
7.6.2	L'incidenza del concetto di retribuzione	311
7.6.3	L'esigenza dell'individualizzazione delle responsabilità per i crimini di diritto internazionale	312
7.6.4	L'esigenza di fissare una verità condivisa	312
7.7	Un quadro d'insieme	313
7.7.1	Il concetto di "effettività" della tutela	313
7.7.2	La maggior incisività degli strumenti della giustizia penale	313
7.7.3	L'esigenza di imprimere a determinate condotte la necessaria stigmatizzazione anche sul piano sociale	314
7.7.4	La funzione soddisfattoria della pena e del processo penale nei confronti delle vittime del reato	314
7.7.5	L'applicabilità soltanto parziale di queste coordinate alla politica criminale dell'UE	314
8	La giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale sul piano internazionale e nazionale	317
8.1	Introduzione	318
8.2	Cenni in tema di responsabilità internazionale degli Stati	320

8.3	La violazione degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione dà luogo a responsabilità internazionale dello Stato?	326
8.4	La violazione degli obblighi di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale dà luogo a responsabilità internazionale dello Stato?	328
8.5	Cenni sugli strumenti pacifici di risoluzione delle controversie internazionali. In particolare, il ruolo della Corte internazionale di giustizia	329
8.6	Il caso <i>Belgio c. Senegal</i> . (<i>Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite</i>)	332
8.7	I regimi speciali di responsabilità e i tribunali internazionali specializzati	335
8.7.1	Il sistema dell'Unione europea e il ruolo della Corte di giustizia. In particolare, il procedimento per infrazione	337
8.7.2	Il sistema delineato dallo Statuto del Consiglio d'Europa e dalla CEDU. In particolare, il problema dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU	340
8.8	La giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale sul piano internazionale: considerazioni conclusive	343
8.9	La giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale sul piano del diritto interno	345
8.9.1	La giustiziabilità degli obblighi di criminalizzazione	346
8.9.2	La giustiziabilità degli obblighi di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale	348
8.10	Considerazioni conclusive: gli obblighi sovranazionali di tutela penale come obblighi "a giustiziabilità variabile"	352
8.11	Gli obblighi sovranazionali di tutela penale sono veri e propri obblighi giuridici, per quanto non sempre corredati da sanzioni effettive	354
9	Gli obblighi sovranazionali di tutela penale: questioni emergenti e prospettive attuali	357
9.1	Introduzione	358
9.2	Legalità e dintorni	359
9.2.1	Prima obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione determinano un <i>vulnus</i> alla statualità delle scelte in materia di politica criminale	363
9.2.2	Seconda obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione non rispettano il principio democratico	371
9.2.3	Terza obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione enunciati di matrice giurisprudenziale non rispettano il principio di separazione dei poteri	380

9.2.4	Quarta obiezione: gli obblighi di criminalizzazione di matrice sovranazionale non si mostrano rispettosi del principio di precisione	381
9.3	Proporzione e dintorni	385
9.3.1	Prima obiezione: le fonti sovranazionali impongono (o rischiano di imporre) il ricorso ai meccanismi della giustizia penale anche laddove un'efficace azione di contrasto potrebbe essere impostata attraverso l'utilizzo di strumenti extrapenali, come tali meno lesivi dei diritti fondamentali	387
9.3.2	Seconda obiezione: gli strumenti internazionali impongono (o rischiano di imporre) obblighi di incriminazione anche in assenza di un pregiudizio per un interesse meritevole di tutela. Gli esempi della pornografia virtuale e del negazionismo	391
9.4	Profili problematici degli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali	394
9.4.1	La possibilità di ricavare obblighi di tutela penale dalle norme attributive di diritti fondamentali intese quali norme di comportamento: un punto controverso	394
9.4.2	Quali diritti fondamentali possono "giustificare" l'affermazione in via pretoria di obblighi di tutela penale? Sui rischi di un'ipertrofia della tutela penale dei diritti fondamentali	400
9.5	Le forme di controllo preventivo e successivo sul rispetto dei principi costituzionali in materia penale e dei diritti fondamentali	402
9.6	Brevi riflessioni sul tema della giustizia di transizione	406
9.7	Fra monismo e dualismo: aperture al nuovo e "sacche di resistenza"	409
	Bibliografia	413

Ringraziamenti

Sono onorata di aver proseguito la ricerca su un tema tanto caro al mio Maestro, il Prof. Francesco Viganò, che ha seguito la stesura del presente lavoro di tesi con la consueta generosità e la cura che sempre contraddistingue il Suo impegno didattico: senza la Sua guida costante e i Suoi preziosi suggerimenti non avrei avuto le forze per affrontare un tema tanto vasto e complesso.

Ringraziamenti non di rito vanno, poi, alla mia correlatrice, la Dott.ssa Chantal Meloni, che con la Sua passione e le Sue competenze ha saputo rendermi molto più familiari i settori del diritto internazionale penale e del diritto umanitario, e che anche a svariate centinaia di chilometri di distanza non mi ha mai fatto mancare i Suoi consigli tempestivi.

Un grazie di cuore, infine, a mio fratello Pietro, al quale va tutto il merito di questa bella grafica: il fatto che mi abbia offerto il suo aiuto, senza farmelo in alcun modo pesare, nel periodo concitatissimo della consegna della sua tesi di laurea, mi ha dimostrato ancora una volta quanto siano profonde la sua intelligenza e la sua sensibilità.

La circostanza che la discussione di questa tesi di dottorato venga a chiudere il mio percorso accademico mi induce, però, a vincere il riserbo che in genere mi caratterizza e a indirizzare un sentito ringraziamento a tutti i professori, i colleghi e gli amici del Dipartimento Cesare Beccaria, che in questi anni hanno avuto un ruolo fondamentale per la mia crescita professionale e umana.

Porterò nel cuore i tanti “incontri del martedì”, il Convegno “Bricola” di Lecce, la discussione *en plein air* sulle funzioni della pena a Verbania, il corso ISISC e molti altri momenti ancora. . . E, soprattutto, le persone con cui li ho condivisi.

L'elenco dei ringraziamenti personali sarebbe troppo lungo, e rischierei senza volerlo di dimenticare qualcuno. Mi limiterò a tre soltanto, che proprio non posso omettere.

Il primo va al Prof. Viganò, per l'entusiasmo con cui si è sempre occupato della nostra formazione in qualità di coordinatore di questo dottorato, e - soprattutto - per l'attenzione agli altri, la capacità di ascolto e il dono di valorizzare le persone che lo circondano, che ha manifestato in ogni occasione.

Ho un grande debito di riconoscenza, infine, nei confronti dei Professori Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini, non solo per la partecipazione con cui hanno seguito le mie vicende e la fiducia che immeritatamente mi hanno accordato, ma anche per l'impegno civile e la limpidezza della Loro lezione passata, presente e futura.

Introduzione

La tematica degli obblighi di tutela penale, oggetto negli anni Settanta di un intenso dibattito dottrinale (di cui ricapitolava mirabilmente gli estremi Domenico Pulitanò in un fondamentale saggio del 1983¹) ha ricevuto negli ultimi tempi rinnovata attenzione, sebbene in riferimento non più (o non soltanto) alla Costituzione, ma (anche) alle fonti sovranazionali.

Non possiamo non ricordare, a questo proposito, i *seminal articles* di Carlo Sotis e di Francesco Viganò, rispettivamente sugli *input* di penalizzazione di fonte UE² e sugli obblighi di incriminazione, persecuzione penale ed effettiva punizione enunciati dalle Corti dei diritti di Strasburgo e di San José³.

In questo quadro si inserisce anche la recente monografia di Caterina Paonessa, che – in un’ottica di sintesi – si sofferma tanto sugli obblighi costituzionali di tutela penale quanto su quelli promananti dal diritto della “piccola” e della “grande” Europa⁴.

L’oggetto della presente trattazione è, al tempo stesso, più ristretto e più ampio rispetto a quello di quest’ultimo lavoro, che ha rappresentato un importante punto di riferimento per la nostra ricerca.

Per un verso, infatti, focalizzeremo l’attenzione esclusivamente sugli obblighi *sovranazionali* di tutela penale (i quali, nondimeno, costituiscono oggi altrettanti obblighi *costituzionali*, in forza dell’art. 117 co. 1 Cost.).

Per altro verso, adotteremo un approccio a trecentosessanta gradi, guardando non solo agli obblighi di tutela penale discendenti dal diritto delle istituzioni europee e dalla giurisprudenza della Corte EDU, ma anche a quelli promananti, in generale, dagli strumenti di diritto internazionale pattizio che non si lasciano inquadrare in un settore specifico, dal diritto umanitario, dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell’uomo e dal diritto internazionale penale (capitoli 1-5).

¹Il riferimento è a D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 484 ss.

²Il riferimento è a C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 171 ss.

³Il riferimento è a F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2645 ss.

⁴Il riferimento è a C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009.

Al termine di questa prima parte, rigorosamente descrittiva, proporremo una possibile sistematizzazione degli obblighi sovranazionali di tutela penale (capitolo 6), per poi soffermarci sulle *rationes* del ricorso agli strumenti penalistici nelle diverse branche del diritto internazionale (capitolo 7) e sulla delicata questione della loro giustiziabilità sul piano internazionale e su quello interno (capitolo 8).

Nell'ultimo capitolo, infine, lasceremo spazio alle nostre personali valutazioni, interrogandoci – tra l'altro – sulla compatibilità dei suddetti obblighi con la legalità penale e con il principio di sussidiarietà penalistica/*ultima ratio*.

Rinviamo al paragrafo iniziale di ciascun capitolo la precisazione delle tematiche che verranno via via affrontate e del metodo che abbiamo seguito per accostarci ad esse, in modo da non abusare anzitempo della pazienza del lettore.

Ci preme, però, introdurre fin d'ora *una distinzione fondamentale ai fini della nostra analisi*: quella fra obblighi di criminalizzazione, obblighi di persecuzione penale e obblighi di cooperazione giudiziaria in materia penale.

Gli *obblighi di criminalizzazione* (o di incriminazione, o di penalizzazione) riguardano il diritto penale sostanziale, e consistono nella richiesta, avanzata al legislatore nazionale, di introdurre norme incriminatrici a tutela di determinati interessi, di inasprire il trattamento sanzionatorio di fattispecie penali già esistenti o ancora di ampliarne l'ambito di applicazione mediante l'introduzione di norme estensive della punibilità o la riduzione della sfera applicativa di determinate norme penali di favore.

Gli *obblighi di persecuzione penale* – nell'accezione da noi accolta – si compendiano invece nel duplice obbligo di attivare i meccanismi della giustizia penale e, qualora ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi, di sottoporre a sanzione penale gli autori delle condotte che costituiscono l'oggetto degli obblighi di criminalizzazione: essi riguardano, dunque, il diritto processuale penale.

Gli *obblighi di cooperazione giudiziaria* in materia penale – che parimenti attengono al versante processuale – hanno, invece, un contenuto variabile, che va dall'obbligo di procedere a uno scambio delle informazioni rilevanti con le autorità investigative e giudiziarie straniere, a quello di fornire a queste ultime la necessaria assistenza giudiziaria, all'obbligo di riconoscere, almeno a taluni effetti penali, le sentenze straniere, a quello di estradare i sospetti autori dei crimini internazionali (il quale, in genere, si presenta come alternativo rispetto a quello di persecuzione penale).

Tutte e tre queste sotto-categorie si inquadrano in quella, più generale, degli *obblighi di tutela penale*, rispetto alla quale si pongono dunque in rapporto di *species ad genus*.

Il nostro *punto di vista privilegiato* sarà, ovviamente, quello del *diritto penale sostanziale*: guarderemo, dunque, con particolare attenzione agli *input* di *criminalizzazione* provenienti dalle fonti sovranazionali.

Gli *strettissimi collegamenti* esistenti tra gli obblighi di incriminazione, da un lato, e quelli di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale, dall'altro, ci inducono tuttavia a ritenere che non sia possibile prescindere dall'analisi anche di questi ultimi, sia pur nei limiti in cui le nostre (davvero limitate) competenze nella materia processuale ce lo consentiranno.

Un'ultima avvertenza: nel primo e nel terzo capitolo abbiamo ritenuto indispensabile *analizzare nel dettaglio alcuni strumenti internazionali* che contengono obblighi di tutela penale.

Il nostro obiettivo non era, ovviamente, quello di trattare in modo approfondito la materia sulla quale i suddetti obblighi venivano concretamente ad incidere, nè di verificare se e come sia avvenuto il loro recepimento a livello interno: ci siamo quasi esclusivamente soffermati *sulla tecnica normativa* utilizzata da ciascun atto, *per mettere in luce analogie, specificità e linee di tendenza* e porre così le basi sulla successiva riflessione.

A questo proposito, abbiamo ritenuto preferibile utilizzare *un approccio di tipo rigorosamente cronologico*, evidenziando laddove ne fossimo in grado i profili innovativi di ciascuno strumento internazionale a connotazione penalistica.

Come ribadiremo più avanti, il lettore che non avesse tempo o voglia di approcciarsi a questo vasto materiale potrà servirsene *esclusivamente a scopo di consultazione*, saltando a piè pari i paragrafi dedicati all'esame dei testi normativi senza perciò smarrire il senso dell'argomentazione.

Capitolo 1

Gli obblighi di tutela penale previsti dagli strumenti di diritto internazionale pattizio elaborati a partire dai primi decenni del Novecento

Indice

1.1	Introduzione	7
1.2	L'Accordo internazionale inteso a garantire una protezione efficace contro il traffico criminale conosciuto sotto il nome di tratta delle bianche del 18 maggio 1904	11
1.3	La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 4 maggio 1910	12
1.4	L'Accordo internazionale per reprimere la diffusione delle pubblicazioni oscene del 4 maggio 1910	15
1.5	La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli del 30 settembre 1921	16
1.6	La Convenzione internazionale per la repressione della circolazione e del traffico delle pubblicazioni oscene del 12 settembre 1923	17
1.7	La Convenzione concernente la schiavitù del 25 ottobre 1926	18
1.8	La Convenzione internazionale per la lotta contro la falsificazione delle monete del 20 aprile 1929	21

1.9	La Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggiorenni dell'11 ottobre 1933	23
1.10	La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 9 dicembre 1948	24
1.11	La Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui del 2 dicembre 1949	28
1.12	La Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 7 settembre 1956	31
1.13	La Convenzione delle Nazioni Unite sull'alto mare del 19 aprile 1958	32
1.14	La Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965	35
1.15	La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982	37
1.16	La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984	39
1.17	La Convenzione internazionale contro il reclutamento, l'utilizzazione e il finanziamento di mercenari del 4 dicembre 1989	49
1.18	La Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato dell'8 novembre 1990	52
1.19	La Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997 . .	56
1.20	Il Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del bambino riguardante il traffico di bambini, la prostituzione e la pornografia infantile del 25 maggio 2000	62
1.21	La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 15 dicembre 2000	70
1.22	La Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003	73
1.23	La Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata adottata il 20 dicembre 2006	78
1.24	Uno sguardo d'insieme	83

1.1 Introduzione

Non è facile individuare il momento esatto in cui gli obblighi di tutela penale hanno cominciato a diffondersi nel panorama delle fonti internazionali.

Le ricerche che abbiamo condotto – inevitabilmente parziali, per quanto scrupolose – ci inducono a ritenere che la risposta a questo interrogativo debba essere differenziata per gli obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale, secondo la tripartizione da noi proposta nell'*Introduzione* al presente lavoro, alla quale rimandiamo.

I primi a svilupparsi furono probabilmente gli *obblighi di persecuzione penale*: fin dal Seicento, infatti, si era affermato in via consuetudinaria l'obbligo per gli Stati della comunità internazionale di cooperare per perseguire penalmente gli *atti di pirateria*; obbligo che, come vedremo più oltre, era del tutto svincolato da quello di criminalizzare questi ultimi, che già figuravano nelle legislazioni penali nazionali¹.

Quanto allo strumento di diritto internazionale pattizio che per primo ha rivolto agli Stati firmatari *obblighi di penalizzazione*, invece, abbiamo buoni motivi per ritenere che esso si identifichi con la *Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti e malati nelle forze armate terrestri* firmata a Ginevra il 6 luglio 1906 (oggi non più in vigore), che all'art. 28 imponeva agli Stati membri di adottare le misure necessarie per reprimere, in tempo di guerra, il furto e i maltrattamenti commessi in danno dei malati e dei feriti di guerra e di punire come usurpazione delle insegne militari l'indebito uso della bandiera e dei segni distintivi della Croce Rossa: ne parleremo brevemente nel prossimo capitolo, dedicato appunto al diritto umanitario (che, come si vedrà, è il settore che per primo ha conosciuto uno *sviluppo organico* degli obblighi sovranazionali di tutela penale)².

Per quel che concerne gli *obblighi di cooperazione giudiziaria in materia penale*, la loro previsione nei trattati internazionali multilaterali risale, per lo meno, ai primi del Novecento: come vedremo tra breve, essi erano certamente presenti nella *Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 4 maggio 1910*, che agli artt. 5 e 6 si occupava della disciplina dell'extradizione e delle rogatorie internazionali; mentre l'Accordo internazionale del 18 maggio 1904 sullo stesso tema si limitava a prevedere meri *obblighi di cooperazione di polizia*³.

Desta una certa sorpresa il fatto che gli obblighi sovranazionali di tutela penale fossero già presenti in *numerosi strumenti di diritto internazionale pattizio dei primi decenni del Novecento* e che il loro sviluppo non sia avvenuto negli anni immediatamente successivi alla fine della Seconda guerra mondiale, come forse si sarebbe portati a credere pensando agli (assai più noti) strumenti a connotazione penalistica adottati nell'ambito della neo-istituita

¹Si veda, in proposito, il § 1.13 del presente capitolo.

²Si veda, in proposito, il § 2.2 del secondo capitolo

³Si veda in proposito il § 1.2 del presente capitolo

Organizzazione delle Nazioni Unite, a cominciare dalla *Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio* del 1948⁴.

D'altra parte, non è certo un caso che il legislatore italiano del 1930 abbia sentito il bisogno di inserire all'interno del codice penale una disposizione come l'art. 7, la quale, discostandosi dal principio di territorialità, determina l'applicabilità della legge italiana per reati commessi all'estero in cinque casi, *tra cui figura espressamente quello in cui ciò sia previsto da convenzioni internazionali*⁵.

Nel presente capitolo cercheremo di analizzare nel dettaglio *alcuni dei principali strumenti di diritto internazionale pattizio che contemplano obblighi di tutela penale* (declinati nelle tre categorie degli obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale) *che non si inquadrano in uno specifico settore del diritto internazionale*; per poi riservare ai capitoli successivi l'analisi degli obblighi di tutela penale

⁴In senso diametralmente opposto, non deve stupire neppure l'esistenza di uno iato temporale di quasi novant'anni tra il riconoscimento, a livello internazionale, di determinati diritti e interessi e la presa d'atto della necessità di tutelarli e di promuoverli attraverso il ricorso ai meccanismi della giustizia penale: la più autorevole dottrina internazionalistica ha, infatti, evidenziato da tempo come lo "stadio di criminalizzazione" sia l'ultimo di un processo non sistematico che inizia con la mera enunciazione di valori internazionalmente condivisi e che, in genere, si articola in cinque fasi progressive.

Pare opportuno riportare il seguente passaggio tratto da M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999, p. 78 nt. 211: «Questo processo può essere individuato in cinque stadi. Il primo può essere definito lo "stadio enunciativo". In questa fase, attraverso processi intellettivi e sociali, emergono valori internazionalmente condivisi. Nello "stadio dichiarativo", questi valori, di solito formulati come diritti generali, sono affermati in strumenti internazionali non vincolanti sul piano giuridico. Nello stadio successivo, definito "prescrittivo", i valori e diritti generali vengono elaborati per formare principi specifici, diritti, norme, o regole, che sono poi articolati in uno strumento internazionale vincolante. In seguito, lo "stadio esecutivo" vede lo sviluppo di modalità di attuazione amministrative e civili, attraverso convenzioni generali o particolari, che mirano ad intensificare il rispetto degli obblighi che derivano dai diritti tutelati a livello prescrittivo. Infine, nello "stadio di criminalizzazione", le violazioni dei diritti umani sono criminalizzate attraverso lo sviluppo e l'articolazione di divieti penali e di modalità penali per la loro prevenzione».

Per ulteriori approfondimenti, si veda altresì M. C. BASSIUNI, *Enforcing Human Rights through International Criminal Law and through an International Criminal Tribunal*, in *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, New York, 1994, p. 347.

⁵Come rileva M. ROMANO, *Art. 7*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, pp. 118 ss., «il n. 5 (...) è totalmente superfluo sul terreno dell'individuazione delle norme penali italiane applicabili», poiché in riferimento alle convenzioni internazionali «non potrà mancare un meccanismo normativo di adattamento al diritto interno, con il relativo provvedimento di esecuzione o con il conseguente inserimento di fattispecie penali, in conformità al principio di stretta legalità cui il nostro ordinamento si informa». La norma mantiene, tuttavia, una certa importanza perché «dando spazio alle istanze del principio di universalità, segnala che per tutti i casi di reato commessi all'estero punibili per espressa disposizione di legge o in base a una convenzione internazionale – salvo che non sia stabilito diversamente – non è necessaria alcuna condizione di procedibilità».

Per ulteriori approfondimenti si veda, in proposito, N. LEVI, *In tema di reati commessi all'estero*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1935, pp. 435 ss.

discendenti, rispettivamente, dal diritto umanitario, dal diritto dell'Unione Europea, dal diritto dei diritti umani (*human rights law*) e dal diritto internazionale penale.

L'obiettivo non è certamente quello di compilare un'esaustiva rassegna delle fonti convenzionali a connotazione penalistica, sul modello di quella – davvero preziosissima – elaborata nel 1997 da M. Cherif Bassiouni⁶: ci limiteremo ad esaminarne alcuni, circoscrivendo peraltro la nostra analisi *soltanto a quelli che prevedono obblighi di tutela penale* (e dunque lasciando fuori dalla nostra indagine gli accordi internazionali che presentano caratteristiche penali, ma che nondimeno non avanzano al legislatore nazionale richieste di penalizzazione, di persecuzione penale e/o di cooperazione giudiziaria nella materia penale).

Abbiamo inoltre ritenuto opportuno prendere in esame due strumenti che, pur non prevedendo obblighi di tutela penale, hanno di fatto preparato la strada per l'introduzione degli stessi: si tratta dell'*Accordo internazionale per la repressione della «tratta delle bianche»* del 18 maggio 1904 e dell'*Accordo internazionale per reprimere la diffusione delle pubblicazioni oscene* del 4 maggio 1910, con i quali andremo appunto ad aprire questa lunga esposizione.

Nelle pagine seguenti, dunque, faremo riferimento a strumenti sovranazionali elaborati nell'ambito della Società delle Nazioni prima e delle Nazioni Unite poi, ma anche in seno al Consiglio d'Europa, all'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), all'Unione Africana, all'OCSE, all'Organizzazione mondiale del Commercio, e via dicendo. Cercheremo di evidenziare – ove possibile – *i reciproci rapporti di influenza* tra le varie iniziative adottate sul piano internazionale, tanto a livello globale quanto a livello regionale (per poi utilizzare tali spunti per la nostra riflessione, che rimandiamo sempre al sesto capitolo).

Non seguiremo un'analisi *ratione materiae*, ma un ordine rigorosamente cronologico, così da dare il senso dell'evoluzione degli obblighi di tutela penale nell'arco temporale che va dal 1910 al 2006.

Per non disorientare ulteriormente il lettore, – sebbene si tratti, come ben ha sintetizzato Mireille Delmas-Marty⁷, di *categorie sempre in movimento*, e le classificazioni divergano significativamente a seconda dell'impostazione dottrinale adottata – pare opportuno specificare che il presente capitolo avrà ad oggetto tanto crimini *internazionali* (*international crimes*), i quali offendono interessi e valori dell'intera comunità internazionale (ad es. la schiavitù o la tortura), quanto crimini *transnazionali* (*transnational crimes*) – che presentano, appunto, una dimensione transnazionale, ma offendono

⁶Il riferimento è, naturalmente, a M. C. BASSIOUNI, *International criminal law conventions and their penal provisions*, New York, 1997.

⁷Si veda in proposito M. DELMAS-MARTY, *Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?*, in A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002, p. 63.

interessi di un singolo Stato o di più Stati (ad es. il riciclaggio o la corruzione): sia i primi sia i secondi *sono infatti contemplati da trattati internazionali che prevedono obblighi espressi di incriminazione*, e la loro punizione è *subordinata all'implementazione di questi ultimi negli ordinamenti nazionali*⁸.

Un discorso a parte va fatto invece per il *genocidio* (che abbiamo scelto di trattare nel presente capitolo, e non in quello dedicato al diritto internazionale penale, ch  la Convenzione del 1948 costituisce un passaggio importante nell'evoluzione dei crimini internazionali). Esso appartiene, infatti, alla categoria dei crimini *di diritto internazionale (crimes under international law)*, i quali costituiscono un *sottoinsieme dei crimini internazionali* (perch  ledono interessi e valori dell'intera comunit  internazionale, e pi  precisamente *i pi  importanti interessi e valori della comunit  internazionale*) ma si differenziano da questi ultimi perch  sono in grado di fondare *direttamente* una responsabilit  penale individuale, senza necessit  di trasposizione negli ordinamenti nazionali. E lo stesso varrebbe secondo alcuni – almeno laddove la stessa abbia carattere sistemico – per la *tortura* (che pure tratteremo in questa sede, e non nel capitolo sulla *human rights law* n  in quello sul diritto internazionale penale, perch  considerazioni analoghe a quelle che abbiamo appena espresso per la *Convenzione sul genocidio* valgono anche per la *Convenzione ONU per la prevenzione e la repressione della tortura* del 1984).

Un ultimo *caveat*: comprendiamo bene che l'analisi dettagliata, strumento per strumento e senza alcun apparente filo logico che procederemo a fare nelle pagine seguenti potr  non invogliare a proseguire oltre con la lettura. Ci   parso, perch , che nessuna seria riflessione sugli obblighi sovranazionali di tutela penale potesse essere impostata senza un'umile, ma quanto pi  possibile attenta, ricognizione delle fonti pi  rilevanti e, soprattutto, senza un confronto di prima mano con i testi: proprio per questo abbiamo cercato di riportare almeno in nota le disposizioni di maggior interesse, cos  che anche al lettore non fosse precluso il contatto immediato con le fonti che si   rivelato, per noi, fondamentale.

Nondimeno, chi avesse fretta potr  saltare *tout court* questa lunga esposizione e andare direttamente alle conclusioni del presente capitolo.

⁸Cfr. per tutti sul punto G. WERLE, *Principles of International criminal law*, L'Aja, 2009, pp. 42 ss.; A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford, 2008, pp. 11 ss.; M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., pp. 94 ss.

Tali Autori adottano, in effetti, definizioni e classificazioni anche molto divergenti tra loro (delle quali daremo conto nel quinto capitolo).

1.2 L'Accordo internazionale inteso a garantire una protezione efficace contro il traffico criminale conosciuto sotto il nome di tratta delle bianche del 18 maggio 1904

Ancorché non contempli obblighi di penalizzazione espressi, conviene iniziare questa lunga panoramica dall'*Accordo internazionale inteso a garantire una protezione efficace contro il traffico criminale conosciuto sotto il nome di tratta delle bianche*, firmato a Parigi il 18 maggio 1904, che – come si legge nel Preambolo – si propone di «assicurare alle donne maggiorenni, indotte al mal costume coll'inganno o colla forza, nonché alle donne o fanciulle minorenni, una efficace protezione contro il traffico criminale conosciuto sotto il nome di “tratta delle bianche”».

Lo scopo principale che esso persegue è dunque quello di assicurare la protezione delle donne vittime del traffico internazionale (dovendosi peraltro distinguere, con riguardo a queste ultime, tra donne «pure e innocenti» da quelle già dedite al mercimonio); un'attenzione senz'altro minore è invece dedicata alla punizione dei trafficanti, che diventerà l'aspetto essenziale nelle future Convenzioni.

Ciò trova riscontro negli artt. 3⁹ e 4¹⁰ della Convenzione, che apprestano un embrionale sistema di tutela delle vittime della tratta, prevedendo che le donne dedite alla prostituzione vengano identificate e rimpatriate (anche a spese del Paese nel quale risiedono e del Paese d'origine laddove le stesse siano prive di mezzi), e che in attesa del rimpatrio siano affidate a istituzioni di beneficenza pubblica o privata.

⁹Ai sensi dell'art. 3 «I governi si obbligano a far raccogliere, se occorre, e dentro i limiti legali, le dichiarazioni delle donne o fanciulle di nazionalità straniera che si danno alla prostituzione, affine di stabilire la loro identità e il loro stato civile, e a ricercare chi le abbia determinate ad abbandonare la patria. Le informazioni raccolte saranno notificate alle autorità del paese d'origine di dette donne o fanciulle, per potere, al caso, farle rimpatriare. I governi si obbligano, dentro i limiti legali e per quanto è possibile, ad affidare provvisoriamente e per un eventuale rimpatrio, le vittime di un traffico criminale, quando sieno sprovviste di mezzi, a istituzioni di beneficenza pubblica o privata o a particolari che offrano le necessarie garanzie. I governi si obbligano parimente, nei limiti legali e per quanto è possibile, a rimandare nel loro paese d'origine quelle di tali donne o fanciulle che domandano di essere rimpatriate o che fossero reclamate dalle persone che hanno sopra esse autorità. Il rimpatrio non seguirà che previa intesa sull'identità e la nazionalità, nonché sul luogo e la data dell'arrivo alla frontiera. Ciascuno degli Stati contraenti faciliterà il transito sul proprio territorio. La corrispondenza relativa ai rimpatri si farà, per quanto è possibile, direttamente».

¹⁰In base all'art. 4, «Qualora la donna o fanciulla da rimpatriare non potesse rimborsare ella stessa le spese del suo trasporto e non avesse né un marito, né parenti, né un tutore che pagassero per lei, le spese del rimpatrio saranno a carico del paese sul cui territorio ella risiede, fino al prossimo confine o porto di imbarco in direzione del paese d'origine, e di lì avanti a carico del paese d'origine».

L'art. 1 obbliga inoltre ciascuno degli Stati contraenti a istituire un'autorità incaricata di «accentrare tutte le informazioni sull'incetta delle donne e fanciulle a scopo di prostituzione all'estero», la quale «potrà corrispondere direttamente alle autorità congeneri istituite in ciascuno degli Stati contraenti»: il primo strumento attraverso il quale si realizza la lotta alla tratta finalizzata alla prostituzione è dunque lo *scambio di informazioni tra autorità omogenee* (verosimilmente di natura amministrativa) localizzate nel territorio dei vari Stati firmatari.

Al suddetto obbligo si aggiunge, ai sensi dell'art. 2, quello di «far esercitare vigilanza, allo scopo di ricercare, specialmente nelle stazioni, nei porti d'imbarco e durante il viaggio, i conduttori di donne e fanciulle destinate alla prostituzione».

La necessità di ricercare gli autori del reato di tratta non è, qui, volta all'instaurazione di un processo nei loro confronti, ma alla mera cessazione dell'attività criminale: *non può, pertanto, parlarsi di un vero e proprio obbligo di persecuzione penale*.

I redattori della Convenzione ritennero dunque sufficiente *un intervento che agevolasse la cooperazione di polizia*, confidando nell'efficacia e nella capacità dissuasiva delle norme incriminatrici previste dai vari ordinamenti nazionali e nel buon funzionamento delle disposizioni procedurali interne che disciplinavano all'epoca la cooperazione giudiziaria.

1.3 La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 4 maggio 1910

La convinzione che non fosse necessario adottare interventi di “armonizzazione” del diritto e della procedura penale durò appena lo spazio di un lustro: è del 4 maggio 1910 la *Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche*, che – a differenza dell'Accordo di cui abbiamo sintetizzato i contenuti essenziali nel paragrafo precedente – *contiene veri e propri obblighi di tutela penale*.

L'art. 1 dispone infatti che «chiunque, allo scopo di favorire l'altrui libidine, arrola, sottrae o rapisce una donna o una fanciulla minorenni, sia pure col loro consenso, deve essere punito anche se i vari atti che sono elementi costitutivi del reato siano stati commessi in diversi Stati», mentre il successivo art. 2¹¹ detta una disposizione di tenore pressoché analogo per il caso in cui la vittima abbia raggiunto la maggiore età.

¹¹Questo il testo dell'art. 2: «Chiunque, con inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o altro mezzo di costrizione, arrola, sottrae o rapisce, per favorire l'altrui libidine, una donna o una maggiorenne deve essere punito anche se i diversi atti che sono elementi costitutivi del reato siano stati commessi in diversi Stati».

Ai sensi dell'art. 3, «le Parti Contraenti, di cui la legislazione attualmente non bastasse per reprimere i reati previsti nei due articoli precedenti si impegnano a prendere o a proporre ai loro rispettivi legislatori i provvedimenti necessari affinché questi reati siano *puniti* secondo la loro gravità»: per la prima volta si sancisce, dunque, l'obbligo per le autorità nazionali competenti di introdurre fattispecie incriminatrici *ad hoc* o di prevedere un trattamento sanzionatorio più severo nel caso in cui quelle esistenti non si mostrassero idonee ad assicurare una repressione efficace.

Evidente la *funzione* smaccatamente *generalpreventiva e specialpreventiva* attribuita alla sanzione penale (ciò che, d'altra parte, è confermato dal Preambolo, nel quale si legge che gli Stati firmatari sono «animati dal comune desiderio di dare la maggiore efficacia possibile alla repressione del traffico conosciuto sotto il nome di “tratta delle bianche”»).

Se è indubbio che le norme suddette pongono obblighi di penalizzazione, come tali cogenti per gli Stati che hanno aderito alla Convenzione, è interessante notare come il *Protocollo finale di carattere interpretativo* annesso a quest'ultima paia in qualche modo *sminuire la vincolatività degli stessi*: «All'atto di procedere alla firma della Convenzione odierna – si legge infatti nell'*incipit* del Protocollo, che ha lo stesso valore giuridico di quest'ultima e ne costituisce parte integrante – i sottoscritti Plenipotenziari stimano utile indicare con quale spirito vanno intesi gli Articoli 1, 2 e 3 della presente Convenzione e secondo cui è *desiderabile* che, nell'esercizio della loro sovranità legislativa, gli Stati contraenti provvedano all'esecuzione delle stipulazioni convenute o a compimento delle stesse».

Il medesimo Protocollo interpretativo contiene, tuttavia, altre previsioni che sembrano suggerire – all'opposto – che i suddetti obblighi siano vincolanti e che gli Stati firmatari conservino un margine di manovra esclusivamente “*verso l'alto*”, non anche “*verso il basso*”.

Le lettere A¹² e B¹³ del Protocollo chiariscono, infatti, che la Convenzione non fa altro che fissare una sorta di “minimo comun denominatore”, e che le Parti contraenti sono libere di innalzare (ma non di abbassare) lo *standard* di tutela delle vittime della tratta, ponendo condotte ulteriori rispetto a quelle che sono oggetto dell'obbligo di criminalizzazione (quale, ad esempio, «l'arrolamento di una maggiorenne, se non vi fosse l'elemento dell'inganno o della coercizione»).

¹²In base alla lettera A, « Le disposizioni degli Articoli 1 e 2 devono essere considerate come un minimo nel senso che, beninteso, i Governi contraenti abbiano assoluta *facoltà di punire altre infrazioni analoghe*, tali, per esempio, l'arrolamento di una maggiorenne, *se non vi fosse l'elemento dell'inganno o della coercizione*».

¹³Secondo la lettera B, « Per la repressione delle infrazioni previste negli Articoli 1 e 2 resta inteso che le denominazioni “donna o fanciulla minorene, donna o fanciulla maggiorenne” designano le donne o le fanciulle di età inferiore o superiore ai venti anni compiuti. *Una legge può tuttavia elevare il limite dell'età protetta, a condizione che ciò comprenda le donne o le fanciulle di qualsiasi nazionalità*».

La lettera C afferma, invece, che «*per la repressione delle stesse infrazioni la legge dovrebbe in tutti i casi comminare una pena privativa della libertà, senza pregiudizio delle altre pene principali o accessorie; essa dovrebbe tener conto, indipendentemente dall'età della vittima, delle diverse circostanze aggravanti che possono verificarsi in ispecie, come quelle previste nell'Articolo 2 o il fatto che la vittima fosse stata fornita alla libidine altrui*»: al di là dell'uso del condizionale, dunque, viene rivolto all'indirizzo dei legislatori nazionali un *accorato invito a "fare sul serio"* con l'utilizzo degli strumenti penalistici, corredando le fattispecie incriminatrici di sanzioni non meramente simboliche ma proporzionate alla gravità del fatto; ciò che appare indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo della Convenzione, esplicitato nel Preambolo.

Tornando all'esame dell'articolato, l'art. 5¹⁴ della Convenzione prevede, ancora, che i reati di cui agli artt. 1 e 2 debbano essere inclusi tra quelli che possono dar luogo ad estradizione, mentre l'art. 6¹⁵, nell'ottica di facilitare la cooperazione giudiziaria, disciplina le modalità di «trasmissione delle commissioni rogatorie relative ai reati previsti nella presente Convenzione». L'art. 8, infine, impone agli Stati contraenti di «comunicarsi le notizie del casellario penale, allorché si tratta di reati previsti dalla presente Convenzione di cui i fatti che ne sono gli elementi costitutivi siano stati commessi in diversi

¹⁴Recita infatti la norma che «I reati previsti negli articoli 1 e 2 precedenti, a contare dall'entrata in vigore della presente Convenzione, saranno considerati come enumerati di pieno diritto tra i reati che danno luogo all'estradizione giusta le Convenzioni già esistenti fra le Parti Contraenti. Nel caso in cui la stipulazione che precede non potesse aver effetto senza modificare la legislazione esistente, le Parti Contraenti si impegnano a prendere o a proporre ai loro rispettivi legislatori i provvedimenti necessari».

¹⁵In base all'art. 6 « La trasmissione delle commissioni rogatorie relative ai reati previsti nella presente Convenzione si farà:

- 1° sia per comunicazione diretta fra le autorità giudiziarie;
- 2° sia per il tramite dell'agente diplomatico o consolare del paese richiedente nel paese richiesto. Quest'agente manderà direttamente la commissione rogatoria all'autorità giudiziaria competente e riceverà direttamente da questa autorità i documenti accertanti l'esecuzione della commissione rogatoria; (in questi due casi, copia della commissione rogatoria sarà sempre contemporaneamente mandata all'autorità superiore dello Stato richiesto);
- 3° sia per via diplomatica.

Ciascuna Parte Contraente farà conoscere, con una comunicazione diretta ad ognuna delle altre Parti Contraenti, quello o quelli dei modi di trasmissione previsti sopra ch'essa ammette per le commissioni rogatorie di quella Parte.

Tutte le difficoltà che nascessero in occasione delle trasmissioni fatte nei casi dei numeri 1° e 2° del presente articolo saranno risolte in via diplomatica. Salvo intesa contraria, la commissione rogatoria deve essere stesa o nella lingua dell'autorità richiesta o nella lingua convenuta fra i due Stati interessati, oppure essa dev'essere accompagnata d'una traduzione fatta in una di queste due lingue e certificata conforme da un agente diplomatico o consolare dello Stato richiedente o da un traduttore giurato dello Stato richiesto.

L'esecuzione delle commissioni rogatorie non potrà dar luogo a rimborso di tasse o spese di qualsiasi natura».

Paesi»: e ciò, evidentemente, ai fini della contestazione della recidiva e della dichiarazione di abitudine e professionalità nel delinquere.

1.4 L'Accordo internazionale per reprimere la diffusione delle pubblicazioni oscene del 4 maggio 1910

Del 1910 è anche l'*Accordo internazionale per reprimere la diffusione delle pubblicazioni oscene*, firmato sempre a Parigi il 4 maggio. Come l'*Accordo sulla tratta delle bianche* del 1904, lo strumento normativo in questione *non contempla obblighi di criminalizzazione o di persecuzione penale espressi*, ma si limita a prevedere *misure in grado di facilitare la cooperazione di polizia e giudiziaria* nel settore in questione.

L'art. 1 pone in capo agli Stati firmatari l'obbligo di istituire «un'autorità incaricata:

1. di raccogliere tutte le informazioni che possono agevolare la scoperta e la repressione degli atti costituenti una contravvenzione alla loro legislazione interna in materia di scritti, disegni, figure od oggetti osceni, e i cui elementi costitutivi hanno un carattere internazionale;
2. di fornire tutte le informazioni atte ad impedire l'importazione delle pubblicazioni od oggetti di cui al paragrafo precedente, nonché di assicurarne o sollecitarne il sequestro: il tutto entro i limiti della legislazione interna;
3. di comunicare le leggi già emanate o che fossero in seguito emanate nei loro Stati, sulla materia che forma l'oggetto del presente Accordo».

Ai sensi dell'art. 3, tale autorità «dovrà, se la legislazione interna del suo paese non vi si oppone, comunicare alle autorità congeneri di tutti gli altri Stati contraenti gli estratti delle condanne pronunciate nel detto paese per le contravvenzioni contemplate dall'articolo 1».

Alla stregua dell'*Accordo sulla tratta* del 1904, poc'anzi esaminato, anche l'atto in commento non viene ad incidere sull'ordinamento penale degli Stati membri: quasi che, da un lato, si desse per scontata l'adeguatezza delle disposizioni nazionali e, dall'altro, si fosse consci delle profonde differenze esistenti tra queste ultime, dato l'elevato livello di compenetrazione tra diritto e morale che contraddistingue la materia in questione.

Come si vedrà tra breve analizzando la *Convenzione internazionale per la repressione della circolazione e del traffico delle pubblicazioni oscene* del 1923, nondimeno, la necessità di misure di "armonizzazione" tanto del diritto quanto della procedura penale è presto venuta in rilievo, rendendo indispensabile un radicale cambio di paradigma.

1.5 La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli del 30 settembre 1921

Si ricollega all'Accordo del 18 maggio 1904 e alla Convenzione del 4 maggio 1910 la *Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli* del 30 settembre 1921.

Allo scopo di «assicurare in modo più completo la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli», essa *estende l'obbligo di criminalizzazione alla tratta avente ad oggetto «fanciulli dell'uno e dell'altro sesso»*, individuando dunque *ulteriori soggetti passivi* rispetto a quelli indicati dall'art. 1 della Convenzione del 1910: si tratta di una tecnica normativa finora non sperimentata dagli strumenti internazionali a connotazione penalistica.

L'art. 2 della Convenzione del 1921 prevede, per vero, un duplice obbligo in capo agli Stati firmatari, riassunto nell'espressione «prendere le misure che sono necessarie per *scoprire e punire* gli individui che si danno alla tratta dei fanciulli»: come si vede, l'obbligo di penalizzazione della tratta dei fanciulli è funzionale a quello di persecuzione penale e di effettiva punizione di tale condotta, poiché la sussistenza di norme incriminatrici *ad hoc*, corredate di sanzioni proporzionate alla gravità del fatto, è la precondizione perché possa essere assicurata una repressione efficace.

L'art. 3 arretra la soglia della punibilità al *tentativo* e, sia pur «nei limiti legali», agli *atti preparatori* delle *infrazioni* di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione del maggio 1910: anch'esso presenta carattere innovativo, posto che nessuno degli strumenti internazionali fino a quel momento adottati contemplava una *norma estensiva della punibilità* di analogo tenore. Significativa è anche la *clausola di compatibilità* alla quale è subordinato l'obbligo di criminalizzazione degli atti preparatori, parimenti inusuale nel panorama delle fonti internazionali dell'epoca.

Sul fronte procedurale, l'art. 4 obbliga gli Stati a «prendere tutte le misure che sono in loro potere per estradare gli individui imputati delle infrazioni previste negli articoli 1 e 2 della Convenzione del 4 maggio 1910 o condannati per queste infrazioni», ovviamente per il caso in cui non fossero già in vigore tra le parti specifici trattati di estradizione.

Merita un cenno, infine, l'art. 7 della Convenzione, ai sensi del quale «le Alte Parti contraenti convengono, per quanto riguarda i loro uffici di immigrazione e di emigrazione, di prendere le misure amministrative e legislative destinate a combattere la tratta delle donne e dei fanciulli. Esse convengono, in particolare, di emanare i regolamenti necessari per la protezione delle donne e dei fanciulli che viaggiano su navi che trasportano emigranti, non solo alla partenza ed all'arrivo, ma anche nel corso della navigazione e a prendere delle disposizioni per far affiggere, nelle stazioni e nei porti, avvisi

che mettano in guardia le donne e i fanciulli contro i pericoli della tratta ed indichino i luoghi ove essi possono trovare alloggio, aiuto e assistenza».

La norma è dunque volta ad assicurare una qualche forma di tutela per le vittime della tratta, siano esse donne o fanciulli, e con ciò si ricollega agli artt. 3 e 4 dell'Accordo del 1904 sullo stesso tema, che abbiamo esaminato in precedenza.

1.6 La Convenzione internazionale per la repressione della circolazione e del traffico delle pubblicazioni oscene del 12 settembre 1923

Fa seguito al già menzionato Accordo del 1910 la *Convenzione internazionale per la repressione della circolazione e del traffico delle pubblicazioni oscene* conclusa a Ginevra il 12 settembre 1923, la quale – allo scopo di «dare la maggior efficacia possibile alla repressione della circolazione e del traffico delle pubblicazioni oscene», esplicitato nel Preambolo – prevede espressamente *obblighi di criminalizzazione, di perseguimento penale e di effettiva punizione* di un nutrito gruppo di condotte alternative, elencate all'art. 1¹⁶.

Il ricorso a tale tecnica di tipizzazione – che prevede appunto, come oggetto dell'obbligo, non una ma *più condotte* – si mostra innovativo; così come inusuale per l'epoca è la *precisione* con cui tali condotte vengono enunciate, che fa della Convenzione in esame uno strumento particolarmente moderno.

¹⁶Recita la norma che «Le Alte Parti contraenti convengono di prendere tutte le misure per scoprire, perseguire e punire chiunque si renda colpevole di uno degli atti enumerati qui sotto e di conseguenza risolvono che dev'essere punito il fatto:

1. di comporre o di tenere scritti, disegni, incisioni, pitture, stampati, immagini, affissi, emblemi, fotografie, pellicole cinematografiche osceni o altri oggetti osceni, allo scopo di farne commercio o distribuzione, o di esporli pubblicamente;
2. d'importare, di trasportare, di esportare o di far importare, trasportare o esportare, agli scopi di cui sopra, i suddetti scritti, disegni, incisioni, pitture, stampati, immagini, affissi, emblemi, fotografie, pellicole cinematografiche o altri oggetti osceni, o di metterli in qualsiasi modo in circolazione;
3. di farne commercio, anche non pubblico, di compiere qualunque operazione che in qualsiasi modo li concerna, di distribuirli, di esporli pubblicamente o di far mestiere di darli a prestito;
4. di annunziare o di far conoscere con un mezzo qualsiasi, allo scopo di favorire la circolazione o il traffico da reprimere, che una persona è dedita a uno qualsiasi degli atti punibili enumerati qui sopra; di annunziare o di far conoscere come e da chi possano essere procurati, sia direttamente, sia indirettamente, i detti scritti, disegni, incisioni, pitture, stampati, immagini, affissi, emblemi, fotografie, pellicole cinematografiche o altri oggetti osceni».

Rafforza, poi, il carattere vincolante dell'obbligo di penalizzazione sancito dall'art. 1 il successivo art. 4, a norma del quale «le Parti contraenti la cui legislazione non fosse, fin da ora, sufficiente per dare effetto alla presente Convenzione, s'impegnano a prendere o a proporre ai loro rispettivi legislatori i provvedimenti necessari a questo riguardo».

L'art. 2 della Convenzione stabilisce, invece, sul fronte del diritto processuale, che competenti a giudicare delle suddette infrazioni sono *gli organi giurisdizionali del Paese nel quale il reato è stato (anche solo in parte) perpetrato, in alternativa a quelli dello Stato di cui il presunto autore del reato è cittadino*, purché – in questo caso – questi abbia fatto ritorno in Patria. Il principio del *ne bis in idem* è ammesso dal § 2 di detta norma, ma solo secondo le regole proprie di ciascun ordinamento nazionale.

Sul piano della cooperazione di polizia e giudiziaria si inquadrano, infine, gli artt. 5 e 6, i quali prevedono rispettivamente l'obbligo di effettuare perquisizioni «nei luoghi in cui vi sia ragione di credere che si compongano o si trovino, per uno qualsiasi degli scopi specificati all'articolo 1 o in contravvenzione a detto articolo, degli scritti, disegni, incisioni, pitture, stampati, immagini, affissi, emblemi, fotografie, pellicole cinematografiche o altri oggetti osceni» *al fine di provvedere al loro sequestro e quindi alla confisca e alla distruzione dei medesimi*; e l'obbligo di *denunciare i fatti alla Parte contraente nel cui territorio sono stati fabbricati o dal cui territorio sono stati importati gli oggetti dell'infrazione poc'anzi menzionati*, perché essa possa procedere all'adozione delle misure necessarie.

Agli *obblighi di cooperazione di polizia e giudiziaria* si affiancano, dunque, veri e propri *obblighi di persecuzione penale*, in maniera significativamente diversa da quanto accadeva sotto la vigenza del già esaminato *Accordo per la repressione delle pubblicazioni oscene* del 1923.

Non può stupire il fatto che nessun altro strumento internazionale sia in seguito intervenuto a regolamentare la materia: come è stato condivisibilmente rilevato in dottrina, l'interesse alla repressione di questo tipo di condotte è infatti venuto progressivamente meno con il mutamento dei costumi sociali e con il riconoscimento via via più ampio della libertà di espressione¹⁷.

1.7 La Convenzione concernente la schiavitù del 25 ottobre 1926

La *Convenzione concernente la schiavitù* è stata adottata a Ginevra il 25 ottobre 1926 sotto l'impulso della Società delle Nazioni, che aveva in precedenza istituito una Commissione con il compito di verificare, in

¹⁷Cfr. sul punto M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 152.

L'attenzione della comunità internazionale si è invece spostata sul fronte della pornografia infantile, che costituisce il profilo senz'altro più allarmante del traffico di materiali osceni.

particolare, l'effettiva recrudescenza del fenomeno in alcuni territori dell'Africa e di studiare le fattispecie analoghe alla schiavitù.

Il rapporto della Commissione del giugno 1924 evidenziava come molti Paesi conoscessero ancora condizioni di diritto assimilabili alla schiavitù (quali l'acquisto di bambine effettuato simulando una dazione in dote, l'adozione di minori al fine di ridurli in schiavitù o di disporre in maniera estrema della loro persona, la schiavitù per debiti e il lavoro forzato): si riteneva pertanto opportuno adottare una *nozione onnicomprensiva della stessa*, che fosse idonea ad assorbire anche le condizioni di diritto che abbiamo appena menzionato.

Proprio in ragione di ciò, l'art. 1 della Convenzione stabilisce che «la schiavitù è lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi»: si tratta di una nozione estremamente vaga, che lascia all'interprete un significativo margine di discrezionalità; nondimeno, essa costituisce *il primo tentativo di fornire una definizione legale di un elemento normativo della fattispecie* effettuato da uno strumento internazionale a connotazione penalistica, e presenta, dunque, una carica innovativa particolarmente accentuata.

È interessante notare, peraltro, come – a fronte di una definizione di schiavitù dai contorni decisamente vaghi – i redattori della Convenzione abbiano tentato di individuare entro margini più stringenti il concetto di tratta, che viene inteso come comprensivo di «qualunque atto di cattura, di acquisto o di cessione d'un individuo allo scopo di ridurlo in schiavitù; qualunque atto di acquisto di uno schiavo per venderlo o per cambiarlo; qualunque atto di cessione mediante vendita o cambio di uno schiavo acquistato per essere venduto o cambiato, così come, in generale, qualunque atto di commercio o di trasporto di schiavi»¹⁸: una definizione, questa, caratterizzata da un elevato livello di precisione, in maniera del tutto insolita per l'epoca.

La nostra attenzione deve poi appuntarsi sull'art. 2 della Convenzione, ai sensi del quale «le alte parti contraenti s'impegnano, in quanto non abbiano già preso i provvedimenti necessari (...) *a prevenire e a reprimere* la tratta degli schiavi» nonché «*a proseguire la soppressione completa della schiavitù sotto tutte le sue forme*, in modo progressivo ed al più presto possibile»: esso sancisce un *obbligo esplicito di tutela penale* in relazione alla tratta degli schiavi e – ci pare – un *obbligo implicito di tutela penale* per quel

¹⁸Ai sensi dell'art. 1, «Ai fini della presente convenzione rimane convenuto che:

- la schiavitù è lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi;
- la tratta degli schiavi comprende qualunque atto di cattura, di acquisto o di cessione d'un individuo allo scopo di ridurlo in schiavitù; qualunque atto di acquisto di uno schiavo per venderlo o per cambiarlo; qualunque atto di cessione mediante vendita o cambio di uno schiavo acquistato per essere venduto o cambiato, così come, in generale, qualunque atto di commercio o di trasporto di schiavi».

che concerne le condotte di riduzione e mantenimento in schiavitù; obbligo di tutela penale che si declina, come abbiamo accennato nell'introduzione generale alla presente trattazione, in un obbligo di criminalizzazione e in un correlato obbligo di persecuzione penale.

In modo del tutto analogo, poi, l'art. 3 della Convenzione contempla un *obbligo di tutela penale* a fronte dell'imbarco, dello sbarco e del trasporto degli schiavi nelle acque territoriali interne e in generale su tutte le navi battenti bandiera nazionale¹⁹.

Idealmente collegata alle disposizioni appena citate è anche quella di cui all'art. 6, che vincola gli Stati firmatari «la cui legislazione non fosse fin d'ora sufficiente per reprimere le infrazioni alle leggi ed ai regolamenti emanati allo scopo di dare effetto ai fini della presente convenzione» a «prendere i necessari provvedimenti perché queste infrazioni siano punite *con pene severe*»: il ricorso al diritto penale viene dunque concepito in senso funzionalistico, per garantire l'effettiva osservanza delle norme legislative e regolamentari adottate per regolare la materia.

Il raggiungimento degli obiettivi enunciati nel Preambolo – segnatamente, la soppressione completa di ogni forma di schiavitù e di tratta degli schiavi per terra e per mare, e in particolare del traffico degli schiavi in Africa – passa dunque per l'adozione, a livello nazionale, di sanzioni penali, che si confida esplicino un effetto di prevenzione generale (intesa più nella sua dimensione negativa che positiva).

La Convenzione in esame – pare opportuno sottolinearlo – richiede espressamente l'irrogazione di *pene severe*, mentre la *Convenzione per la repressione della tratta delle bianche* del 1910 si limitava a invocare l'applicazione di pene *proporzionate alla gravità del fatto*: si tratta di formulazioni diverse, che nondimeno presentano significati sostanzialmente coincidenti.

Entrambi i riferimenti paiono infatti, in qualche misura, evocare il ricorso a *pene privative della libertà personale*, ma la Convenzione del 1926, al pari di quella del 1910, si astiene dall'indirizzare apertamente ai Parlamenti nazionali una simile richiesta: è totalmente rimessa alla discrezionalità di questi ultimi, dunque, l'individuazione di una pena sufficientemente afflittiva da produrre l'effetto di deterrenza auspicato.

¹⁹Dispone infatti il primo comma dell'art. 3 che «Le alte parti contraenti s'impegnano a prendere tutti i provvedimenti utili a prevenire e reprimere l'imbarco, lo sbarco ed il trasporto degli schiavi nelle loro acque territoriali, come in generale su tutte le navi inalberanti le loro rispettive bandiere».

1.8 La Convenzione internazionale per la lotta contro la falsificazione delle monete del 20 aprile 1929

Presenta notevoli profili di interesse anche la *Convenzione internazionale per la lotta contro la falsificazione delle monete* firmata a Ginevra il 20 aprile 1929²⁰.

L'art. 3 della Convenzione impone agli Stati firmatari di *punire* (e dunque, preliminarmente, di introdurre le fattispecie incriminatrici che consentano di punire adeguatamente) chi «falsifica o altera moneta in modo fraudolento, quali che siano i mezzi impiegati»; «chi fraudolentemente mette in circolazione moneta falsa od alterata»; «chi introduce nel paese, riceve o si procura moneta falsa od alterata, che riconosce come tale, nell'intento di metterla in circolazione»; «chi tenta di commettere queste infrazioni o vi partecipa intenzionalmente»; «chi fraudolentemente fabbrica, riceve o si procura strumenti od altri oggetti destinati per la loro stessa natura alla falsificazione o all'alterazione di monete». La disposizione sancisce, da un lato, un *obbligo di criminalizzazione* delle suddette *condotte alternative* (che copre anche il *tentativo* e il *concorso di persone nel reato*); dall'altro, un *obbligo di persecuzione penale e di effettiva punizione* di coloro che le abbiano compiute, ovviamente nel rispetto delle «prescrizioni generali del diritto penale» (*in primis* quelle che disciplinano l'elemento soggettivo richiesto ai fini dell'integrazione del reato).

Presenta carattere innovativo l'*estensione della punibilità alle condotte concorsuali*, del tutto insolita per l'epoca (la quale diventerà, invece, una vera e propria costante negli atti successivi).

L'art. 2 detta, poi, una nozione di “moneta” ai sensi della Convenzione, comprensiva della carta moneta e della moneta metallica che abbiano corso legale: anche in questo caso siamo dunque di fronte a una definizione legale di un elemento normativo di fattispecie.

Il gruppo delle disposizioni in materia di diritto penale sostanziale annovera, ancora, l'art. 4 (in base al quale «se i fatti previsti dall'articolo 3 sono commessi in differenti paesi essi devono essere considerati come singole infrazioni»); l'art. 5 (che inibisce al legislatore nazionale qualsiasi distinzione tra moneta dello Stato e moneta estera ai fini dell'applicazione delle norme

²⁰Come rileva M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 153, non deve stupire che il processo legislativo internazionale in questo settore si sia arrestato.

Ciò è dovuto una pluralità di fattori: la moderna tecnologia rende anzitutto più difficile la falsificazione e la contraffazione da parte dei privati; il moderno sistema bancario e monetario internazionale ne hanno inoltre limitato i possibili effetti dannosi a livelli assai contenuti; e – soprattutto – si registra in tema di falsificazione e contraffazione un elevato livello di cooperazione sul piano esecutivo. Poiché in questo settore esistono efficaci mezzi di contrasto extrapenali, dunque, l'adozione di strumenti addizionali a connotazione penalistica non è parsa necessaria.

penali di cui all'art. 3); e l'art. 6 (ai sensi del quale «i Paesi che ammettono il principio della *recidiva internazionale* riconoscono, nelle condizioni previste dalle loro rispettive legislazioni, come generatrici di una siffatta recidiva le condanne pronunciate all'estero in conseguenza di uno dei fatti indicati nell'articolo 3»), che presenta carattere innovativo, poiché fino a quel momento gli atti internazionali non si erano mai spinti ad avanzare ai legislatori nazionali una simile richiesta.

Altrettanto corposo è il micro-sistema delle norme procedurali.

Gli artt. 8²¹ e 9²² della Convenzione, anzitutto, sanciscono il principio dell'*aut dedere, aut judicare*, ponendo dunque in capo a ciascuno degli Stati contraenti *l'obbligazione alternativa di perseguire penalmente l'autore dei reati previsti dall'art. 3 dinanzi ai propri tribunali o di estradarlo*. Più nel dettaglio, il suddetto obbligo scatta – qualora il reato sia stato commesso all'estero – *solo per lo Stato nel cui territorio si trovi il presunto autore del medesimo*.

L'art. 10 prevede, poi, che i fatti di cui all'art. 3 debbano essere compresi di diritto nei trattati di estradizione conclusi tra le Parti contraenti (o riconosciuti sin da subito come passibili di estradizione da parte degli Stati che non subordinano l'extradizione all'esistenza di un Trattato o a una condizione di reciprocità).

L'art. 11, ancora, dispone che le monete false, nonché gli strumenti e gli altri oggetti destinati per la loro stessa natura alla falsificazione o all'alterazione di monete debbano essere *sequestrati e confiscati*, e che gli stessi debbano comunque essere *posti fuori uso*.

Sul fronte della *tutela delle vittime della falsificazione – in primis* gli Stati la cui moneta è stata falsificata –, l'art. 7 prevede che «per quanto la costituzione delle parti civili sia ammessa dalla legislazione interna, le parti civili straniere, compresa eventualmente l'Alta Parte contraente la cui moneta è stata falsificata, devono poter esercitare tutti i diritti conferiti agli indigeni dalle leggi del paese dove il caso è giudicato».

²¹ Ai sensi dell'art. 8, «Gli attinenti dei paesi che non ammettono il principio dell'extradizione dei loro propri cittadini, che rientrano in patria dopo essersi resi colpevoli dei fatti indicati nell'articolo 3, devono essere puniti come se il fatto fosse stato commesso nel loro paese di origine, e ciò anche nel caso in cui il colpevole avesse acquistato la sua nazionalità dopo aver commesso l'infrazione.

Questa disposizione non è applicabile qualora, in analoghe circostanze, non si possa accordare l'extradizione di uno straniero».

²² In base all'art. 9, «Gli stranieri che hanno commesso all'estero i fatti previsti dall'articolo 3 e che si trovano in territorio d'un paese la cui legislazione interna ammette, come norma generale, il principio del perseguimento di infrazioni commesse all'estero, devono essere puniti come se il fatto fosse stato commesso nel territorio di questo paese. L'obbligo del perseguimento penale è subordinato alla condizione che sia stata domandata l'extradizione e che il paese richiesto non possa, consegnare l'incolpato per una ragione che non abbia nessun rapporto con il fatto».

Gli artt. 13-16 disciplinano, poi, le procedure di *assistenza giudiziaria*, dettando in particolare norme volte a facilitare lo *scambio di informazioni* tra le autorità dei vari Paesi.

Particolarmente interessante è, infine, l'art. 18, ai sensi del quale la Convenzione «non tocca il principio secondo il quale i fatti previsti dall'articolo 3 devono in ogni paese, senza che mai sia loro assicurata l'impunità, essere *qualificati, perseguiti e giudicati conformemente alle norme generali della sua legislazione interna*»: non importa, dunque, la *qualificazione giuridica* di un determinato fatto di reato; l'importante è che esso venga *assoggettato a una sanzione penale*, e che la stessa si mostri *adeguata a esplicitare l'effetto di prevenzione generale* che ci si attende dall'impiego degli strumenti penalistici.

1.9 La Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggiorenni dell'11 ottobre 1933

Un ulteriore strumento di lotta allo sfruttamento della prostituzione, che si aggiunge a quelli già esaminati nei paragrafi precedenti, è rappresentato dalla *Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggiorenni*, aperta alla firma a Ginevra l'11 ottobre 1933.

L'art. 1 della Convenzione contempla un *duplice obbligo di penalizzazione*, avente ad oggetto da un lato la condotta di chi «allo scopo di favorire l'altrui libidine, arruola, rapisce o svia, anche col suo consenso, una donna o una giovane maggiorenne per trarla alla prostituzione in un altro paese», anche nel caso in cui «i vari atti che sono elementi costitutivi del reato siano stati commessi in diversi paesi» e, dall'altro, il *tentativo* e – nei limiti entro i quali ciò è consentito dalla legge – gli *atti preparatori*: la formulazione della norma ricalca, dunque, quella dell'art. 3 della Convenzione del 1921, che abbiamo già esaminato in precedenza.

I redattori della Convenzione pongono, tuttavia l'accento sulla necessità che tali atti vengano non solo puniti, ma puniti «secondo la loro gravità», come indica plasticamente l'art. 2²³: il criterio della proporzione viene qui ad individuare idealmente, dunque, il minimo edittale.

Nell'ottica di un rafforzamento della cooperazione di polizia, infine, il successivo art. 3 prevede in capo alle competenti autorità di ciascuno Stato firmatario pervasivi *obblighi di informazione*, aventi ad oggetto tra l'altro le *sentenze di condanna* e l'indicazione delle *misure di respingimento al confine o di espulsione* delle quali il reo fosse stato oggetto in precedenza²⁴.

²³A tenore del quale «Le Alte Parti contraenti la cui legislazione attualmente non basti per reprimere i reati previsti nell'articolo precedente, si impegnano a prendere i provvedimenti necessari, affinché questi reati siano puniti secondo la loro gravità».

²⁴Ai sensi dell'art. 3, più nel dettaglio, «Per ogni individuo dell'uno o dell'altro sesso che abbia commesso o tentato di commettere uno dei reati previsti nella presente Convenzione

Accanto a tali obblighi di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, nondimeno, si possono ricavare dalla Convenzione – e segnatamente dal suo art. 2, poc'anzi menzionato – anche *obblighi impliciti di persecuzione penale e di effettiva punizione*.

1.10 La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 9 dicembre 1948

Il primo strumento di diritto internazionale pattizio adottato nell'ambito della neo-istituita Organizzazione delle Nazioni Unite è la *Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio*, adottata dall'Assemblea Generale con la Risoluzione n. 260 (III) A del 9 dicembre 1948²⁵.

Al pari delle quattro Convenzioni di Ginevra, adottate su impulso del Comitato internazionale della Croce Rossa l'anno successivo (che saranno oggetto di dettagliata analisi nel prossimo capitolo), essa contempla *obblighi di tutela penale a fronte di violazioni massive dei diritti fondamentali*; a differenza di queste ultime, invece, essa *non rinviene alcun precedente*: la prima formulazione del crimine di genocidio (fino ad allora considerato una sottocategoria dei crimini contro l'umanità)²⁶ si deve infatti, sul piano inter-

o nelle Convenzioni del 19107 e 19218 concernenti la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli, le Alte Parti contraenti si impegnano, allorché i fatti che costituiscono gli elementi del reato sono stati o dovevano essere attuati in diversi paesi, a comunicarsi le informazioni seguenti (o informazioni analoghe consentite dalle leggi o dai regolamenti interni);

- a. le sentenze di condanna con tutte le altre informazioni utili che potessero essere ottenute sul delinquente, per esempio, i dati dello stato civile, i connotati, le impronte digitali, la fotografia, il casellario giudiziario, le indicazioni sul modo di agire, ecc.;
- b. l'indicazione delle misure di respingimento al confine o di espulsione di cui fosse stato oggetto.

Questi documenti e informazioni saranno mandati direttamente e senza indugio alle autorità dei paesi interessati, per ciascun caso particolare, dalle autorità designate conformemente all'articolo 1 dell'Accordo concluso a Parigi il 18 maggio 1904. Quest'invio avrà luogo, per quanto possibile, in tutti i casi di accertamento di reato, di condanna, di respingimento al confine o di espulsione».

²⁵Cfr. per tutti, sul tema, G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 254 ss.; W. A. SCHABAS, *Article 6 – Genocide*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observer's notes, article by article*, Baden-Baden, 1999; e, nella dottrina italiana, M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Padova, 2011, pp. 116 ss.; E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in G. CARLIZZI – G. DELLA MORTE – S. LAURENTI – A. MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, 2003, pp. 61 ss.; E. MEZZETTI, *I crimini di genocidio*, in G. LATTANZI – V. MONETTI (coordinato da), *La Corte penale internazionale*, Milano, 2006, pp. 559 ss.

²⁶Cfr. ancora M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, cit., p. 117.

nazionale, proprio al suo art. 2, perché né lo Statuto del Tribunale militare di Norimberga né quello del Tribunale internazionale di Tokio menzionavano «l'orrore dell'eliminazione fisico-biologica scientificamente pianificata e lucidamente attuata dal regime nazista di ebrei, zingari e altri gruppi specifici», ancorché il termine fosse stato coniato proprio in questi termini, già nel corso della seconda guerra mondiale, dal giurista polacco Raphael Lemkin²⁷.

La Convenzione del 1948 rappresenta dunque non solo il primo, ma anche *l'unico strumento specifico* in tema di genocidio, sebbene lo Statuto del Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, lo Statuto del Tribunale penale internazionale per il Rwanda e lo Statuto della Corte penale internazionale contemplino disposizioni *ad hoc* (dal contenuto sostanzialmente coincidente).

Come noto, la Convenzione è stata adottata essenzialmente in reazione al genocidio perpetrato dal regime nazista in danno del popolo ebraico²⁸; considerato, tuttavia, che dalla seconda guerra mondiale in poi si sono verificati numerosi altri genocidi²⁹, alcuni dei quali di proporzioni spaventose, ci si sarebbe potuti attendere l'adozione di nuovi strumenti internazionali che consentissero, in particolare, di colmare le lacune normative della stessa³⁰.

Venendo dunque all'esame dell'articolato, è estremamente interessante, anzitutto, la *definizione dettagliata di genocidio* fornita dall'art. 2, il quale stabilisce che «per *genocidio* si intende *ciascuno degli atti seguenti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso* come tale:

- a) uccisione di membri del gruppo;
- b) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo;
- c) il fatto di sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale;

²⁷R. LEMKIN, *Axis rule in occupied Europe. Law of occupation, analysis of government, proposal for redress*, Washington, 1944, pp. 79 ss.

²⁸Cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 253.

²⁹Cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 252 ss.

³⁰Tra le quali spiccano la mancata inclusione dei gruppi politici tra quelli protetti dalla Convenzione (che menziona i soli gruppi etnici, religiosi e nazionali), la notevole difficoltà insita nella prova del dolo specifico così come concepito dalla norma e il fatto che la nazionalità non dovrebbe essere intesa come totalità del gruppo in senso assoluto, ma in un senso relativo contingente. Cfr. sul punto M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 111.

Secondo questo stesso Autore, una delle ragioni per cui l'adozione di nuovi strumenti *ad hoc* non è avvenuta è, probabilmente, il fatto che la Convenzione del 1948 non ha provveduto a creare una struttura burocratica di carattere permanente, che si sarebbe certamente fatto interprete della necessità di ulteriori sviluppi normativi; ma non si può trascurare neppure la mancanza di volontà politica degli Stati firmatari di accettare un testo più ampio di quello della Convenzione del 1948 (come dimostrano le recenti negoziazioni per l'adozione dello Statuto della Corte penale internazionale, nel quale non a caso è stata recepita una definizione analoga).

- d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo;
- e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro».

Si tratta di una tecnica normativa fino a questo momento non sperimentata in maniera così significativa dagli strumenti internazionali a connotazione penalistica, che – al di là delle lacune contenutistiche da più parti sottolineate in dottrina, specie in riferimento alla mancata inclusione dei gruppi politici – ha l'indubbio merito di innalzare significativamente il grado di precisione della disposizione e di gettare luce sull'oggetto della richiesta di penalizzazione avanzata dalle norme seguenti.

L'art. 3³¹ pone, infatti, un *obbligo di incriminazione a largo spettro*, che copre – accanto al *genocidio*, definito dal citato art. 2 – il *tentativo* e la *complicità* nel genocidio, come pure l'*intesa* e l'*incitamento diretto e pubblico* a commettere genocidio: è quest'ultima disposizione a segnalarsi come particolarmente innovativa nel panorama internazionale, posto che, fino a questo momento, nessun atto internazionale si era spinto ad arretrare a tal punto la soglia del penalmente rilevante (anche se, come abbiamo visto, taluni strumenti avevano già dettato obblighi di incriminazione degli atti preparatori, accompagnandoli però con un clausola di compatibilità).

Il successivo art. 5³², ancora, prevede con chiarezza ancora maggiore che «Le Parti contraenti *si impegnano* ad emanare, in conformità alle loro rispettive Costituzioni, le leggi necessarie per dare attuazione alle disposizioni della presente Convenzione, e in particolare a prevedere *sanzioni penali efficaci* per le persone colpevoli di genocidio o di uno degli altri atti elencati nell'articolo 3». Ancora una volta, l'accento cade sull'*effettività* della sanzione penale: il ricorso alla pena non può e non dev'essere puramente nominalistico, pena la sua sostanziale inutilità.

L'idea di fondo che permea la Convenzione è dunque quella secondo cui l'utilizzo degli strumenti penalistici è in grado di garantire un più alto

³¹Così recita l'art. 3: «Saranno puniti i seguenti atti:

- a) il genocidio;
- b) l'intesa mirante a commettere genocidio;
- c) l'incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio;
- d) il tentativo di genocidio;
- e) la complicità nel genocidio».

Il successivo art. 4 precisa, inoltre, che: «Le persone che commettono il genocidio o uno degli atti elencati nell'articolo III saranno punite, sia che rivestano la qualità di governanti costituzionalmente responsabili o che siano funzionari pubblici o individui privati».

³²Ai sensi dell'art. 5, «Le Parti contraenti si impegnano ad emanare, in conformità alle loro rispettive Costituzioni, le leggi necessarie per dare attuazione alle disposizioni della presente Convenzione, e in particolare a prevedere sanzioni penali efficaci per le persone colpevoli di genocidio o di uno degli altri atti elencati nell'articolo III».

livello di osservanza del diritto internazionale³³: se le influenze delle teorie retributive sono tutt'altro che assenti, la funzione primariamente attribuita alla pena rimane comunque quella di prevenzione generale³⁴.

Quanto agli obblighi di persecuzione penale, ai sensi dell'art. 6 «le persone accusate di genocidio o di uno degli altri atti elencati nell'articolo 3 saranno processate dai *tribunali competenti dello Stato nel cui territorio l'atto sia stato commesso*, o dal *tribunale penale internazionale competente* rispetto a quelle Parti contraenti che ne abbiano riconosciuto la giurisdizione».

La norma non ascrive dunque il genocidio tra i crimini internazionali per i quali è prevista la giurisdizione universale: essa sancisce, all'opposto, il *principio di territorialità*, in base al quale gli Stati contraenti sono tenuti a sottoporre a processo le persone accusate di tale crimine *soltanto nel caso il crimine sia stato commesso sul loro territorio*³⁵. Né vi è traccia dell'obbligo di *ricercare* gli autori per assicurarli alla giustizia o estradarli; obbligo che figura invece – come vedremo – agli artt. 49, 50, 129 e 146 delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che analizzeremo nel secondo capitolo.

Nell'ambito dei dibattiti che accompagnarono la stesura del testo definitivo della Convenzione, in effetti, molti Stati si opposero fermamente alla possibilità di ammettere la *giurisdizione universale* per il crimine di genocidio, ritenendo, a torto o a ragione, che ciò avrebbe costituito un pretesto per generare nuovi conflitti³⁶.

I sostenitori della tesi contraria ottennero allora «come inadeguata contropartita, sia da un punto di vista formale, che da un punto di vista sostanziale»³⁷ la suddetta previsione, che – come è stato rilevato in dottrina – si mostra, tuttavia, inadeguata allo scopo: il criterio del *locus commissi delicti* è infatti inefficace, perché sono proprio le autorità locali (o soggetti che operano

³³La maggior parte degli Stati della comunità internazionale si è effettivamente dotata di norme idonee a reprimere e a punire le condotte genocidiarie, in adempimento dell'obbligo di criminalizzazione sancito dal combinato disposto degli artt. 2 e 5 della Convenzione. Nel caso dell'Italia, ciò è avvenuto addirittura con legge costituzionale, la n. 962 del 9 ottobre 1967, che per molti versi è andata oltre il dettato della Convenzione (ad esempio, nella parte in cui ha sancito la punibilità della condotta di deportazione a fine di genocidio, non univocamente riconducibile all'art. 2 della Convenzione ONU).

³⁴Alla prova dei fatti, l'effetto di deterrenza e convalida normativa che ci si attendeva non è stato raggiunto: ha senz'altro avuto un peso notevole, in tal senso, il mancato accoglimento del principio della giurisdizione universale, nella forma della *mandatory universal jurisdiction*. C'è da attendersi, tuttavia, che i risultati più di recente ottenuti dai tribunali penali internazionali – i quali hanno assicurato alla giustizia alcuni tra i più efferati autori di condotte genocidiarie – possano in qualche misura mutare gli esiti di questo bilancio. Cfr. sul punto ancora M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, cit., p. 118.

³⁵Cfr. sul punto N. S. RODLEY, *Impunity and human rights*, in M. C. BASSIOUNI – C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*, Bordeaux, 1998, p. 75.

³⁶Y. SHY KRAYTMAN, *Universal Jurisdiction – Historical roots and modern implication*, in *Journal of International Studies*, vol. II, 2005, pp. 94 ss, e in particolare p. 113.

³⁷Così, M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, cit., p. 119.

con il loro *placet*) a commettere in genere atti di genocidio, sicché risulta incomprensibile affidare la giustizia «nelle mani di magistrati che potrebbero essere a dir poco riluttanti a perseguire tali crimini»³⁸.

1.11 La Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui del 2 dicembre 1949

Tra gli strumenti adottati nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel secondo dopoguerra va senz'altro analizzata anche la *Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui* adottata a Lake Success – New York il 2 dicembre 1949.

La Convenzione si inserisce nel solco della lunga serie di accordi internazionali aventi ad oggetto la repressione della tratta delle donne e dei bambini che abbiamo poc'anzi esaminato³⁹, ed intende unificarli in un solo testo normativo.

Essa muove dalla considerazione – espressa nel primo considerando del Preambolo – che «la prostituzione e il male che l'accompagna, vale a dire la tratta degli esseri umani ai fini della prostituzione, sono incompatibili con la dignità ed il valore della persona umana e mettono in pericolo il benessere dell'individuo, della famiglia e della comunità»: di qui la necessità di combattere tali fenomeni anche e soprattutto attraverso l'imposizione, in capo agli Stati firmatari, di veri e propri *obblighi di tutela penale*.

L'art. 1 della Convenzione richiede che siano punite le condotte di qualsiasi persona che, per soddisfare le passioni altrui «procura, adesca o rapisce al fine di avviare alla prostituzione un'altra persona anche se consenziente» oppure «sfrutta la prostituzione di un'altra persona anche se consenziente». Ai sensi dell'art. 2, invece, devono essere assoggettate a pena le condotte di chi «mantenga, diriga o amministri o contribuisca a finanziare una casa

³⁸Così A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna, 2005, p. 123.

³⁹Si tratta dei seguenti strumenti di diritto internazionale pattizio:

- l'Accordo internazionale del 18 maggio 1904 per la repressione del traffico delle bianche, emendato dal Protocollo approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 3 dicembre 1948;
- la Convenzione internazionale del 4 maggio 1910 relativa alla repressione del traffico delle bianche, emendata dal citato Protocollo;
- la Convenzione internazionale del 30 settembre 1921 per la repressione del traffico di donne e bambini, emendata dal Protocollo approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 ottobre 1947;
- la Convenzione internazionale dell'11 ottobre 1933 per la repressione del traffico delle donne adulte, emendata dal citato Protocollo.

chiusa» e di chi semplicemente «conceda o prenda in affitto, in tutto o in parte, un immobile o un altro luogo ai fini della prostituzione altrui».

L'obbligo di criminalizzazione ha ad oggetto, dunque, *pressoché tutte le ipotesi di sfruttamento della prostituzione*, e si estende anche alle forme di manifestazione del reato: i successivi artt. 3 e 4 impongono infatti, sia pur soltanto nella misura in cui la legislazione nazionale lo permette, che vengano attratti nell'area della punibilità «il tentativo e gli atti preparatori commessi in vista della commissione dei reati previsti dagli artt. 1 e 2» e così pure «la partecipazione intenzionale agli atti previsti agli artt. 1 e 2 sopradescritti»⁴⁰.

La forza cogente dei suddetti obblighi di penalizzazione è in qualche modo ribadita dall'art. 27, ai sensi del quale «ogni Parte alla presente Convenzione si impegna a prendere, in conformità alla sua Costituzione, le *misure legislative* o di altro tipo necessarie per garantire l'applicazione della Convenzione», tra le quali ovviamente figurano quelle di carattere penale.

Quel che si evidenzia rispetto agli strumenti adottati in precedenza in relazione alla stessa materia è, in definitiva, una *significativa estensione dell'area del penalmente rilevante*: la richiesta di penalizzazione intercetta molte più condotte rispetto a quelle oggetto degli *input* di penalizzazione contenuti negli atti adottati in epoca anteriore.

La Convenzione contempla, altresì, un nutrito gruppo di norme in materia di cooperazione giudiziaria, *lato sensu* intesa.

L'art. 7 prevede, ad esempio, che «tutte le precedenti condanne pronunciate in Stati stranieri per uno dei reati previsti nella presente Convenzione» possano essere riconosciuti «nella misura in cui lo permetta la legislazione nazionale, prese in considerazione per stabilire la *recidività*» o – come innovativamente dispone la seconda parte della norma – «per pronunciare la *sospensione della persona condannata dall'esercizio dei diritti civili*».

Il successivo art. 8 impone, poi, agli Stati che richiedono l'esistenza di un trattato ai fini dell'extradizione di considerare i reati di cui agli artt. 1 e 2 come passibili di estradizione in ogni trattato di estradizione concluso con altri Stati firmatari, e a quelli che non la richiedono di riconoscerli fin da subito come casi di estradizione (secondo un modello già ampiamente sperimentato in altri atti internazionali).

E ancora, l'art. 9 vincola gli Stati che non prevedono l'extradizione a «*perseguire e punire*» i loro cittadini che abbiano commesso all'estero uno dei reati di cui agli artt. 1 e 2, una volta che questi abbiano fatto ritorno sul loro territorio: la norma enuncia, dunque, la regola dell'*aut dedere, aut judicare*, informandola al principio di *cittadinanza* (e non di territorialità, a differenza della Convenzione sul genocidio del 1948)⁴¹.

⁴⁰Stabilisce inoltre l'art. 4 § 2 che «Nella misura in cui lo permette la legislazione nazionale, gli *atti di partecipazione* saranno considerati come *reati distinti* in tutti i casi in cui ciò sia necessario per impedire l'impunità».

⁴¹Quanto all'oggetto dell'obbligo principale, il testo degli artt. 9 e 10 della Convenzione sembrerebbe suggerire che priorità vada data all'extradizione dell'autore del reato verso

Tale disposizione non opera tuttavia – ai sensi dell’art. 10 – «quando l’accusato è stato giudicato in uno Stato straniero e, in caso di condanna, ha scontato la pena o è stato rilasciato o ha usufruito di una riduzione di pena in conformità alle leggi di quel Paese straniero».

La garanzia del *ne bis in idem* (dai contorni, peraltro, piuttosto ampi) sembra tuttavia valida solo con riferimento all’obbligo di persecuzione penale che incombe sugli Stati che non concedono l’extradizione dei loro cittadini, dal momento che, in base all’art. 12, la Convenzione «lascia impregiudicato il principio per cui i reati a cui si riferisce devono essere in ciascuno Stato *definiti, perseguiti e puniti in conformità con la legislazione nazionale*»: ciò che sembrerebbe autorizzare una *doppia incriminazione in due Stati diversi*, ad esempio nel caso, tutt’altro che scolastico, in cui la tratta di persone ai fini dello sfruttamento della prostituzione abbia carattere transfrontaliero.

Chiude idealmente la sezione l’art. 13, ai sensi del quale «le Parti della presente Convenzione sono tenute ad eseguire le commissioni rogatorie relative ai reati previsti dalla Convenzione in conformità con la legislazione e prassi nazionale in materia».

Presenta particolari profili di interesse l’art. 14, il quale prefigura l’istituzione di un *pionieristico sistema di catalizzazione e coordinamento dei risultati delle indagini in materia*, affidato a servizi incaricati del compito di «riunire tutte le informazioni che potrebbero aiutare a prevenire e a reprimere i reati descritti dalla presente Convenzione».

Altrettanto avanguardistica l’attenzione riservata alle vittime dei reati di cui agli artt. 1 e 2 e, più in generale, alle vittime della prostituzione: l’art. 5 – quasi in ossequio ad un “principio di assimilazione *ante litteram*” – impone agli Stati membri la cui legislazione nazionale «autorizzi le persone lese nei loro diritti a *costituirsì parte civile* nei procedimenti in merito ai reati previsti dalla presente Convenzione» di prevedere una simile possibilità anche per gli stranieri, alle medesime condizioni dei cittadini; mentre l’art. 16 sollecita le Parti contraenti ad adottare e promuovere «attraverso i loro servizi sociali, economici, educativi, sanitari e altri, che siano essi pubblici o privati, *misure idonee a prevenire la prostituzione e ad assicurare la riabilitazione ed il reinserimento sociale delle vittime della prostituzione e dei reati previsti dalla presente Convenzione*».

Ciò fa tornare alla mente gli atti dei primi decenni del Novecento che abbiamo poc’anzi esaminato, che in qualche misura “si preoccupavano” delle vittime dei reati: cambiano totalmente, tuttavia, le misure adottate in favore di queste ultime, poiché la Convenzione del 1949 da un lato *ritaglia loro un ruolo all’interno del processo penale*, dall’altro *si cura del loro reinserimento all’interno della società*. Si tratta di due vettori che sempre più caratterizze-

il Paese nel quale quest’ultimo è stato commesso, affinché il sospetto responsabile sia sottoposto a giudizio dalle autorità del *locus commissi delicti*. Solo in seconda battuta opererebbe l’obbligo di perseguire e punire il presunto autore dinanzi alle magistrature del Paese del quale ha la cittadinanza.

ranno, come vedremo, gli strumenti internazionali, sia nell'ambito del diritto internazionale sia nell'ambito del diritto delle istituzioni europee.

1.12 La Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 7 settembre 1956

Idealmente collegata alla *Convenzione di Ginevra del 1926, più sopra analizzata*, è la *Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù* adottata il 7 settembre del 1956.

Si tratta – come si legge nel Preambolo – di un «accordo addizionale destinato ad accrescere gli sforzi nazionali, oltre che internazionali, per abolire la schiavitù, la tratta degli schiavi e le istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù»; accordo che dunque si aggiunge, senza sostituirla, alla Convenzione del 1926.

Le ragioni di questo sviluppo normativo vanno ricercate nell'acquisita consapevolezza, da parte degli stati firmatari, che le definizioni ampie ma vaghe della Convenzione del 1926 non avevano consentito di contrastare efficacemente le forme larvate di schiavitù che già erano state rilevate come ancora operanti dalla Commissione istituita dalla Società delle Nazioni al fine dell'adozione della Convenzione del 1926.

Il confronto tra i due strumenti normativi dà la misura dell'evoluzione che la categoria degli obblighi di tutela penale ha conosciuto nell'arco di trent'anni (dal 1926 al 1956, appunto).

Gli obblighi di penalizzazione, anzitutto, appaiono assai più incisivi: l'art. 3 § 1 della Convenzione attrae nell'ambito della rilevanza penale «il trasporto o il tentativo di trasporto di schiavi da un paese a un altro, con qualunque mezzo, o la complicità in tali atti» e richiede che le persone riconosciute colpevoli di tali infrazioni siano sottoposte a pene «molto rigorose»; mentre gli artt. 5 e 6 si curano di estendere l'obbligo di criminalizzazione delle cd. *pratiche analoghe alla schiavitù*, definite con un elevatissimo grado di dettaglio⁴².

⁴²Dispone infatti l'art. 5 della Convenzione che «In un paese dove la schiavitù o le istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù non siano ancora completamente abolite o abbandonate, la mutilazione, la stigmatizzazione o altra marchiatura di persona schiava o in condizione servile, inflittale per indicarne la condizione, infliggerle un castigo e per qualsiasi altro motivo, oppure la complicità in tali atti, costituirà un'infrazione penale della legge dello Stato Parte e le persone riconosciute colpevoli saranno punite».

Ai sensi dell'art. 6, invece, «1. La riduzione in schiavitù o l'istigazione d'una persona ad alienare la propria libertà, o quella di persona a lei subordinata, affinché si faccia schiava, costituisce un reato ai sensi della legge degli Stati Parti alla presente Convenzione

L'art. 3 § 3 prefigura, poi, un embrionale quanto innovativo *sistema di coordinamento delle iniziative adottate in quest'ambito dai vari Stati membri*, nonché di *raccolta e smistamento delle informazioni* sui casi di tratta (anche nella forma tentata) di cui gli stessi abbiano conoscenza.

Da un lato, dunque, la conformazione del precetto da parte del legislatore nazionale viene ad essere sempre più condizionata dalle norme sovranazionali in materia, che sul fronte sanzionatorio reclamano peraltro l'introduzione di pene non più soltanto «severe» – come faceva la Convenzione del 1926 – ma «molto rigorose»; dall'altro, sembra farsi prepotentemente strada l'idea che, stante il carattere transfrontaliero delle condotte oggetto della repressione penale, gli obblighi di penalizzazione debbano essere accompagnati da *meccanismi diversi da quelli fino ad allora sperimentati*, che realmente favoriscano la *cooperazione giudiziaria e di polizia* tra le competenti autorità degli Stati membri.

1.13 La Convenzione delle Nazioni Unite sull'alto mare del 19 aprile 1958

La *Convenzione internazionale sull'alto mare*, adottata a Ginevra il 19 aprile del 1958, costituisce senz'altro uno degli strumenti più interessanti tra quelli analizzati nel presente capitolo.

Per rendersene conto basti pensare che le frequenti incursioni dei pirati nei mari (ma anche nelle insenature, nei porti e nei fiumi), con gli effetti devastanti per la sicurezza e per l'economia delle Nazioni che da essi conseguivano, avevano determinato fin dal Seicento «la nascita di una sorta di giurisdizione penale universale *ad hoc* per la pirateria»⁴³: la concreta difficoltà di catturare i pirati e di sottoporli a processo e, al tempo stesso, l'esigenza di evitare frequenti conflitti di giurisdizione avevano, infatti, in qualche misura *imposto* agli Stati di cooperare per reprimere gli assalti predatori dei pirati⁴⁴, considerati indistintamente come «nemici dell'umanità e criminali al di fuori di ogni diritto» (con la conseguenza paradossale di farli assurgere a soggetti di diritto internazionale, ben prima che fosse concepita la soggettività internazionale dell'individuo)⁴⁵.

e le persone riconosciute colpevoli saranno suscettibili di pena; ciò vale anche per la partecipazione a un'intesa a tale scopo, il tentativo e la complicità.

2. Ferme restando le disposizioni di cui al capoverso introduttivo dell'articolo 1, le disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo s'applicheranno anche all'istigazione d'una persona a mettersi, o a mettere una persona a lei subordinata, in condizione servile risultante da un'istituzione o pratica menzionata nell'art. 1; ciò vale anche per la partecipazione a una intesa a tale scopo, per il tentativo e la complicità».

⁴³Così M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, cit., 2011, p. 100.

⁴⁴Cfr. ancora M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, cit., p. 100, e M. C. BASSIOUNI, *International criminal law conventions*, cit., p. 777.

⁴⁵Tale conseguenza sarebbe, invece, inconcepibile secondo parte della dottrina interna-

Di qui l'affermazione, *in via consuetudinaria*, di un *obbligo di persecuzione penale* di tali atti; *un obbligo del tutto svincolato* – si badi – *da quello di penalizzazione degli stessi*, che non avrebbe in effetti avuto ragion d'essere, dato che la maggior parte degli Stati *già disponeva di una legislazione penale in materia*.

La Convenzione di Ginevra sull'alto mare rappresenta, appunto, *il primo riconoscimento di tale principio a livello di diritto internazionale pattizio*: il suo art. 14 dispone, infatti, che «ogni Stato deve cooperare, nei limiti del possibile, alla repressione della pirateria sia in alto mare sia in altri posti privi di giurisdizione»; mentre il successivo art. 19 sancisce il principio secondo cui «ogni Stato può operare *in alto mare o in altro luogo non soggetto a giurisdizione*, la cattura d'una nave o d'un aeromobile pirati oppure predati ed in potere dei pirati, e arrestare le persone e sequestrare i beni a bordo», precisando che in tal caso «i tribunali dello Stato che ha operato la cattura *possono pronunciarsi sulle pene da infliggere e sui provvedimenti circa le navi, gli aeromobili o i beni*, restando riservati i diritti di terze persone in buona fede».

Convieni soffermarsi brevemente sul combinato disposto delle due norme: la prima enuncia, al tempo stesso, *un obbligo di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria*, mentre la seconda – lungi dal dettare un corrispondente obbligo di criminalizzazione – in buona sostanza *assume* che l'ordinamento penale dello Stato che ha operato la cattura *già contempra la fattispecie di pirateria*.

Ciò è ancor più significativo se sol si considera che la Convenzione contempla, a ben vedere, almeno due obblighi di penalizzazione formulati *expressis verbis*: quello di cui all'art. 27, che ha ad oggetto la rottura o il danneggiamento di cavi sottomarini; e quello dell'art. 11 – che si inserisce nell'alveo dei numerosi strumenti internazionali in tema di lotta contro la schiavitù che abbiamo in precedenza esaminato – il quale stabilisce invece, in maniera alquanto significativa, che «ciascuno Stato deve adottare tutti i provvedimenti per impedire e punire il trasporto di schiavi su navi della propria bandiera, e di impedire l'usurpazione di essa a tal fine» (precisando, peraltro, che «lo schiavo che si rifugia su una nave, indipendentemente dalla bandiera, è libero *ipso facto*»).

Solo l'art. 15 – il quale detta, secondo uno schema all'epoca già consolidato,

zionalpenalistica. Cfr. ancora M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, cit., p. 101, e l'ulteriore bibliografia ivi citata.

una definizione di “pirateria”⁴⁶ – potrebbe forse essere letto, allora, come fonte di un obbligo (seppur indiretto) di criminalizzare tale condotta (il quale non è, invece, ricavabile dai citati artt. 14 e 19): *laddove le norme incriminatrici già esistenti a livello interno non coprissero tutte le condotte qualificate dalla Convenzione come atti di pirateria*, infatti, lo Stato interessato *sarebbe tenuto a intervenire per emendare la propria legislazione in materia, e dunque ad incriminare gli atti che fino ad allora sfuggivano all’area della repressione penale*.

Sul fronte del diritto processuale, invece, va dato atto dell’orientamento dominante in dottrina secondo cui la persecuzione della pirateria in mare aperto sarebbe «la più risalente e riconosciuta forma di applicazione della giurisdizione penale universale»: secondo questa ricostruzione, gli assalti dei pirati avrebbero costituito nei secoli «una vera e propria emergenza», di entità tale da reclamare «un intervento punitivo dello Stato ovunque e da chiunque fossero stati commessi»⁴⁷.

Il citato art. 19 della Convenzione di Ginevra sembra, in effetti, suffragare questa impostazione: esso contempla infatti un’ipotesi di *permissive universal jurisdiction*, autorizzando gli Stati ad arrestare i pirati (e a sottoporre a sequestro le loro imbarcazioni) al fine di instaurare un procedimento penale che accerti i fatti e le responsabilità individuali.

⁴⁶Recita l’art. 15 che «sono considerati pirateria gli atti seguenti:

1. Ogni atto di violenza illegittimo di detenzione e ogni predeonera commessi dall’equipaggio o dai passeggeri d’una nave o d’un aeromobile privati, a scopo personale, e a danno:
 - a. in alto mare, di un’altra nave, altro aeromobile, o di persone o beni a bordo di questi;
 - b. in luoghi non sottoposti alla giurisdizione di uno Stato, d’una nave, o di un aeromobile, o di persone o beni.
2. La partecipazione volontaria all’impiego d’una nave o d’un aeromobile, svolta con piena conoscenza dei fatti che conferiscono a detta nave o detto aeromobile l’attributo di pirata.
3. L’istigazione a commettere gli atti definiti ai numeri 1 e 2 come anche la facilitazione intenzionale degli stessi».

Il successivo art. 16 dispone, inoltre, che «gli atti di pirateria, di cui all’articolo 15, commessi da una nave da guerra o da nave o aeromobile statali, in balia dell’equipaggio ammutinato, sono equiparati a quelli commessi dalle navi pirata».

⁴⁷Così M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, cit., pp. 100 ss. L’Autrice, per vero, pur dando atto dell’opinione prevalente che abbiamo riportato, afferma di non condividerla totalmente e richiama, in particolare, gli studi di E. KONTOROVICH, *A positive theory of universal jurisdiction*, in *Notre Dame Law Review*, vol. LXXX, 2004, pp. 4 ss.

1.14 La Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965

Obblighi di incriminazione a largo spettro figurano nella *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, adottata, sempre in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite, il 21 dicembre 1965.

L'art. 4 § 1 lett. a) della suddetta Convenzione impone infatti agli Stati membri di «dichiarare crimini punibili dalla legge *ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale nonché ogni atto di violenza od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, così come ogni aiuto portato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento*»; mentre la lettera b) dello stesso articolo estende l'oggetto dell'obbligo di penalizzazione alla *partecipazione ad organizzazioni o ad attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che la incoraggino*⁴⁸.

Si tratta dell'obbligo di criminalizzazione *che più anticipa la soglia della punibilità* tra quelli dei quali ci siamo finora occupati, venendo a configurare un nutrito gruppo di reati d'opinione. Non a caso, *l'art. 4 è stato oggetto di dichiarazioni, riserve o riserve interpretative da parte di numerosi Stati firmatari* (tra i quali figura l'Italia), poiché l'incriminazione delle condotte in esso descritte contrasterebbe con la libertà di opinione e di espressione

⁴⁸Pare opportuno riportare il testo dell'intero art. 4:

«Gli Stati contraenti condannano ogni propaganda ed organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio, tenendo conto, a tale scopo, dei principi formulati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dei diritti chiaramente enunciati nell'art. 5 della presente Convenzione, ed in particolare:

- a) a dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, così come ogni aiuto portato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento;
- b) a dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività;
- c) a non permettere né alle pubbliche autorità, né alle pubbliche istituzioni, nazionali o locali, l'incitamento o l'incoraggiamento alla discriminazione razziale.

riconosciute dai testi costituzionali, dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 e da numerosi altri strumenti di diritto internazionale pattizio a carattere regionale come la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* e la *Convenzione americana dei diritti umani*.

Accanto agli obblighi di criminalizzazione espressi ora menzionati, inoltre, la Convenzione in esame pare contemplarne altri *impliciti*, posto che, ai sensi dell'art. 2, «gli Stati contraenti condannano la discriminazione razziale e si impegnano a continuare, con tutti i mezzi adeguati e senza indugio, una politica tendente ad eliminare ogni forma di discriminazione razziale ed a favorire l'intesa tra tutte le razze», e che la lettera e) di tale articolo richiede che ciascuno Stato membro, se le circostanze fattuali lo richiedono, debba «vietare e por fine con tutti i mezzi più opportuni, provvedimenti legislativi compresi, alla discriminazione praticata da singoli individui, gruppi od organizzazioni»: laddove solo misure di carattere penale consentano di raggiungere tali obiettivi, dunque, gli Stati membri dovranno verosimilmente farvi ricorso⁴⁹.

A dispetto di tutto ciò, è interessante notare come – a differenza degli altri strumenti di diritto internazionale pattizio sinora analizzati – il ruolo che la Convenzione in esame ritaglia al diritto penale sia, in effetti, *piuttosto marginale*: gli Stati membri sono infatti tenuti ad adottare, accanto a quelle di carattere penale, *misure immediate ed efficaci nei campi dell'insegnamento, dell'educazione, della cultura e dell'informazione* «per lottare contro i pregiudizi che portano alla discriminazione razziale e a favorire la comprensione, la tolleranza e l'amicizia tra le nazioni ed i gruppi razziali ed etnici».

L'attivazione dei meccanismi della giustizia penale appare dunque *funzionale a garantire l'efficacia delle misure di carattere extrapenali* alle quali viene in prima battuta affidata la lotta contro la discriminazione razziale nelle sue molteplici manifestazioni.

Accanto alla funzione di deterrenza, pare assumere qui particolare rilievo anche quella di *orientamento culturale* esplicita dalle sanzioni penalistiche: l'obiettivo “pedagogico” che sta alla base delle norme della Convenzione potrà, naturalmente, essere raggiunto in misura più ampia attraverso l'attuazione di interventi che mirano più alla prevenzione che alla repressione della discriminazione razziale; ma solo la sanzione penale potrà verosimilmente imprimere alle pratiche discriminatorie quel *grado di riprovazione* da parte dell'ordinamento che si mostra necessario a bollarle come odiose e ingiuste anche dal punto di vista culturale.

In breve: difficilmente le misure penalistiche potranno andare ad effetto se le stesse non si inseriscono in un contesto più ampio, che contempla

⁴⁹Dalla disposizione in esame potrebbe, ad esempio, ricavarsi l'obbligo di sanzionare penalmente il *negazionismo*, che pure non rientra tra le condotte in relazione alle quali l'art. 4 effettua una richiesta di penalizzazione espressa; ciò che, naturalmente, solleverebbe problemi ancora maggiori quanto al rispetto dei principi di materialità del reato e di offensività.

in primo luogo l'adozione di importanti interventi sul piano culturale e dell'informazione; ma è altrettanto vero che tale auspicato cambiamento di mentalità difficilmente potrà essere realizzato prescindendo dall'imposizione di sanzioni penali per le condotte di incitamento alla discriminazione razziale, di diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale e di partecipazione ad organizzazioni o ad attività di propaganda che incitino alla discriminazione razziale.

1.15 La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982

La *Convenzione sul diritto del mare* adottata nell'ambito delle Nazioni Unite a Montego Bay il 10 dicembre 1982 si ricollega direttamente a quella di Ginevra del 1958, che abbiamo analizzato in uno dei paragrafi precedenti.

Le novità più significative, per quel che concerne l'oggetto della nostra indagine, riguardano la lotta al trasporto di schiavi su nave, posto che l'art. 99 della Convenzione in esame impone a ciascuno Stato firmatario *l'obbligo di perseguire penalmente* il trasporto di schiavi su navi battenti la sua bandiera, e solo implicitamente quello di incriminarlo⁵⁰ (mentre l'art. 11 della Convenzione del 1958 obbligava gli Stati ad «*adottare tutti i provvedimenti* per impedire e *punire* il trasporto di schiavi su navi della propria bandiera», esplicitamente enunciando, dunque, anche un obbligo di penalizzazione della suddetta condotta); e l'obbligo di criminalizzazione della distruzione e del danneggiamento di cavi sottomarini, che l'art. 113⁵¹ della Convenzione di Montego Bay detta in termini assai più analitici di quanto non facesse l'art. 27 della Convenzione di Ginevra, dal momento che: a) precisa significativamente *la portata dell'elemento soggettivo* (richiedendo che tali atti siano *deliberati o imputabili a negligenza colposa*); b) *estende la punibilità al tentativo*; e c) *esclude la rilevanza penale* della rottura e del danneggiamento laddove gli stessi siano stati commessi «da persone che hanno agito *al solo scopo legittimo*

⁵⁰Conviene riportare per intero il testo dell'art. 99: «Ogni Stato adotta misure efficaci per prevenire e perseguire il trasporto degli schiavi a bordo di navi autorizzate a battere la sua bandiera, e per prevenire l'uso illecito della propria bandiera a tal fine. Uno schiavo che si rifugia a bordo di una nave, qualunque sia la sua bandiera, è libero *ipso facto*».

⁵¹Ai sensi dell'art. 113, «Ogni Stato adotta le leggi e i regolamenti atti a definire come reati perseguibili la rottura o il danneggiamento deliberato o imputabile a negligenza colposa, da parte di navi che battono la sua bandiera o di persone che ricadono sotto la sua giurisdizione, di condotte o cavi dell'alta tensione sottomarini, come pure di cavi telegrafici o telefonici nell'alto mare in modo che vengano interrotte o ostacolate le comunicazioni telegrafiche o telefoniche. Questa disposizione viene applicata anche nel caso di qualunque comportamento che appaia suscettibile di provocare tale rottura o danneggiamento, o che sia intenzionalmente diretto a provocarli. Non viene tuttavia applicata nel caso di rotture o danni provocati da persone che hanno agito al solo scopo legittimo di salvare se stessi o la propria nave, dopo aver adottato tutte le precauzioni necessarie ad evitare rotture o danneggiamento».

di salvare se stessi o la propria nave, dopo aver adottato tutte le precauzioni necessarie ad evitare rotture o danneggiamento».

Quella *sub c)* è una disposizione particolarmente innovativa, dato nessuno degli atti a connotazione penalistica che abbiamo finora esaminato prevedeva esimenti che riducessero l'area del penalmente rilevante.

L'art. 100 (rubricato nella traduzione italiana, non ufficiale, «obbligo di collaborazione alla repressione della pirateria») enfatizza poi, rispetto al precedente normativo, l'*obbligo di persecuzione penale* della pirateria – peraltro definita dal successivo art. 101 con maggior precisione di quanto non facesse l'art. 15 della Convenzione di Ginevra⁵² – stabilendo che «tutti gli Stati esercitano la *massima collaborazione* per reprimere la pirateria nell'alto mare o in qualunque altra area che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato».

E ancora, l'art. 105 ribadisce che «nell'alto mare o *in qualunque altro luogo fuori della giurisdizione di qualunque Stato*, ogni Stato può sequestrare una nave o aeromobile pirata o una nave o aeromobile catturati con atti di pirateria e tenuti sotto il controllo dei pirati; può arrestare le persone a bordo e requisirne i beni», ed esattamente come l'art. 19 della Convenzione di Ginevra precisa che, in tal caso, «gli organi giurisdizionali dello Stato che ha disposto il sequestro hanno il potere di decidere la pena da infliggere nonché le misure da adottare nei confronti delle navi, aeromobili o beni, nel rispetto dei diritti dei terzi in buona fede». Neppure la *Convenzione di Montego Bay*, dunque, afferma espressamente un *obbligo di repressione penale della pirateria*, dando per presupposta l'esistenza di una norma incriminatrice *ad hoc* nell'ordinamento dello Stato che si sia attivato per disporre il sequestro della nave pirata: siamo di fronte, dunque, ad un *obbligo di persecuzione penale svincolato dal correlativo obbligo di penalizzazione*, sulla scorta del principio già affermatosi in via consuetudinaria fin dal Seicento.

⁵²Recita, infatti, l'art. 101 della Convenzione di Montego Bay che: « Si intende per pirateria uno qualsiasi degli atti seguenti:

- a) ogni atto illecito di violenza o di sequestro, o ogni atto di rapina, commesso a fini privati dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave o di un aeromobile privati, e rivolti:
 - i) nell'alto mare, contro un'altra nave o aeromobile o contro persone o beni da essi trasportati;
 - ii) contro una nave o un aeromobile, oppure contro persone e beni, in un luogo che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato;
- b) ogni atto di partecipazione volontaria alle attività di una nave o di un aeromobile, commesso nella consapevolezza di fatti tali da rendere i suddetti mezzi nave o aeromobile pirata;
- c) ogni azione che sia di incitamento o di facilitazione intenzionale a commettere gli atti descritti alle lettere a) o b)».

1.16 La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10 dicembre 1984

Lo strumento di diritto internazionale pattizio probabilmente più ricco, tra tutti quelli che prevedono obblighi di tutela penale, è rappresentato dalla *Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984.

Prima di passare all'esame dell'articolato, giova *contestualizzare* il suddetto strumento nell'ambito delle fonti internazionali in materia.

A ben guardare, infatti, *obblighi espressi di criminalizzazione della tortura* come quelli dettati dalla Convenzione in esame – che andremo tra breve ad analizzare nel dettaglio – erano ben presenti in *strumenti più risalenti, a carattere aspecifico*, che sono già stati oggetto della nostra trattazione (o che comunque lo saranno nel prossimo capitolo):

- a) nell'ambito del diritto umanitario, le Convenzioni di Ginevra del 1906 e del 1949 e i due Protocolli addizionali del 1975⁵³;
- b) la *Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio* del 1948, che all'art. 3 impone la criminalizzazione della tortura inflitta allo scopo di distruggere un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso (inquadrate tra le condotte genocidiarie dall'art. 2 § 1 lett. b);
- c) la *Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù* del 1956, che all'art. 5 richiede siano assoggettate a pena specifiche forme di tortura (ovverosia le mutilazioni, le stigmatizzazioni e le altre marcature di persone in condizione servile al fine di infliggere loro un castigo o per qualsiasi altro motivo);
- d) la *Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale* del 1965, che all'art. 5 contempla un obbligo di incriminazione della tortura laddove la stessa sia inflitta sulla base di ragioni discriminatorie.

Obblighi di criminalizzazione della tortura si ricavano poi *implicitamente*, ma in maniera del tutto piana:

- a) dall'art. 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 (che ha di fatto acquisito nel tempo un'efficacia giuridica *quasi vincolante*, e dunque merita di essere qui ricordata);

⁵³L'art. 75 del Primo Protocollo e l'art. 4 del Secondo ribadiscono infatti con forza la necessità di una repressione penale della tortura che già aveva trovato espressione nelle citate Convenzioni di Ginevra.

- b) dall'art. 7 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966, che vieta la sottoposizione a tortura e a trattamenti crudeli, disumani o degradanti (tra i quali ricadono anche gli esperimenti medico-scientifici eseguiti senza il consenso dell'interessato); e, in ambito regionale,
- c) dall'art. 3 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* del 1950, che sancisce la proibizione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti;
- d) dall'art. 5 della *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969 (che all'art. 10 prevede inoltre espressamente il divieto di sottoporre a maltrattamenti od umiliazioni i soggetti *in vinculis*);
- e) dall'art. 5 della *Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli* del 1981.

Una richiesta espressa di penalizzazione della tortura, ancora, è contenuta in un precedente strumento internazionale *ad hoc*: la *Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla protezione di tutte le persone sottoposte a tortura o ad altri trattamenti o pene crudeli, inumani e degradanti*, adottata per *consensus* dall'Assemblea generale il 9 dicembre del 1975 a New York, la quale – pur non avendo natura vincolante e mancando di un meccanismo di controllo – rimane un atto estremamente rilevante, dal momento che ha fissato per la prima volta una serie di principi destinati a divenire la matrice di tutti gli atti settoriali in materia di tortura emanati successivamente, a vocazione universale o regionale⁵⁴.

Bisogna ricordare infine, per inciso, che un obbligo di criminalizzazione implicito della tortura, laddove la stessa assurga a crimine di guerra, crimine contro l'umanità o condotta genocidiaria, è ricavabile anche dal diritto internazionale penale⁵⁵, e che l'opinione assolutamente prevalente, ancorché non indiscussa, nella dottrina internazionalpenalistica inquadra anzi la tortura tra i crimini internazionali di *jus cogens*⁵⁶, che come tali fanno sorgere in capo

⁵⁴Cfr. sul punto A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2005, pp. 115-116, e C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo*, 2009, in www.diritto.it, p. 6.

⁵⁵Per quel che concerne, in particolare, gli strumenti di carattere pattizio, esso è sancito dagli artt. 2, 3, 4 e 5 dello Statuto del Tribunale per la ex Jugoslavia, dagli artt. 2, 3 e 4 dello Statuto del Tribunale per il Ruanda e, soprattutto, dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale.

La Corte penale internazionale, in particolare, qualifica la tortura come una delle “microfattispecie” dei crimini di diritto internazionale sui quali essa ha giurisdizione, anche se autorevoli voci dottrinali ritengono che anche la tortura in sé e per sé considerata assurga a crimine di diritto internazionale autonomo (dunque anche laddove non ricorra il cd. *contest-element* che ne fa un crimine di guerra, una forma di genocidio o un crimine contro l'umanità).

⁵⁶Sulla nozione di *jus cogens* e sui crimini che rientrano in tale categoria, e così pure sulla relazione tra *jus cogens* e *obligationes erga omnes* si registrano, tuttavia, molteplici

agli Stati – a tutti gli Stati della comunità internazionale, indipendentemente dal fatto che abbiano ratificato o meno strumenti *ad hoc* – il dovere di persecuzione penale o di estradizione dei loro autori, secondo il principio dell'*aut dedere, aut judicare*; dovere al quale gli Stati medesimi non possono sottrarsi adducendo “giustificazioni” di diritto interno (quali il decorso del termine di prescrizione del reato o l'applicabilità di esimenti della più varia natura), posto che i crimini che assurgono a livello di *jus cogens* sono imprescrittibili e sono soggetti alla giurisdizione universale⁵⁷.

Ci occuperemo incidentalmente di questi profili nel prosieguo della nostra trattazione, che continuerà ora seguendo un ordine rigorosamente cronologico.

Abbiamo detto che l'antecedente normativo della Convenzione contro la tortura del 1984 è rappresentato dalla *Dichiarazione* del 1975, che costituiva pur sempre uno strumento di *soft law*.

L'esigenza di combattere il fenomeno con strumenti più incisivi era, tuttavia, profondamente avvertita dalle *international agencies* e, in particolare, dalle Nazioni Unite, che solo quattro anni dopo adottavano con Risoluzione dell'Assemblea generale n. 34/169 del 17 dicembre 1979 un *Codice di condotta* destinato a regolare l'operato delle forze dell'ordine⁵⁸.

Particolarmente significativo, ai fini della nostra indagine, il fatto che il *Codice* sancisca espressamente che gli agenti delle forze dell'ordine debbano astenersi *non solo dall'infliggere tortura o altri trattamenti inumani o degradanti, ma anche dall'istigare o dal tollerare* la commissione di tali *mistreatments*, e che il divieto di tortura abbia *carattere assoluto*, non potendo costituire giustificazione per le commesse violazioni né l'obbedienza a ordini di superiori, né circostanze eccezionali di emergenza pubblica.

Il 18 dicembre 1982, poi, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvava *i Principi di etica medica relativi al ruolo del personale sanitario, in particolare medici, nella protezione dei prigionieri e dei detenuti contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti*: si

posizioni in dottrina: per un quadro sintetico, cfr. M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., pp. 65 ss.

Da tale caratterizzazione deriva l'imposizione in capo agli Stati di *obligationes erga omnes* (quali appunto il dovere di perseguire tali crimini o di estradare l'autore, l'imprescrittibilità, la giurisdizione universale). Il divario tra la *law-in-action* e la *law-in-the-books* è, nondimeno, molto profondo: come rileva ancora M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 67, «la prassi degli Stati mostra che, più spesso che no, è stata consentita l'impunità per i crimini di *jus cogens*, la teoria dell'universalità è lungi dall'essere universalmente riconosciuta e applicata, e il dovere di procedere o di estradare è più in divenire che riconosciuto, tranne che quando derivi da specifici obblighi convenzionali».

⁵⁷La natura cogente del divieto di tortura è stata, peraltro, riconosciuta dal Tribunale per la ex Jugoslavia, a partire dalla sentenza *Furundzija* del 10 dicembre 1998, e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Al-Adsani c. Regno Unito* del 21 novembre 2000.

⁵⁸Il codice di condotta delle Nazioni Unite per i funzionari che applicano la legge è composto soltanto da otto brevi articoli, tra i quali spicca l'art. 5, che sancisce espressamente il divieto di tortura.

trattava questa volta di sei disposizioni indirizzate, in particolare, al *personale sanitario in servizio negli istituti di pena*; disposizioni *di natura inderogabile*, ai sensi del principio 6, che espressamente esclude l'efficacia esimente di qualsiasi circostanza eccezionale.

Fin dal 1979, inoltre, l'Assemblea generale incaricava la Commissione per i diritti umani di redigere una convenzione vincolante contro la tortura. La Commissione, a sua volta, affidava l'elaborazione del testo, che veniva redatto sulla base delle proposte della delegazione svedese e dell'Associazione internazionale di diritto penale, ad un gruppo di lavoro *ad hoc*⁵⁹.

Al termine dei lavori preparatori⁶⁰, e dopo un intenso negoziato, la versione definitiva della Convenzione veniva finalmente approvata con Risoluzione n. 39/46 del 10 dicembre 1984⁶¹.

Esaurita questa necessaria premessa, possiamo dunque passare all'analisi del testo della Convenzione, come dicevamo ricchissima di spunti ai fini della nostra analisi.

Il suo art. 1⁶² detta una chiara definizione del crimine di "tortura" sul piano internazionale, evidentemente rielaborata a partire dalla definizione contenuta nella Dichiarazione del 1975. Come il suo diretto antecedente normativo, essa si caratterizza, infatti, per la necessità della contemporanea presenza di tre elementi: a) la *causazione di forti dolori o sofferenze* alla vittima; b) *l'intenzionalità* dell'infliczione delle stesse; e c) la finalizzazione di quest'ultima allo scopo (*alternativo*) di *ottenere informazioni o confessioni, punire, o intimidire*⁶³.

⁵⁹Cfr. sul punto A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani*, cit., p. 116, nonché G. CONSO – A. SACCUCCI, *Codice dei diritti umani*, Padova, 2001, p. 310.

⁶⁰Si veda in proposito F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006, p. 29.

⁶¹Per un commento articolo per articolo della Convenzione, cfr. J. H. BURGERS – H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against torture. A handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, Dordrecht-Boston-Londra, 1988, pp. 114 ss.

⁶²Questo il testo dell'art. 1: «Ai fini della presente Convenzione, il termine "tortura" indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito.

Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate.

Tale articolo non reca pregiudizio a qualsiasi strumento internazionale o a qualsiasi legge nazionale che contenga o possa contenere disposizioni di più vasta portata».

⁶³L'elenco dei fini non è esaustivo (come dimostra la formula « per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione»), anche se soltanto finalità in qualche misura riconducibili a quelle espressamente previste possono integrare una violazione della Convenzione. Cfr. sul punto C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, p. 9.

Quella accolta dalla Convenzione ONU è dunque una *definizione piuttosto rigida* di tortura, che limita il potenziale ambito applicativo delle norme incriminatrici adottate in ottemperanza ad essa⁶⁴. Il secondo paragrafo della norma chiarisce, peraltro, che tale definizione non pregiudica l'adozione di strumenti di carattere internazionale o nazionale che contengano o possano contenere disposizioni di portata più ampia, con ciò espressamente prevedendo la possibilità che gli Stati firmatari – nel recepire gli obblighi di penalizzazione previsti dalla Convenzione – adottino uno *standard* di tutela più elevato (ad esempio, introducendo un reato a dolo generico invece che a dolo specifico, o un reato comune invece che un reato proprio).

Nonostante l'art. 1 parli di «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti», si ritiene comunemente che assurgano a tortura *anche le sofferenze procurate tramite omissioni* (come la privazione del cibo e dell'acqua), posto che, altrimenti opinando, si offrirebbe il fianco a facili elusioni della Convenzione⁶⁵.

Il successivo art. 2 afferma, poi, che «ogni Stato Parte adotta misure legislative, amministrative, giudiziarie ed altre misure efficaci *per impedire che atti di tortura siano commessi in qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione*», precisando al § 2 che «*nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, di instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato di eccezione, può essere invocata per giustificare la tortura*» e al § 3 che «*l'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica non può essere invocato a giustificazione della tortura*»: si tratta, com'è evidente, di disposizioni che presentano rilevantissime implicazioni in materia penale, poiché impediscono che esimenti così congegnate possano escludere la rilevanza penale dei fatti di tortura⁶⁶, e che dunque ribadiscono *in termini negativi* – come vedremo più oltre – l'obbligo di criminalizzazione di questi ultimi.

Il principio sancito dall'art. 2 § 1 si declina, in ambito penalistico, nella norma di cui all'art. 4⁶⁷, che prevede un *obbligo di criminalizzazione* degli atti di tortura, *anche nella forma tentata*, e così pure delle varie ipotesi di *partecipazione e complicità* nella tortura. La previsione convenzionale non si limita, peraltro, a richiedere che le suddette condotte siano assoggettate a

⁶⁴Si veda in proposito ancora C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 7.

⁶⁵Cfr. sul punto M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, p. 304, nonché C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura*, cit., p. 7.

⁶⁶Si veda in proposito M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture*, cit., pp. 311-312.

⁶⁷«Ogni Stato Parte vigila affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressioni nei confronti del suo diritto penale. Lo stesso vale per i tentativi di praticare la tortura o ogni atto commesso da qualsiasi persona, che rappresenti una complicità o una partecipazione all'atto di tortura.

Ogni Stato Parte rende tali trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità».

pena, ma impone che le *sanzioni penali* ad esse correlate siano «*adeguate*» e «*tengano conto della loro gravità*»⁶⁸ : ancora una volta, il criterio della proporzione individua un ideale minimo edittale, al di sotto del quale la sanzione penale non potrebbe esplicare alcun serio effetto deterrente.

Parallelamente, l'art. 16 introduce un obbligo di penalizzazione per gli «*altri atti che costituiscono pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura*» come definiti all'articolo 1, allorché questi atti siano commessi da un pubblico ufficiale o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito». La norma utilizza, per vero, il termine «*proibire*», che nell'ambito della stessa sembra voler ricomprendere, accanto all'obbligo di penalizzazione appena richiamato, gli *obblighi di prevenzione e di perseguimento penale* dei suddetti *mistreatments*, come si evince dal richiamo agli artt. 10⁶⁹, 11⁷⁰, 12 e 13 della Convenzione.

Sul fronte più propriamente processuale, gli artt. 5, 7 § 1 e 8 della Convenzione delineano un sistema di *mandatory universal jurisdiction*, fondato sulla regola dell'*aut dedere, aut judicare*: ciascuno Stato firmatario, infatti, è tenuto ad esercitare la propria giurisdizione penale *non solo in relazione ai reati commessi sul proprio territorio, o da un proprio cittadino* o ancora – laddove lo ritenga opportuno – *nei confronti di un proprio cittadino* (art. 5)⁷¹; ma anche nel caso in cui, pur *in assenza di un qualsiasi criterio di*

⁶⁸Cfr. in proposito C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, p. 42.

⁶⁹Sebbene la disposizione non presenti una immediata rilevanza penalistica, pare opportuno riportarne il testo: «Ogni Stato Parte vigila affinché l'insegnamento e l'informazione relativi all'interdizione della tortura, siano parte integrante della formazione del personale civile o militare incaricato del rispetto della legge, del personale medico, degli agenti della funzione pubblica e di altre persone che possono intervenire nel corso della custodia, dell'interrogatorio o del trattamento di ogni individuo arrestato, detenuto o imprigionato in qualsiasi maniera. Ogni Stato Parte inserisce detta interdizione nei regolamenti o nelle istruzioni promulgate in merito agli obblighi e alle competenze di tali persone».

⁷⁰Lo stesso vale per l'art. 11, che così recita: «Ogni Stato Parte esercita una sistematica sorveglianza su regolamenti, istruzioni, metodi e pratiche di interrogatorio e sulle disposizioni relative alla custodia ed al trattamento delle persone arrestate, detenute o imprigionate in qualsiasi maniera, su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione, al fine di evitare ogni caso di tortura».

⁷¹Recita l'art. 5: «Ogni Stato Parte adotta le misure necessarie a determinare la propria competenza al fine di giudicare in merito ai reati di cui all'articolo 4, nei seguenti casi:

- a) qualora il reato sia stato commesso su un territorio sottoposto alla giurisdizione di detto Stato o a bordo di aeronavi o di navi immatricolate in tale Stato;
- b) qualora il presunto autore del reato sia un cittadino di detto Stato;
- c) qualora la vittima sia un cittadino di detto Stato, se lo Stato lo considera appropriato.

Ogni Stato Parte adotta altresì le misure necessarie a determinare la propria competenza al fine di giudicare i suddetti reati, qualora il loro presunto autore si trovi su un territorio sottoposto alla sua giurisdizione, ed il detto Stato non lo estradi, in conformità con l'articolo 8, verso uno degli Stati di cui al paragrafo 1 del presente articolo.

*collegamento*⁷², il presunto autore dei suddetti reati *si trovi sul suo territorio*, sempreché lo Stato medesimo non intenda procedere all'extradizione verso il Paese che ne faccia richiesta (art. 7)⁷³.

Si tratta di una strada già sperimentata sul fronte del diritto umanitario dalle Convenzioni di Ginevra del 1949, delle quali ci occuperemo nel prossimo capitolo.

Secondo uno schema ormai consolidatosi nel panorama internazionale, l'art. 8⁷⁴ dispone poi che i reati di cui all'art. 4 siano a pieno diritto *inclusi in ogni trattato di estradizione tra gli Stati contraenti* o *alternativamente riconosciuti reciprocamente come casi di estradizione* tra gli Stati che non subordinano l'extradizione medesima all'esistenza di uno specifico trattato, mentre l'art. 9 incoraggia l'*assistenza giudiziaria* tra gli Stati firmatari, anche per ciò che concerne «la comunicazione di tutti gli elementi di prova di cui dispongono e che sono necessari ai fini del procedimento».

Le norme in esame devono peraltro essere lette anche alla luce dell'art. 3⁷⁵,

3. La presente Convenzione non esclude alcuna competenza penale esercitata in conformità alle leggi nazionali».

Cfr. sul punto M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture*, cit., pp. 313-314.

⁷²Cfr. sul punto A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, 2009, p. 179.

⁷³Ai sensi dell'art. 7, «Lo Stato Parte sul cui territorio viene scoperto il presunto autore di un reato di cui all'articolo 4, qualora non provveda all'extradizione, sottopone la questione, nei casi di cui all'articolo 5, alle sue autorità competenti per l'avvio dell'azione penale.

Dette autorità prendono le loro decisioni alle medesime condizioni che per ogni reato di diritto comune di natura grave in virtù della legislazione di detto Stato.

Nei casi di cui al paragrafo 2 dell'articolo 5, i criteri di prova che si applicano ai procedimenti penali ed alla condanna non sono in alcun modo meno rigorosi di quelli che si applicano nei casi di cui al paragrafo 1 dell'articolo 5.

Ogni persona perseguita per una qualsiasi delle trasgressioni di cui all'articolo 4, beneficia della garanzia di un trattamento equo in tutte le fasi della procedura».

⁷⁴Questo il testo dell'art. 8: «I reati di cui all'articolo 4 sono a pieno diritto inclusi in ogni trattato di estradizione tra gli Stati Parti. Gli Stati Parti si impegnano ad includere dette trasgressioni in qualsiasi trattato di estradizione che verrà concluso tra loro.

Se una Parte che subordina l'extradizione all'esistenza di un trattato è investita di una domanda di estradizione proveniente da un altro Stato Parte con il quale non è vincolata da un trattato di estradizione, detto Stato Parte può considerare la presente Convenzione come base giuridica dell'extradizione per quanto riguarda tali reati. L'extradizione è subordinata alle altre condizioni previste dalla legislazione dello Stato richiesto.

Gli Stati Parti che non subordinino l'extradizione all'esistenza di un trattato, riconoscono reciprocamente dette infrazioni come casi di estradizione, alle condizioni previste dalla legislazione dello Stato richiesto.

Tra gli Stati Parti, detti reati sono considerati, ai fini dell'extradizione, come commessi non solo sul luogo della loro perpetrazione, ma anche sul territorio sottoposto alla giurisdizione degli Stati tenuti a determinare la loro competenza in virtù del paragrafo 1 dell'articolo 5».

⁷⁵Ai sensi dell'art. 3, infatti, «Nessuno Stato Parte espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura.

Al fine di determinare se tali motivi esistono, le autorità competenti terranno conto di tutte le considerazioni pertinenti, ivi compresa, se del caso, l'esistenza nello Stato interessato di un insieme di violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo, gravi, estese o

che enuncia per la prima volta il principio cd. di *non refoulement* (ovverosia il *divieto di espellere, respingere o estradare taluno verso uno Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che possa essere sottoposto a tortura*), chiarendo che, al fine di decidere se tali ragioni ostative realmente sussistono, le autorità competenti dovranno tener conto «di tutte le considerazioni pertinenti, ivi compresa, se del caso, l'esistenza nello Stato interessato di *un insieme di violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo, gravi, estese o massicce*».

L'obbligo di prevenire la commissione di atti contrari alla Convenzione attraverso l'adozione delle necessarie misure legislative, amministrative e giudiziarie di cui all'art. 2 § 1 viene dunque esteso alle cd. *“violazioni indirette”* della proibizione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (compiute, cioè, non *manu propria* da agenti dello Stato sul territorio nazionale, ma in territorio estero da soggetti terzi in esito all'espulsione, all'extradizione o al respingimento disposto dalle competenti autorità nazionali); obbligo che verrà in epoca successiva ancor più ampiamente sviluppato – pur in assenza di un riferimento testuale esplicito nella CEDU – dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Soffermandosi più nel dettaglio sulle modalità di esercizio dell'azione penale, l'art. 12 prevede invece espressamente che le competenti autorità interne «*procedano immediatamente ad un'inchiesta imparziale*, ogni volta che vi siano *motivi ragionevoli di ritenere* che un atto di tortura sia stato commesso su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione», con ciò ancora una volta anticipando gli approdi interpretativi della Corte europea dei diritti dell'uomo: si tratta di una disposizione particolarmente innovativa, poiché – se si eccettuano le Convenzioni di Ginevra del 1949 – nessuno strumento internazionale, almeno tra quelli da noi analizzati, aveva fino a questo momento sancito un simile *obbligo di indagine*.

Com'è agevole rilevare, la disposizione prefigura inoltre un *regime di procedibilità d'ufficio*, teso a rendere più cogente il dovere di inchiesta. A rafforzamento di quest'ultimo si pone, tuttavia, anche la *garanzia*, attribuita ad ogni persona che asserisca di essere stata *vittima di tortura*, di poter sporgere *denuncia dinanzi alle autorità competenti dello Stato*, le quali dovranno quindi *obbligatoriamente attivare un'indagine sollecita e imparziale sui fatti denunciati*, nell'ambito della quale venga garantita la protezione del ricorrente e dei testimoni nei confronti di qualsiasi ritorsione⁷⁶.

Si enfatizza, dunque, il *ruolo della vittima* nelle indagini e nel processo

massicce».

⁷⁶A norma dell'art. 13, «Ogni Stato Parte garantisce ad ogni persona che pretende essere stata sottoposta alla tortura su qualsiasi territorio soggetto alla sua giurisdizione, il diritto di sporgere denuncia davanti alle autorità competenti di detto Stato, le quali procederanno immediatamente ed imparzialmente all'esame della sua causa.

Saranno presi provvedimenti per assicurare la protezione del ricorrente e dei testimoni contro qualsiasi maltrattamento o intimidazione a causa della denuncia inoltrata o di qualsiasi deposizione resa».

penale; vittima che per la prima volta si vede riconosciuta la dignità di soggetto non marginale del procedimento.

Particolarmente interessante è anche l'art. 14⁷⁷, che sancisce in capo alla vittima medesima « il diritto di ottenere *riparazione* e di essere *risarcita* equamente ed in maniera adeguata, inclusi i mezzi necessari alla sua riabilitazione più completa possibile», prevedendo altresì che, in caso di morte della stessa a seguito di atti di tortura, gli aventi causa abbiano diritto a un risarcimento.

È importante notare come la Convenzione configuri la riparazione e il risarcimento alla stregua di *misure distinte, che devono essere applicate* (non alternativamente ma) *cumulativamente*: un principio, questo, che – come vedremo nel quarto capitolo – è ben presente nella giurisprudenza della Corte interamericana.

Uno specifico strumento volto ad assicurare alle vittime di tortura la completa riabilitazione è poi individuato dal successivo art. 15⁷⁸ nell' *inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute tramite tortura* (se non, ai fini della prova del fatto che una dichiarazione sia stata resa, nel procedimento intentato nei confronti del sospetto autore degli atti di tortura): la norma in esame anticipa, dunque, le conclusioni raggiunte dalla Corte europea nel recentissimo caso *Gäfgen c. Germania* (di cui pure tratteremo nel quarto capitolo).

In virtù del mancato richiamo alle norme da ultimo esaminate da parte dell'art. 16 – è bene evidenziarlo – *né il diritto alla riparazione e al risarcimento, né la sanzione processuale dell' inutilizzabilità* delle dichiarazioni rese attraverso il ricorso alla tortura *operano con riferimento ai trattamenti e alle pene crudeli, inumani e degradanti*: ciò che costituisce, probabilmente, l'aspetto più critico della Convenzione.

La posizione di particolare rilievo che la Convenzione in commento occupa nell'ambito degli strumenti sovranazionali che prevedono obblighi di tutela penale discende, altresì, dall'istituzione – ad opera degli artt. 17 ss. – di un *organismo deputato al controllo del rispetto, da parte degli Stati firmatari, degli impegni assunti con la ratifica della Convenzione medesima: il Comitato contro la tortura*⁷⁹.

⁷⁷Pare opportuno riportare il testo integrale dell'art. 14: « Ogni Stato Parte garantisce, nel suo sistema giuridico, alla vittima di un atto di tortura, il diritto di ottenere riparazione e di essere risarcito equamente ed in maniera adeguata, inclusi i mezzi necessari alla sua riabilitazione più completa possibile. In caso di morte della vittima a seguito di un atto di tortura, gli aventi causa della vittima hanno diritto al risarcimento.

Il presente articolo non esclude il diritto al risarcimento cui la vittima od ogni altra persona avrebbe diritto in virtù delle leggi nazionali».

⁷⁸Recita infatti l'art. 15 che « Ogni Stato Parte vigila affinché ogni dichiarazione di cui si sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura non possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura, come prova che una dichiarazione è stata resa».

⁷⁹Si veda in proposito l'approfondita analisi sulle funzioni del CAT di A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on torture and the prospects for enforcement*, L'Aja-Boston-Londra, 1999, pp. 252 ss.

Si tratta del *primo treaty-body istituito a presidio di uno strumento internazionale contenente obblighi di penalizzazione e di persecuzione penale* (per quanto lo stesso sia stato concepito sul modello del Comitato per i diritti umani istituito dal Patto sui diritti civili e politici del 1966, sempre nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, rispetto al quale ha però una competenza più settoriale e specifica).

Ai sensi dell'art. 19, il Comitato ha anzitutto il compito di esaminare i *rapporti periodici* che gli *Stati* contraenti sono tenuti a presentare, a intervalli di quattro anni, sulle misure da essi adottate in esecuzione degli obblighi posti dalla Convenzione.

Laddove tuttavia il Comitato «riceva informazioni credibili» sull'inflizione sistematica di tortura in uno Stato firmatario, esso potrà, con la collaborazione dello Stato medesimo, *avviare un'inchiesta riservata in materia*, eventualmente *visitando il territorio dello Stato* (art. 20)⁸⁰.

Il compito di maggior rilievo attribuito al Comitato è, nondimeno, quello di *esaminare i ricorsi provenienti dagli Stati* (art. 21) *o dagli individui* che lamentano di aver subito tortura o trattamenti inumani o degradanti (art. 22), previa tuttavia – nell'uno e nell'altro caso – un'espressa *accettazione* da parte degli Stati che hanno ratificato la Convenzione⁸¹.

Non trascurabile, poi, è l'*attività interpretativa* svolta dal Comitato attraverso la formulazione di *general comments*, che contribuiscono a definire

⁸⁰Cfr. sul punto M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture*, cit., p. 317.

Pare opportuno inoltre riportare per intero il testo dell'art. 20: «Qualora il Comitato riceva informazioni credibili che a suo parere contengano indicazioni fondate sul fatto che la tortura è praticata sistematicamente nel territorio di uno Stato Parte, esso invita detto Stato a collaborare nell'esame delle informazioni e, a tal fine, a comunicargli le sue osservazioni in merito.

Tenendo conto di ogni osservazione eventualmente presentata dallo Stato Parte interessato e di ogni altra informazione pertinente di cui dispone, il Comitato può, se ritiene che ciò sia giustificato, incaricare uno o più dei suoi membri di procedere ad un'inchiesta riservata e di presentargli urgentemente un rapporto.

Qualora un'inchiesta sia effettuata ai sensi del paragrafo 2 del presente articolo, il Comitato ricerca la cooperazione dello Stato Parte interessato. In accordo con detto Stato Parte, l'inchiesta può comportare una visita sul suo territorio. Dopo aver esaminato le conclusioni del membro o dei membri che gli sono sottoposte in conformità al paragrafo 2 del presente articolo, il Comitato trasmette dette conclusioni allo Stato Parte interessato, con tutti i commenti o suggerimenti che riterrà appropriati, tenendo conto della situazione.

Tutti i lavori del Comitato menzionati nei paragrafi da 1 a 4 del presente articolo sono riservati e, durante tutte le fasi dei lavori, ci si sforza di ottenere la cooperazione dello Stato Parte. Una volta terminati i lavori relativi ad un'inchiesta svolta ai sensi del paragrafo 2, il Comitato può, dopo consultazioni con lo Stato Parte interessato, decidere di far figurare un conciso resoconto dei risultati dei lavori nella relazione annuale che predisponde in conformità all'art. 24».

⁸¹Cfr. in proposito G. CONSO – A. SACCUCCI, *Codice dei diritti umani*, cit., pp. 310-311; A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani*, cit., p. 119; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale*, cit., p. 42; M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture*, cit., 316; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 180.

ulteriormente la portata delle norme della Convenzione⁸².

1.17 La Convenzione internazionale contro il reclutamento, l'utilizzazione e il finanziamento di mercenari del 4 dicembre 1989

Merita di essere analizzata brevemente anche la *Convenzione internazionale contro il reclutamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'istruzione di mercenari*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la Risoluzione n. 44/34 del 4 dicembre 1989.

Essa è *l'unico strumento specifico di portata globale in tema di mercenarismo*.

Una *Convenzione per l'eliminazione del mercenarismo in Africa* era stata tuttavia adottata, nel 1977, dall'Organizzazione dell'Unione Africana, con contenuti grossomodo analoghi a quella in esame: anche la Convenzione regionale del 1977 prevedeva, infatti, *obblighi di criminalizzazione e di effettiva punizione* dei mercenari (facendo anche un espresso, inquietante riferimento alla pena di morte, da includersi tra le «sanzioni più severe» che dovevano essere inflitte a questi ultimi); sanciva la regola dell'*aut dedere, aut judicare* e conteneva misure in tema di mutua assistenza giudiziaria.

Il mercenarismo rientra tra i crimini *internazionali*, poiché lo stesso rappresenta una minaccia alla pace e alla sicurezza e si configura come una sorta di *estensione del crimine di aggressione*⁸³: concetti, questi, che trovano espressione nel *Preambolo* della Convenzione ONU del 1989, nel quale si legge che «il reclutamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'istruzione di mercenari sono da considerare reati che preoccupano vivamente tutti gli Stati», dal momento che essi «violano i *principi del diritto internazionale quali l'uguaglianza sovrana, l'indipendenza politica e l'integrità territoriale degli Stati* nonché *l'autodeterminazione* dei popoli».

Del tutto coerentemente con tali premesse, la Convenzione – dopo aver fornito all'art. 1 una dettagliata definizione di «mercenario»⁸⁴ – detta

⁸²Cfr. sul punto A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani*, cit., p. 120, il quale rileva come la stessa non sia espressamente prevista dalla Convenzione.

⁸³Così M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 128.

⁸⁴Secondo l'art. 1, «Ai fini della presente Convenzione,

1. l'espressione «mercenario» significa ogni persona:
 - a) espressamente reclutata nel paese o all'estero per combattere in un conflitto armato;
 - b) che partecipa alle ostilità essenzialmente in vista di ottenere un vantaggio personale ed alla quale è stata effettivamente promessa, da una parte al conflitto o a nome di quest'ultima, una remunerazione materiale nettamente superiore a quella promessa o pagata a combattenti aventi rango e funzioni analoghe nelle forze armate di detta parte;

un pervasivo obbligo di criminalizzazione delle condotte di reclutamento, utilizzazione, finanziamento e istruzione di mercenari (art. 2)⁸⁵ e della partecipazione diretta alle ostilità o ad un atto concordato di violenza da parte dei mercenari medesimi (art. 3)⁸⁶, affermando espressamente che anche il tentativo e le varie forme di complicità debbano essere soggette a sanzioni penali (art. 4)⁸⁷.

L'art. 5 della Convenzione impone però agli Stati firmatari non solo di incriminare i reati definiti dalla Convenzione, ma anche di reprimerli «*mediante pene appropriate che tengano conto della natura grave di tali reati*»: trova espressa formulazione, dunque, il principio di *proporzione*, strettamente collegato alle finalità di prevenzione generale che la Convenzione all'evidenza assegna, in prima battuta, alla sanzione penale.

Sul fronte procedurale, l'art. 9⁸⁸ obbliga gli Stati firmatari a *perseguire*

-
- c) non è cittadina di una parte al conflitto, né residente del territorio controllato da una parte al conflitto;
 - d) che non è membro delle forze armate di una parte al conflitto;
 - e) che non è stata inviata da uno stato diverso da una parte al conflitto, in missione ufficiale come membro delle forze armate di tale Stato.

2. l'espressione "mercenario" significa altresì, in ogni altra circostanza, ogni persona:

- a) espressamente reclutata nel paese o all'estero per partecipare ad un atto concordato di violenza mirante a:
 - i) rovesciare un governo o colpire, in qualsiasi altro modo, l'ordine costituzionale di uno Stato; oppure
 - ii) colpire l'integrità territoriale di uno Stato;
- b) che partecipa a tale atto essenzialmente in vista di ottenerne un vantaggio personale significativo ed è spinta ad agire dietro promessa o pagamento di una remunerazione materiale;
- c) che non è né cittadina, né residente dello Stato contro il quale tale atto è diretto;
- d) che non è stata inviata da uno Stato in missione ufficiale;
- e) che non è membro delle forze armate dello Stato sul cui territorio l'atto ha avuto luogo».

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 2, «Chiunque recluti, utilizzi, finanzia o istruisca mercenari ai sensi dell'articolo primo della presente convenzione, commette reato ai sensi della Convenzione».

⁸⁶ In base all'art. 3, «Un mercenario ai sensi dell'articolo primo della presente Convenzione, che partecipa direttamente ad ostilità o ad un atto concordato di violenza, a seconda dei casi, commette reato ai sensi della Convenzione».

Nessuna disposizione del presente articolo limita la sfera di applicazione dell'articolo 4 della presente Convenzione».

⁸⁷ Ai sensi dell'art. 4, «Commette reato chiunque:

- a) tenta di commettere uno dei reati definiti nella presente Convenzione;
- b) si rende complice di una persona che commette o tenta di commettere uno dei reati definiti nella presente Convenzione».

⁸⁸ Ai sensi del quale «Ciascuno Stato Parte adotta i provvedimenti necessari per determi-

penalmente i reati di cui agli artt. 2, 3 e 4 laddove gli stessi siano stati perpetrati *sul loro territorio o da un loro cittadino*, nonché – laddove non sia dia luogo ad estradizione verso lo Stato che ne abbia fatto richiesta – nel caso in cui essi siano stati commessi all'estero *da cittadini stranieri che si trovino sul loro territorio*, secondo la regola dell'*aut dedere, aut judicare*.

La previsione di un'ipotesi di *mandatory universal jurisdiction* è ribadita dall'art. 12, a tenore del quale «lo Stato Parte *sul cui territorio è scoperto il presunto autore del reato*, qualora non estradi quest'ultimo, è tenuto, *senza alcuna eccezione ed a prescindere dal fatto se il reato in questione sia stato commesso o meno sul suo territorio*, a sottoporre il caso alle sue autorità competenti per l'esercizio dell'azione penale, secondo una procedura conforme alla legislazione di questo Stato. Queste autorità prendono una decisione nelle stesse condizioni come per ogni altro reato di natura grave, in conformità con la legislazione di questo Stato».

In riferimento tanto all'extradizione quanto all'esercizio della giurisdizione penale, l'art. 10 prevede la possibilità per ciascuno Stato parte di adottare *provvedimenti cautelari o precautelari* in conformità con la propria legislazione interna, procedendo tuttavia immediatamente «ad una inchiesta preliminare in vista di stabilire i fatti».

Meritano menzione anche l'art. 15, ai sensi del quale i reati previsti dalla Convenzione devono essere *inseriti come casi di estradizione* nei trattati stipulati fra gli Stati membri o *riconosciuti come casi di estradizione* qualora non subordinino l'extradizione medesima ad un trattato di estradizione; l'art. 8, che prevede *pervasivi obblighi di informazione* relativi all'avvenuta o alla presumibile commissione dei suddetti reati; e l'art. 13, che incoraggia nella forma più ampia possibile l'*assistenza giudiziaria* tra gli Stati firmatari.

Come già le Convenzioni di Ginevra del 1949, cui sembra fare implicitamente riferimento, la Convenzione si preoccupa anche del *diritto di difesa dell'imputato*, che ai sensi dell'art. 11 «dovrà beneficiare, a tutti gli stadi

nare la propria competenza al fine di giudicare i reati definiti nella presente Convenzione commessi:

- a) sul suo territorio o a bordo di una nave o di un aeromobile immatricolato in detto Stato;
- b) da uno qualsiasi dei suoi cittadini, o qualora questo Stato lo ritenga appropriato, dagli apolidi che hanno la loro residenza abituale sul suo territorio.

Allo stesso modo, ciascuno Stato Parte adotta i provvedimenti necessari per istituire la sua competenza al fine di giudicare i reati definiti agli articoli 2, 3 e 4 della presente Convenzione qualora il loro presunto autore si trovi sul suo territorio e qualora tale Stato non lo estradi verso uno qualunque degli Stati menzionati al paragrafo 1 del presente articolo.

La presente Convenzione non esclude una competenza penale esercitata in virtù della legislazione nazionale».

della procedura, della garanzia di un trattamento equo e di tutti i diritti e garanzie previsti dal diritto dello Stato internazionale»⁸⁹.

L'art. 16, infine, chiarisce che la Convenzione non pregiudica né «le regole relative alla responsabilità internazionale degli Stati» né «il diritto dei conflitti armati ed il diritto internazionale umanitario, comprese le disposizioni relative allo statuto di combattente o di prigioniero di guerra».

1.18 La Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato dell'8 novembre 1990

Tra gli strumenti a connotazione penalistica più significativi adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa figura senza dubbio la *Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato*, adottata a Strasburgo l'8 dicembre del 1990, che ha anticipato la produzione normativa dell'Unione europea confluita nella Convenzione PIF del 1997 e nei Protocolli addizionali a quest'ultima (dei quali ci occuperemo approfonditamente nel terzo capitolo).

La Convenzione di Strasburgo presenta profili di interesse rispetto all'oggetto della nostra trattazione per molteplici ragioni.

In primo luogo, perché essa detta al § 1 lett. a) e b) dell'art. 6⁹⁰, in riferimento al riciclaggio, un pervasivo *obbligo di criminalizzazione* di un

⁸⁹La disposizione prevede, infatti, che si debba tener conto, a questo proposito, anche delle norme applicabili del diritto internazionale.

⁹⁰Conviene riportare per intero il testo dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 1990:

« 1. Ciascuna Parte prende le misure legislative e di altra natura eventualmente necessarie per prevedere come reato secondo la propria legge interna, quando il fatto è commesso intenzionalmente:

- a. la conversione o il trasferimento di valori patrimoniali, sapendo che essi sono proventi, allo scopo di occultare o dissimulare l'illecita provenienza dei valori patrimoniali stessi o aiutare persone coinvolte nella commissione del reato principale a sottrarsi alle conseguenze giuridiche dei loro atti;
- b. l'occultamento o la dissimulazione della natura, dell'origine, dell'ubicazione, di atti di disposizione o del movimento di valori patrimoniali, nonché dei diritti di proprietà e degli altri diritti ad essi relativi, sapendo che detti valori patrimoniali sono proventi; e, fatti salvi i suoi principi costituzionali e i concetti fondamentali del suo ordinamento giuridico;
- c. l'acquisizione, il possesso o l'uso di valori patrimoniali sapendo, nel momento in cui sono ricevuti, che essi sono proventi;
- d. la partecipazione nella commissione di reati che sono stati previsti a norma del presente articolo, l'associazione o il complotto, allo scopo di commettere tali reati, il tentativo di commetterli, nonché l'assistenza, l'istigazione, il favoreggiamento e la prestazione di consigli per la loro commissione.

2. Al fine di dare attuazione o applicazione al paragrafo 1 del presente articolo:

primo gruppo di condotte, al quale si affiancano però, alla lett. c), un *obbligo di criminalizzazione condizionato alla compatibilità con i principi penalistici* di un secondo gruppo di condotte, e al § 3 un mero *invito a criminalizzare* un terzo gruppo di condotte.

Si tratta del primo atto internazionale, tra quelli che abbiamo analizzato, nel quale viene fatto ricorso a questa tecnica, che in definitiva accorda al legislatore interno *un significativo margine di manovra in sede di adeguamento*.

In secondo luogo, la Convenzione di Strasburgo attribuisce un'inedita rilevanza ai profili attinenti al *sequestro* e alla *confisca* dei «proventi del reato»; nozioni, queste, delle quali offre all'art. 1 una definizione estremamente puntuale⁹¹.

-
- a. è irrilevante il fatto che la Parte abbia o non abbia giurisdizione penale in relazione al reato principale;
 - b. può prevedersi che i reati di cui al predetto paragrafo non si applicano alle persone che hanno commesso il reato principale;
 - c. la consapevolezza, l'intenzione e il fine, richiesti come elementi di uno dei reati di cui al predetto paragrafo, possono essere dedotti da circostanze obiettive e di fatto.

3. Ciascuna Parte può prendere le misure che ritiene necessarie per conferire carattere di reato, secondo la propria legge interna, alla totalità o a una parte degli atti di cui al paragrafo 1 del presente articolo, in uno o in tutti dei seguenti casi:

- a. l'autore avrebbe dovuto ritenere che i valori patrimoniali costituivano proventi;
- b. quando l'autore ha agito a fine di lucro;
- c. quando l'autore ha agito per facilitare la continuazione di ulteriori attività criminali.

4. Ciascuna Parte, al momento della firma o all'atto del deposito dello strumento di ratificazione, d'accettazione, d'approvazione o d'adesione, può, con dichiarazione diretta al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, dichiarare che il paragrafo 1 del presente articolo si applica soltanto ai reati principali o alle categorie di tali reati specificati nella predetta dichiarazione».

⁹¹Recita infatti l'art. 1 che: « Ai fini della presente Convenzione:

- a. «provento» significa ogni vantaggio economico derivato da reati. Esso può consistere in qualsiasi valore patrimoniale, come definito nel sottoparagrafo b del presente articolo;
- b. «valori patrimoniali» comprende valori patrimoniali in qualsiasi modo descritti, materiali o immateriali, mobili o immobili, nonché documenti legali o strumenti comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti sui predetti valori;
- c. «strumenti» significa qualsiasi oggetto usato o destinato a essere usato, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere uno o più reati;
- d. «confisca» significa una sanzione o misura, ordinata da un'autorità giudiziaria a seguito di una procedura per uno o più reati, che consiste nel privare definitivamente di un valore patrimoniale;
- e. «reato principale» significa qualsiasi reato in conseguenza del quale si formano proventi che possono diventare oggetto di uno dei reati definiti all'articolo 6 della presente Convenzione».

Quanto alla *confisca*, l'art. 2 dispone, al § 1, che «ciascuna Parte prende le misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie per consentirle di procedere alla confisca di strumenti e di proventi, o di valori patrimoniali il cui valore corrisponde a tali proventi», e dunque impone l'obbligo di prevedere la *confisca* anche nella forma *per equivalente*, almeno in relazione ai reati di riciclaggio disciplinati dalla Convenzione (posto che il successivo § 2 afferma che «ciascuna Parte, al momento della firma o all'atto del deposito dello strumento di ratificazione, d'accettazione, d'approvazione o d'adesione, può, con dichiarazione diretta al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, dichiarare che il paragrafo 1 del presente articolo si applica *soltanto ai reati o alle categorie di tali reati specificati nella predetta dichiarazione*».).

Anche in questo caso, dunque, il legislatore nazionale conserva una discrezionalità tutt'altro che trascurabile in sede di esecuzione.

In merito al *sequestro*, invece, l'art. 4 si sofferma in particolare sul *sequestro di documenti bancari, finanziari o commerciali*, richiedendo alle Parti contraenti di prendere le misure legislative o di altra natura che si mostrino necessarie per sottoporli a sequestro finalizzato alla confisca e stabilendo il *divieto di opporre il segreto bancario* (§1).

Il § 2 della stessa norma dispone, poi, in maniera assai incisiva che debbano essere adottate *tecniche investigative che facilitino l'identificazione e l'aumento dei proventi, nonché la raccolta delle relative prove*; tecniche che possono comprendere «provvedimenti intesi alla sorveglianza di conti bancari, osservazioni, intercettazioni di telecomunicazioni, accesso a sistemi computerizzati e ordini di produrre determinati documenti».

Più rituali si mostrano, invece, gli *obblighi di cooperazione di polizia e giudiziaria* delineati in maniera estremamente puntuale dagli artt. 8 ss. Merita menzione, però, l'art. 18⁹², che *enuncia tassativamente i casi di*

⁹²Pare opportuno riportare per intero il testo dell'art. 18, rubricato «Motivi di rifiuto»: «La cooperazione ai sensi del presente capitolo può essere rifiutata se:

- a. la misura richiesta fosse contraria ai principi fondamentali del sistema giuridico della Parte richiesta; o
- b. l'esecuzione della richiesta rischia di pregiudicare la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi essenziali della Parte richiesta; o
- c. la Parte richiesta ritiene che l'importanza del caso al quale la richiesta si riferisce non giustifica il compimento della misura richiesta; o
- d. il reato al quale si riferisce la richiesta è di natura politica o fiscale; o
- e. la Parte richiesta ritiene che il compimento della misura richiesta sarebbe contrario al principio «ne bis in idem»; o
- f. il reato al quale la richiesta si riferisce non costituirebbe reato secondo la legge della Parte richiesta se esso fosse stato commesso nell'ambito della sua giurisdizione. Tuttavia, tale motivo di rifiuto è applicabile alla cooperazione prevista dalla sezione 2 soltanto nei limiti in cui l'assistenza richiesta comporti misure coercitive.

2. La cooperazione ai sensi della sezione 2, nella misura in cui l'assistenza richiesta comporti misure coercitive, e ai sensi della sezione 3 del presente capitolo può inoltre

essere rifiutata se, qualora si trattasse di un caso interno analogo, la legge interna della Parte richiesta non consentirebbe l'adozione delle misure richieste ai fini di indagini o di procedure.

3. Quando la legge della Parte richiesta lo prevede, la cooperazione ai sensi della sezione 2, nella misura in cui l'assistenza richiesta comporti misure coercitive, e ai sensi della sezione 3 del presente capitolo può essere rifiutata, inoltre, se le misure richieste, o qualsiasi altra misura avente analoghi effetti, non fossero consentite dalla legge della Parte richiedente, oppure, per quanto riguarda le competenti autorità della Parte richiedente, se la richiesta non è autorizzata né da un giudice, né da altra autorità giudiziaria, comprese le procure pubbliche, che agiscano in relazione a un reato.

4. La cooperazione ai sensi della sezione 4 del presente capitolo può inoltre essere rifiutata se:

- a. la legge della Parte richiesta non prevede la confisca per il tipo di reato al quale la richiesta stessa si riferisce; o
- b. senza pregiudizio per l'obbligo fissato dall'articolo 13 paragrafo 3, essa fosse contraria ai principi dell'ordinamento interno della Parte richiesta relativi ai limiti della confisca determinati con riguardo al rapporto fra il reato e:
 - i. il vantaggio economico che potrebbe essere considerato come suo provento; oppure
 - ii. i valori patrimoniali che potrebbero essere considerati come strumenti; o
- c. secondo la legge della Parte richiesta, la confisca non può essere ordinata o eseguita a causa della prescrizione; o
- d. la richiesta non si riferisce a una precedente condanna né a una decisione di natura giudiziaria, né a una dichiarazione, contenuta in una tale decisione, secondo la quale sono stati commessi uno o più reati, sulla base della quale la confisca è stata ordinata o richiesta; o
- e. la confisca non è eseguibile nella Parte richiedente, o è ancora soggetta a rimedi ordinari di diritto; o
- f. la richiesta si riferisce a un ordine di confisca avente origine da una decisione presa in assenza della persona contro la quale il provvedimento stesso è stato emesso e, a giudizio della Parte richiesta, la procedura avviata dalla Parte richiedente e che ha portato a tale decisione non ha rispettato i diritti minimi di difesa garantiti a favore di tutte le persone accusate di un reato.

5. Ai fini del paragrafo 4f del presente articolo, la decisione non è ritenuta presa in assenza se:

- a. è stata confermata o presa dopo opposizione della persona interessata; o
- b. è stata presa in sede di appello e l'appello è stato interposto dalla persona interessata.

6. Nel valutare, ai fini del paragrafo 4f del presente articolo, se i diritti minimi di difesa sono stati rispettati, la Parte richiesta tiene conto del fatto che la persona interessata abbia deliberatamente cercato di sottrarsi alla giustizia ovvero che tale persona, avendo avuto la possibilità di ricorrere contro la decisione presa in sua assenza, ha scelto di non farlo. Lo stesso vale quando la persona interessata, cui la citazione a comparire è stata debitamente notificata, abbia deciso di non comparire o di non chiedere un rinvio.

7. Una Parte non può invocare il segreto bancario come motivo per rifiutarsi di cooperare a norma del presente capitolo. Se la propria legge interna così dispone, ciascuna Parte può richiedere che le richieste di cooperazione le quali comportino la rivelazione di segreti bancari venga autorizzata o da un giudice o da altra autorità giudiziaria, comprese le procure pubbliche, che agiscano in relazione ad un reato.

8. Senza pregiudicare il motivo di rifiuto previsto dal paragrafo 1a del presente articolo:

rifiuto di cooperare che possono essere considerati legittimi ai sensi della Convenzione, con l'evidente intenzione di prevenire l'insorgere di controversie e di incentivare quanto più possibile la collaborazione tra le competenti autorità statali.

1.19 La Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997

E veniamo alla *Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, adottata a Parigi nell'ambito del Consiglio dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) il 17 dicembre 1997.

Prima di concentrarci sull'esame del Preambolo e dell'articolato, vale forse la pena di gettare uno sguardo ai precedenti tentativi (poi falliti) di adottare uno strumento internazionale *ad hoc* in tema di corruzione, i quali muovevano dalla constatazione della *pervasività del fenomeno* e dalla sua *diffusione a livello globale*, nei Paesi ricchi come in quelli poveri, nel pubblico e nel privato⁹³.

Negli anni Settanta, in effetti, le Nazioni Unite, su impulso degli Stati Uniti, avevano lanciato un ambizioso progetto volto all'adozione di una convenzione internazionale a vocazione universale in tema di corruzione, che tuttavia dovette essere abbandonato nel 1979 perché «l'argomento rimase invischiato nel trambusto politico delle contrapposizioni tra il Nord e il Sud e tra l'Est e l'Ovest del mondo»⁹⁴.

- a. il fatto che la persona nei confronti della quale s'indaga o è stato emesso un ordine di confisca, da parte delle autorità della Parte richiedente, sia una persona giuridica non può essere invocato dalla Parte richiesta come impedimento a prestare qualsiasi cooperazione a norma del presente capitolo;
- b. il fatto che una persona fisica contro la quale sia stato emesso un ordine di confisca di proventi sia deceduta in seguito, o il fatto che una persona giuridica contro la quale sia stato emesso un ordine di confisca di proventi sia stata sciolta in seguito, non può essere invocato come impedimento all'assistenza a norma dell'articolo 13 paragrafo 1a».

⁹³Cfr. sul punto le acute osservazioni di R. KLITGAARD, *Roles for international organizations in the fight against corruption*, in P. BERNASCONI (a cura di), *Responding to corruption. Social defence, corruption, and the protection of public administration and the independence of justice, Updated documents of the XIIIth International Congress of Social Defence - Lecce 1996*, Napoli, 2000, p. 364 ss. L'Autore sottolinea, condivisibilmente, come non tutte le tipologie di corruzione siano egualmente dannose e come anche l'estensione e la natura sistemica o meno del fenomeno siano aspetti importanti, giungendo infine all'elaborazione metaforica della "formula della corruzione": $C = M + D - A$ (*Corruption equals monopoly plus discretion minus accountability*).

⁹⁴Così M. PIETH, *The coordination of international initiatives against corruption: a perspective for the future?*, in P. BERNASCONI (a cura di), *Responding to corruption. Social*

Nel 1977 la Camera internazionale del commercio portò a compimento le *Rules of conduct* che erano state elaborate in parallelo alla Convenzione ONU, e che senza quest'ultima restarono, tuttavia, lettera morta⁹⁵.

Gli Stati Uniti rimasero così l'unico Stato che esercitava un'effettiva azione di contrasto alla corruzione transnazionale, a dispetto del fatto che anche altri Paesi (in particolare, la Svezia e il Regno Unito) disponessero dei mezzi per farlo. Nel 1989, tuttavia, essi decisero di rimettere sul tavolo del negoziato la questione dell'adozione di uno strumento *ad hoc*, ridimensionando l'originario progetto attraverso la limitazione dell'oggetto dell'atto alle *transazioni commerciali* e dell'ambito di applicazione dello stesso ai *soli Paesi del Nord del mondo*: si fecero dunque promotori di una nuova iniziativa, questa volta in seno all'*Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico* (OCSE), che portò prima all'adozione della *Raccomandazione sulla corruzione nelle transazioni commerciali internazionali* del 27 maggio 1994 e poi all'introduzione di un meccanismo di *follow-up*, attraverso l'istituzione di un organo deputato a valutare l'operato dei singoli Stati in merito all'implementazione della *Raccomandazione medesima*⁹⁶.

Tra il 1994 e il 1997 venne poi messo a punto il testo di quella che sarebbe divenuta la Convenzione OCSE, che costituisce l'oggetto del presente paragrafo.

È stata giustamente evidenziata la sinergia tra questa ed altre iniziative di contrasto alla corruzione internazionale che venivano condotte nello stesso periodo da altre *international agencies*: *in primis* il Consiglio d'Europa, che nel giugno del 1994 aveva organizzato a Malta un importante *summit* dei Ministri della giustizia dei Paesi membri per stabilire le tappe di un'azione comune per la lotta alla corruzione nazionale e internazionale, attiva e passiva, nel settore privato e in quello pubblico⁹⁷; e in secondo luogo l'Unione europea e l'Organizzazione degli Stati americani, che si erano dati di recente strumenti vincolanti nei quali veniva affrontato anche il tema della corruzione internazionale (rispettivamente, il *Protocollo addizionale alla Convenzione PIF* del 27 settembre 1996, di cui ci occuperemo *ex professo* nel terzo capitolo, e la *Convenzione interamericana contro la corruzione* adottata a Caracas il 29 maggio 1996).

L'OCSE approfittava del clima favorevole venutosi a creare nel panorama internazionale in tema di lotta alla corruzione per adottare poi, nel maggio 1996, una nuova *Raccomandazione*, nella quale si richiedeva agli Stati, nel

defence, corruption, and the protection of public administration and the independence of justice, Updated documents of the XIIIth International Congress of Social Defence – Lecce 1996, Napoli, 2000, p. 390.

⁹⁵Cfr. sul punto M. PIETH, *The coordination of international initiatives against corruption*, cit., p. 390.

⁹⁶Cfr. ancora M. PIETH, *The coordination of international initiatives against corruption*, cit., pp. 390-391.

⁹⁷Cfr. ancora M. PIETH, *The coordination of international initiatives against corruption*, cit., pp. 391 e 392.

linguaggio diplomatico, la messa al bando della deducibilità fiscale dei proventi della corruzione internazionale; e soprattutto per approvare, il 17 dicembre del 1997, la Convenzione in commento.

Quasi contemporaneamente: a) molti istituti di credito, e in particolare il *Fondo monetario internazionale*, si impegnavano a porre in essere più stringenti politiche di contrasto alla corruzione; b) l'*Organizzazione mondiale del commercio* metteva in cantiere una discussione sulle modalità per arginare la corruzione nell'ambito degli appalti pubblici; c) le *Nazioni Unite* adottavano nel novembre 1996 una *Risoluzione contenente una dichiarazione contro la corruzione nelle transazioni commerciali internazionali* che traeva significativi spunti dalla bozza del testo della Convenzione OCSE; d) la *Camera di commercio internazionale* rivedeva le proprie *Rules of conduct* nel marzo del 1996.

Delineato a larghe pennellate il contesto internazionale nel quale la Convenzione OCSE si inserisce, possiamo finalmente approcciarci all'esame del *Preambolo*, il quale mette in rilievo l'assoluta necessità di introdurre «misure efficaci per scoraggiare, prevenire e combattere la corruzione di pubblici ufficiali stranieri in relazione alle operazioni economiche internazionali, ed in particolare la pronta incriminazione di tale corruzione in maniera efficace e coordinata», dato che essa rappresenta «un fenomeno diffuso nelle operazioni economiche internazionali, ivi comprese le operazioni commerciali e gli investimenti, che *desta serie preoccupazioni morali e politiche, mina la corretta gestione degli affari pubblici e lo sviluppo economico e altera le condizioni internazionali in materia di concorrenza*» e che «la responsabilità della lotta contro la corruzione nelle operazioni economiche internazionali incombe a tutti i Paesi».

Rimangono sostanzialmente in ombra, dunque, le *ragioni ideali* a sostegno della lotta alla corruzione transnazionale che sono invece ben presenti nel *Preambolo* della parallela Convenzione ONU del 2003, della quale ci occuperemo in uno dei paragrafi successivi.

Venendo ora all'analisi dell'articolato, la norma cardine sul fronte del diritto penale sostanziale è senz'altro rappresentata dall'art. 1, che al § 1 pone un *obbligo di incriminazione della corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri*, descrivendo in modo dettagliato la condotta penalmente rilevante sotto il profilo oggettivo e soggettivo (e in particolare richiedendo, in relazione a quest'ultimo, la sussistenza del *dolo generico* nella forma del *dolo intenzionale* oltre che del *dolo specifico*)⁹⁸.

⁹⁸Pare opportuno riportare di seguito l'intero testo dell'art. 1, rubricato «Reato di corruzione di pubblici ufficiali stranieri»:

1. Ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie affinché la propria legge consideri come illecito penale il fatto di chi intenzionalmente offra, prometta o dia qualsiasi indebito beneficio pecuniario o di altra natura, direttamente o per mezzo di intermediari, ad un pubblico ufficiale straniero, per lui o per un terzo, affinché l'ufficiale compia o si astenga dal compiere atti in relazione a doveri d'ufficio, per conseguire o conservare un affare o un

Indubbiamente funzionali all'obiettivo di armonizzazione che la Convenzione si prefigge sono le *articolate definizioni* di «pubblico ufficiale straniero», «Paese straniero» e «compiere o astenersi dal compiere atti in relazione a doveri d'ufficio» cui all'art. 1 § 4.

Il § 2 dello stesso articolo estende poi la punibilità alla complicità, all'istigazione, al favoreggiamento e all'«autorizzazione a compiere» atti di corruzione passiva, limitandosi invece a stabilire che il tentativo e l'associazione a delinquere finalizzata alla corruzione di un pubblico ufficiale straniero debbano «essere considerati illeciti penali nella misura in cui lo siano il tentativo e l'associazione ai fini della corruzione di un pubblico ufficiale della predetta Parte»: la norma fa dunque propria la tecnica di *tutela cd. per assimilazione*, tesa ad assicurare ai beni giuridici di rilievo sovranazionale una tutela equivalente a quella approntata a livello interno per i corrispondenti beni di rilievo nazionale, che come vedremo avrà un ruolo estremamente significativo nell'elaborazione normativa dell'Unione europea.

La *tutela per assimilazione* è poi adottata dall'art. 7⁹⁹ a proposito dell'eventuale inserimento della corruzione di pubblico ufficiale straniero, dovunque essa sia avvenuta, tra i reati-presupposto del riciclaggio: le Parti contraenti saranno tenute ad estendere la lista di tali reati-presupposto *soltanto nel caso in cui la suddetta lista già includa la corruzione di pubblici ufficiali nazionali*.

altro vantaggio indebito nell'ambito del commercio internazionale.

2. Ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie per stabilire che rendersi complice di un atto di corruzione di un pubblico ufficiale straniero, inclusi l'istigazione, il favoreggiamento o l'autorizzazione a compiere tale atto, costituiscono illecito penale. Il tentativo e l'associazione ai fini della corruzione di un pubblico ufficiale straniero devono essere considerati illeciti penali nella misura in cui lo siano il tentativo e l'associazione ai fini della corruzione di un pubblico ufficiale della predetta Parte.

3. I reati di cui ai precedenti paragrafi 1 e 2 sono qui di seguito denominati «corruzione di pubblico ufficiale straniero».

4. Ai fini della presente Convenzione:

- a. l'espressione «pubblico ufficiale straniero» indica qualsiasi persona, nominata od eletta, che esercita una funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria in un Paese straniero, qualsiasi persona che esercita una funzione pubblica per un Paese straniero o per un ente pubblico o un'impresa pubblica di tale Paese e qualsiasi funzionario o agente di un'organizzazione internazionale pubblica;
- b. l'espressione «Paese straniero» include tutti i livelli e le suddivisioni amministrativi, da quelli nazionali a quelli locali;
- c. l'espressione «compiere o astenersi dal compiere atti in relazione a doveri d'ufficio» include qualsiasi utilizzazione della posizione di pubblico ufficiale, nell'ambito o al di fuori delle competenze dello stesso».

⁹⁹ Ai sensi dell'art. 7, rubricato «*Riciclaggio di denaro*», «Ciascuna Parte che abbia considerato la corruzione di pubblici ufficiali nazionali quale reato preliminare nell'ambito dell'applicazione della propria legislazione sul riciclaggio di denaro deve adottare analoga previsione in caso di corruzione di pubblico ufficiale straniero, ovunque la corruzione sia avvenuta».

Pone invece soltanto un obbligo di prevedere sanzioni proporzionate e dissuasive di *carattere civile, amministrativo o penale* per l'omessa registrazione di talune operazioni nei libri contabili o la falsificazione degli stessi l'art. 8¹⁰⁰, che dunque *non impone agli Stati parte la scelta in favore della penalizzazione* (pure indicata come quella largamente preferibile).

Di notevole importanza è poi l'art. 6¹⁰¹, che – con una previsione fino ad allora insolita nel panorama internazionale – impone che il *tempo necessario a prescrivere il reato sia tale da consentire lo svolgimento delle indagini e la celebrazione del processo*: una previsione significativamente ripresa, come vedremo, dalla Convenzione ONU del 2003 sullo stesso tema.

Per quel che concerne in particolare i profili sanzionatori, l'art. 3 § 1 perspicuamente chiarisce che «la corruzione di pubblico ufficiale straniero deve essere passibile di *sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive*», e che «la gamma delle sanzioni applicabili dev'essere *comparabile con quella prevista per la corruzione di pubblici ufficiali della Parte interessata* e deve, nel caso di persone fisiche, comprendere *pene privative della libertà sufficienti a consentire un'assistenza giudiziaria efficace e l'estradizione*»: la Convenzione pone dunque l'accento sull'*equivalenza della tutela*, fermo in ogni caso il rispetto del *principio di effettività* della stessa.

Il § 3 di detta norma impone, poi, l'applicazione di provvedimenti di sequestro e confisca (o di «sanzioni pecuniarie di simile effetto») ai *proventi derivanti dalla corruzione del pubblico ufficiale straniero o a beni di valore corrispondente*, mentre il § 4 invita le parti contraenti a prendere in considerazione la possibilità di prevedere *ulteriori sanzioni civili o amministrative per il corruttore*.

Merita un cenno anche l'art. 2, ai sensi del quale «ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie, *secondo i propri principi giuridici*, per stabilire *la responsabilità delle persone giuridiche* in caso di corruzione di un pubblico ufficiale straniero»; norma, quest'ultima, idealmente collegata all'art. 3 § 2, il quale dispone che «nel caso in cui, secondo il sistema giuridico di una Parte, la responsabilità penale non è applicabile alle persone giuridiche, la Parte in

¹⁰⁰ Dispone infatti l'art. 8, rubricato «*Disposizioni in materia di contabilità*», che:

«1. Per combattere la corruzione di pubblici ufficiali stranieri in modo efficace, ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie, nel quadro delle proprie leggi e regolamenti concernenti la tenuta di libri e scritture contabili, la diffusione di rendiconti finanziari e le norme sulla contabilità e la verifica dei conti, per vietare l'istituzione di contabilità fuori bilancio, l'effettuazione di operazioni non registrate o non adeguatamente identificate, l'iscrizione di spese inesistenti, l'iscrizione di passività il cui oggetto sia indicato in modo scorretto e l'uso di documenti falsi, da parte di imprese soggette a dette leggi e regolamenti, allo scopo di corrompere pubblici ufficiali stranieri o di occultare tale corruzione.

2. Ciascuna Parte deve prevedere sanzioni civili, amministrative o penali efficaci, proporzionate e dissuasive per tali omissioni e falsificazioni di libri e scritture contabili e di comunicazioni finanziarie di tali imprese».

¹⁰¹ Recita infatti l'art. 6, rubricato «*Prescrizione*», che «La disciplina della prescrizione del reato di corruzione di pubblico ufficiale straniero deve prevedere un termine di decorso adeguato per le indagini e il perseguimento del reato».

questione deve assicurare che le persone giuridiche siano *passibili di sanzioni non penali efficaci, proporzionate e dissuasive, incluse le sanzioni pecuniarie*, in caso di corruzione di pubblico ufficiale straniero».

Si tratta del *primo strumento di diritto internazionale pattizio che espresamente richiede la previsione di una qualche forma di responsabilità per le persone giuridiche* che abbiano beneficiato della commissione del reato: un modello, questo, che verrà in seguito ampiamente utilizzato tanto nel settore del diritto internazionale tradizionalmente inteso quanto in quello del diritto delle istituzioni europee.

Sul versante più propriamente procedurale, l'art. 5 afferma che ciascuno Stato membro deve adottare le misure necessarie per stabilire la propria giurisdizione in materia di corruzione internazionale nel duplice caso in cui il reato sia commesso sul proprio territorio (principio di *territorialità*, espresso dal § 1) o, pur essendo lo stesso commesso all'estero, il soggetto attivo del reato sia un proprio cittadino (principio di *personalità attiva*, espresso dal § 2).

Del tutto inedite sono poi le previsioni del § 3, che in caso di conflitto positivo di giurisdizione prevede che le Parti interessate *si consultino «per stabilire quale di esse sia meglio in grado di esercitare l'azione penale»*, e del § 4, che invita le Parti contraenti ad *«esaminare se i vigenti presupposti giurisdizionali sono efficaci per la lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri e adottare in caso contrario misure correttive adeguate»*.

Ai sensi dell'art. 10¹⁰², la corruzione internazionale deve essere inserita nella lista dei reati che danno luogo ad *estradizione* secondo le leggi nazionali e le Convenzioni di estradizione in vigore tra le parti (§ 1). Come dispone innovativamente il § 2, inoltre, *«se una Parte che subordina l'estradizione all'esistenza di una Convenzione di estradizione riceve una richiesta di estradizione da un'altra Parte con la quale non è vincolata da una Convenzione di*

¹⁰²Pare opportuno riportare il testo completo dell'art. 10:

1. La corruzione di pubblico ufficiale straniero deve essere considerata inclusa tra i reati che danno luogo a estradizione secondo le leggi nazionali delle Parti e le Convenzioni di estradizione in vigore tra di esse.

2. Se una Parte che subordina l'estradizione all'esistenza di una Convenzione di estradizione riceve una richiesta di estradizione da un'altra Parte con la quale non è vincolata da una Convenzione di estradizione, essa può considerare la presente Convenzione come base giuridica per l'estradizione relativamente al reato di corruzione di pubblico ufficiale straniero.

3. Ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie per poter estradare i propri cittadini o poterli perseguire per il reato di corruzione di pubblico ufficiale straniero. Una Parte che rifiuta la richiesta di estradizione di una persona per corruzione di pubblico ufficiale straniero solo per il fatto che la persona è un suo cittadino, deve sottoporre il caso alle proprie autorità competenti ai fini dell'azione penale.

4. L'estradizione per corruzione di pubblico ufficiale straniero è soggetta alle condizioni stabilite dal diritto interno e dalle convenzioni e dagli accordi applicabili di ciascuna Parte. Se una Parte subordina l'estradizione all'esistenza di una doppia incriminazione, tale condizione sarà considerata adempiuta se il reato per il quale l'estradizione è richiesta rientra nel campo di applicazione dell'articolo 1 della presente Convenzione».

estradizione, essa può considerare la presente Convenzione come *base giuridica per l'estradizione* relativamente al reato di corruzione di pubblico ufficiale straniero».

Sancisce infine il principio dell'*aut dedere, aut judicare* il § 3, stabilendo in particolare che se la richiesta di estradizione viene rifiutata da una Parte contraente solo per il fatto che l'indagato/imputato è un suo cittadino essa deve necessariamente esercitare la propria giurisdizione.

Sul fronte della *cooperazione giudiziaria* – sia ai fini di indagini e procedimenti penali contro persone fisiche, sia ai fini dei procedimenti non penali avviati contro persone giuridiche – va menzionato l'art. 9, che al § 3 chiarisce espressamente che l'assistenza giudiziaria in materia penale *non potrà essere rifiutata invocando il segreto bancario*: evidente il collegamento con la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, poc'anzi analizzata.

Di particolare interesse, infine, l'art. 5, che sancisce il principio per cui le indagini e l'azione penale per corruzione internazionale «sono soggette alle norme e ai principi applicabili per ciascuna Parte», ma che le stesse «*non devono essere influenzate da considerazioni di interesse economico nazionale, dai possibili effetti sulle relazioni con un altro Stato o dall'identità delle persone fisiche o giuridiche interessate*»; elementi, questi ultimi, che potrebbero forse rientrare tra quelli che gli Stati interessati devono valutare per stabilire quale sia il Paese nella posizione migliore per esercitare la giurisdizione penale nel caso di conflitto positivo di giurisdizione *ex art. 4 § 2*.

Ancora una volta, dunque, uno strumento internazionale si spinge a dettare indicazioni vincolanti in relazione all'esercizio dell'azione penale (sia pur stabilendo, in negativo, quali considerazioni non devono influenzare la decisione delle autorità a ciò preposte).

1.20 Il Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del bambino riguardante il traffico di bambini, la prostituzione e la pornografia infantile del 25 maggio 2000

Merita di essere esaminato anche il *Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del bambino riguardante il traffico di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile*, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione n. 54/263 del 25 maggio 2000 ed entrato in vigore il 18 gennaio 2002.

Si tratta del *primo strumento internazionale a connotazione penalistica e a vocazione universale che affronta in maniera mirata le più note manifestazioni dello sfruttamento sessuale dei bambini* (ossia la vendita, la

prostituzione e la pornografia)¹⁰³, introducendo appunto dei veri e propri obblighi di criminalizzazione.

Prima di passare a un'analisi approfondita dell'articolato, conviene tuttavia chiarire i rapporti tra il Protocollo in esame e gli strumenti internazionali – adottati nell'ambito delle Nazioni Unite, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea – che costituiscono i suoi più diretti antecedenti normativi.

Per quanto la stessa non contenga obblighi di tutela penale, non può non essere menzionata in prima battuta la *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 2 settembre del 1990. All'art. 34 essa cristallizza l'impegno degli Stati firmatari a proteggere il fanciullo da ogni forma di violenza e sfruttamento sessuale e sollecita l'adozione di «ogni adeguata misura a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire che il minore sia: a) indotto o costretto a dedicarsi a qualunque attività sessuale illegale; b) sfruttato a fini di prostituzione o in altre pratiche sessuali illegali; c) sfruttato in spettacoli e materiali pornografici»; mentre all'art. 19 richiede agli stessi l'adozione di «ogni misura legislativa, amministrativa, sociale ed educativa per tutelare il fanciullo contro ogni forma di violenza, di oltraggio, di brutalità fisiche o mentali, di abbandono o di negligenza, di maltrattamenti o di sfruttamento, compresa la violenza sessuale, per tutto il tempo in cui è affidato all'uno o all'altro, o ad entrambi i suoi genitori, al suo rappresentante legale, oppure ad ogni altra persona che ha il suo sfruttamento»: la necessità dell'intervento penalistico, che pure non viene espressamente evocato, si può senz'altro leggere tra le righe delle norme ora menzionate¹⁰⁴.

Parimenti non contiene obblighi espressi di criminalizzazione la *Carta sociale europea*, adottata a Torino nell'ottobre del 1961 e poi «pressoché dimenticata per un trentennio»¹⁰⁵, che ha ricevuto un nuovo impulso dopo la rielaborazione avvenuta tra il 1990 e il 1994 ad opera del Comitato *Charte-*

¹⁰³Cfr. sul punto D. BIANCHI – E. BERNACCHI – G. CICCOTTI, A. SALVI, *Uscire dal silenzio. Lo stato di attuazione della legge 269/98*, Firenze, 2003, p. 148.

¹⁰⁴Giova peraltro rilevare come l'art. 43 della Convenzione abbia istituito un Comitato sui diritti del fanciullo, con sede a Ginevra, per vigilare sulla concreta attuazione degli impegni assunti dagli Stati con la Convenzione e al quale gli stessi devono riferire periodicamente. Nell'*Explanatory report* della Convenzione del 2007 del Consiglio d'Europa per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, il Comitato ha purtroppo di recente constatato come i bambini in Europa non siano ancora sufficientemente protetti dai rischi di abuso e sfruttamento sessuale, e prendendo atto della carenza degli strumenti normativi adottati ha raccomandato agli Stati membri l'introduzione di un sistema di prevenzione e protezione più efficace. Il *report* è consultabile all'indirizzo www.conventions.coe.int.

¹⁰⁵Così G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in www.forumcostituzionale.it, sezione Paper.

*Rel*¹⁰⁶ ed è stata nuovamente aperta alla firma il 3 maggio del 1996¹⁰⁷.

All'art. 17, nondimeno, essa assicura ai bambini e agli adolescenti «l'effettivo esercizio del diritto di crescere in un ambiente favorevole allo sviluppo della loro personalità e delle loro attitudini fisiche e mentali» e – per quel che più ci interessa in questa sede – impone agli Stati di adottare misure idonee a «proteggere i bambini e gli adolescenti dalla negligenza, dalla violenza e dallo sfruttamento»¹⁰⁸: anche in questo caso, è dunque possibile ritenere che la Carta contenga degli *obblighi di criminalizzazione impliciti* del traffico di bambini, della prostituzione e della pornografia infantile¹⁰⁹.

È stato solo con la prima *Conferenza mondiale contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali* dell'agosto 1996, organizzata a Stoccolma dal governo svedese in collaborazione con UNICEF, ECPAT e le varie ONG per la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, tuttavia, che la comunità internazionale ha realmente preso coscienza della gravità del fenomeno e si è impegnata «ad avviare una serie di azioni nazionali, regionali e internazionali finalizzate a combattere questo fenomeno dilagante e privo di frontiere»¹¹⁰.

Di importanza fondamentale è, a questo proposito, la *Dichiarazione finale* con cui gli Stati si sono impegnati «a tutelare il fanciullo dallo sfruttamento e dall'abuso sessuale e a promuovere il suo recupero fisico e psicologico e la reintegrazione sociale qualora ne fosse vittima» (punto 3), e soprattutto a «criminalizzare lo sfruttamento sessuale dei fanciulli a fini commerciali così come qualsiasi forma di sfruttamento sessuale dei fanciulli, condannare e punire tutti coloro che ne sono coinvolti, sia locali che stranieri, garantendo l'incolumità dei fanciulli vittime di questo traffico» (punto 12).

Parimenti significativo è il *Programma d'azione contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali*, elaborato in quella stessa sede, il quale «mira a mettere in luce gli impegni internazionali esistenti, ad individuare

¹⁰⁶Si sono infatti riuniti all'interno di un unico documento tutti i diritti garantiti dalla Carta sociale europea del 1961 e dal Protocollo opzionale del 1988, rielaborandoli e specificandoli «alla luce dell'esperienza acquisita e del mutato contesto sociopolitico»: cfr. sul punto F. OLIVERI, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, in www.europeanrights.eu, p. 2.

¹⁰⁷L'Italia l'ha ratificata con l. n. 90 del 1999.

¹⁰⁸La formulazione precedente dell'art. 17, invece, si limitava ad assicurare semplicemente la «protezione sociale ed economica delle madri e dei bambini».

¹⁰⁹A tali conclusioni, del resto, è giunto il *Segretariato per la Carta sociale europea*, in sede di definizione delle linee guida cui attenersi per approntare un'efficace tutela dei diritti dei bambini: esso ha infatti interpretato l'art. 17 come *fonte di uno specifico impegno degli Stati membri a porre in essere ogni misura necessaria a proibire e contrastare tutte le forme di violenza fisiche e morali sui bambini*, evidenziando in particolare la necessità che un simile divieto sia accompagnato da un meccanismo di vigilanza idoneo e, soprattutto, da *sanzioni adeguate*.

¹¹⁰Così D. BIANCHI – E. BERNACCHI – G. CICCOTTI, A. SALVI, *Uscire dal silenzio*, cit., p. 146.

le priorità d'azione e cooperazione e a contribuire nell'attuazione di quanto disposto dai pertinenti strumenti internazionali» (§ 1).

Per ciò che più da vicino riguarda l'oggetto della nostra trattazione, è opportuno menzionare il disposto del § 4, il quale:

- alla lettera b) invita gli Stati ad «elaborare o potenziare e applicare le leggi nazionali per stabilire la responsabilità penale di chi beneficia del servizio, dei clienti e degli intermediari coinvolti nella prostituzione e nel traffico di bambini, nella pornografia infantile, compreso il possesso di materiale pornografico infantile e tutte le altre attività sessuali illegali»;
- alla lettera f) sollecita i medesimi a rafforzare o a creare strumenti di cooperazione tra le autorità nazionali o internazionali, tra le quali l'INTERPOL, e la società civile, in modo da monitorare gli episodi di sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali, e parimenti a istituire tra le forze dell'ordine unità speciali, dotate di risorse adeguate e a misura di bambino per contrastare il fenomeno in maniera più efficace; e
- alla lettera d) richiede ai legislatori statali di elaborare, rafforzare e comunque rendere effettive le leggi penali extraterritoriali e di promuovere l'estradizione e le altre misure idonee a garantire che la persona accusata di aver sfruttato minori all'estero possa essere sottoposta a processo penale tanto nel Paese d'origine quanto in quello di destinazione.

La *Decisione finale e il Programma d'azione* sono dunque giunti a conclusioni esplicite quanto alla necessità che siano punite *tutte le forme di sfruttamento sessuale dei bambini*, che oltre allo sfruttatore sia assoggettato a sanzione penale anche il *cliente* delle prostitute minorenni e che debba costituire reato *anche il semplice possesso di materiale pornografico infantile*: principi, questi, che costituiranno i punti fermi per tutte le successive iniziative in materia, tanto a livello delle Nazioni Unite quanto nell'ambito del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, e che parimenti orienteranno l'azione del legislatore nazionale in sede di adeguamento agli obblighi internazionali¹¹¹.

A seguito della Conferenza di Stoccolma e della terribile vicenda del cd. "mostro di Marcinelle" (un serial killer che tra il 1985 e il 1996 aveva sequestrato e torturato in Belgio sei giovani tra gli 8 e i 19 anni, abusandone sessualmente), si è poi assistito ad una straordinaria mobilitazione di tutte le istituzioni dell'Unione europea, culminata con l'adozione prima dell'*azione comune 97/154/GAI per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini*, e della *decisione 2000/375/GAI relativa*

¹¹¹Cfr. sul punto A. CADOPPI, *Commento all'art. 1 L. pedofilia*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 1999, pp. 427 ss.

alla lotta contro la pornografia infantile su internet poi (alle quali accenneremo nel terzo capitolo, dedicato al diritto dell'Unione europea).

Parallelamente, nell'ambito del Consiglio d'Europa veniva affidato ad un gruppo di esperti il compito di elaborare uno strumento normativo di carattere programmatico che consentisse di costruire una politica penale comune per tutelare i consociati dai crimini telematici, e quindi anche dal fenomeno della pornografia infantile. L'8 novembre veniva dunque approvata a Budapest la *Convenzione per la lotta alla cybercriminalità*, che all'art. 9.1 del terzo titolo del capitolo II, dedicato agli "illeciti contenutistici", obbliga gli Stati firmatari a perseguire penalmente le seguenti condotte, sempre se poste in essere "intenzionalmente e senza diritto":

- a) la produzione di materiale pedopornografico con lo scopo di distribuirlo attraverso una rete di computer ovvero attraverso Internet;
- b) l'offerta o la messa a disposizione di pornografia infantile per via telematica;
- c) la distribuzione o la trasmissione di pornografia infantile per via telematica;
- d) l'acquisizione del materiale pedopornografico per sé o per altri;
- e) il possesso del suddetto materiale in un computer o in una qualunque memoria di massa elettronica.

La suddetta Convenzione offre, inoltre, all'art. 9 § 2 una *specificazione di materiale pornografico infantile*, dalla quale risulta evidente la volontà di equiparare alla pedopornografia reale sia la *pedopornografia cd. apparente* (in cui la persona impegnata in una condotta sessualmente esplicita che viene rappresentata nell'immagine appare essere un minore, ma in realtà è maggiorenne) sia la *pedopornografia totalmente virtuale* (in cui non sono coinvolti minori in carne e ossa, ma soggetti virtuali che sembrano minori), sebbene il § 4 della medesima disposizione consenta alle Parti contraenti di *riservarsi di non perseguire penalmente la condotta di chi si procura e detiene materiale pornografico infantile* qualora si tratti di immagini in cui nessun bambino reale sia stato vittima di abusi sessuali¹¹².

Tutte le iniziative fin qui ricordate sono state richiamate nella prima parte dell'*Accordo globale di Yokohama*, adottato nel dicembre 2001 a conclusione del *II Congresso Mondiale contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali*, che idealmente prosegue il percorso iniziato a Stoccolma nel 1996¹¹³. La seconda parte dell'Accordo si occupa invece delle azioni future: in particolare, si incoraggiano gli Stati a ratificare gli strumenti

¹¹²Cfr. A. CADOPPI, *Commento pre-art. 600 bis*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 46.

¹¹³L'Accordo è consultabile in lingua originale nell'appendice al lavoro monografico di D. BIANCHI – E. BERNACCHI – G. CICCOTTI – A. SALVI, *Uscire dal silenzio*, cit., p. 209.

internazionali che affrontano le tematiche oggetto del Congresso e si richiede una cooperazione ad ogni livello per contrastare la diffusione della pornografia infantile attraverso Internet.

E veniamo finalmente al *Protocollo opzionale alla Convenzione di New York*, che costituisce l'oggetto del presente paragrafo e che abbiamo ora contestualizzato nel ricchissimo panorama degli strumenti internazionali *ad hoc*.

Conviene prendere le mosse dall'art. 2¹¹⁴, che detta le definizioni di «vendita di bambini», «prostituzione infantile» e «pornografia infantile»: particolarmente significativa, perché innovativa nel panorama internazionale, è la *definizione di pornografia minorile* come «qualsiasi rappresentazione, con qualsiasi mezzo, di un bambino dedito ad attività sessuali esplicite, concrete o simulate o qualsiasi rappresentazione degli organi sessuali di un bambino a fini soprattutto sessuali», la quale si focalizza *non sul concetto di sfruttamento* (come facevano invece gli artt. 600-ter e 600-quater c.p., nella versione originaria della l. n. 269/1998 che li aveva introdotti in adempimento agli obblighi assunti con la ratifica della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e in conformità a quanto sancito dalla *Dichiarazione finale* della Conferenza di Stoccolma del 1996)¹¹⁵ *ma sull'azione commessa dall'autore del reato*, e in qualche misura *sulla perversione del reo*¹¹⁶, così da estendere notevolmente il concetto di pornografia¹¹⁷.

¹¹⁴Recita infatti l'art. 2 che «Per le finalità del presente Protocollo:

- a) La vendita di bambini è intesa come ogni atto o transazione in cui un bambino è trasferito da qualunque persona o gruppo di persone ad un altro in cambio di una remunerazione o per qualunque altro motivo;
- b) La prostituzione infantile è intesa come l'impiego di un bambino in attività sessuali in cambio di una remunerazione o per qualunque altro motivo;
- c) La pornografia infantile è intesa come ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un bambino coinvolto in attività sessuali esplicite reali o simulate o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un bambino per scopi principalmente sessuali».

¹¹⁵Cfr. sul punto ancora A. CADOPPI, *Commento all'art. 1 L. pedofilia*, cit., pp. 427 ss., nonché S. DELSIGNORE, *Pornografia minorile*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, Padova, 2006, vol. III, p. 420.

¹¹⁶Si è rilevato come la definizione sia «soltanto apparentemente chiara; in realtà per stabilire in che cosa consista la *finalità sessuale* si corre il rischio di aprire la strada alla cosiddetta soggettivizzazione del significato penale del precetto. Non rileva solo il contenuto obiettivo della rappresentazione o la modalità di rappresentazione del soggetto ritratto, ma il problema viene spostato sull'accertamento e sugli effetti che dalla rappresentazione possono derivare in capo al fruitore della stessa». Così A. FORZA, *La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza* in *Riv. pen.*, 2007, p. 482.

¹¹⁷Ciò ha reso più difficile il percorso di armonizzazione per gli Stati che, come l'Italia, avevano adottato definizioni e sanzioni differenti rispetto a quelle introdotte dal Protocollo del 2002. Cfr. sul punto ancora D. BIANCHI – E. BERNACCHI – G. CICCOTTI – A. SALVI, *Uscire dal silenzio*, cit., p. 150, e A. FORZA, *La pedopornografia*, cit., p. 482.

Alla luce di tali nozioni, l'art. 3 § 1 stabilisce – con una disposizione molto articolata – che «ciascuno Stato Parte dovrà assicurare, come minimo, che i seguenti atti e attività siano pienamente compresi nelle sue leggi in materia criminale o penale, siano questi reati commessi all'interno del suo territorio o in ambito transnazionale o siano essi commessi su base individuale od organizzata:

- a) nel contesto della vendita di bambini come definita dall'articolo 2:
 - i) l'offerta, la consegna o l'accettazione, con qualunque mezzo, di un bambino allo scopo di:
 - a. sfruttamento sessuale del bambino;
 - b. trapianto di organi del bambino a fini di lucro;
 - c. coinvolgimento del bambino in lavoro forzato;
 - ii) indurre impropriamente al consenso, in qualità di intermediario, all'adozione di un bambino, in violazione degli strumenti giuridici internazionali applicabili in materia di adozione;
- b) offrire, ottenere, procurare o fornire un bambino per la prostituzione infantile, come definita nell'articolo 2;
- c) produrre, distribuire, diffondere, importare, esportare, offrire, vendere o possedere pornografia infantile, come definita nell'articolo 2, ai fini sopra indicati».

Il successivo art. 2 estende la richiesta di penalizzazione al *tentativo*, alla *complicità* e alla *partecipazione* in uno dei suddetti atti, *ferme restando le disposizioni delle leggi nazionali degli Stati parte*.

Un *obbligo di incriminazione implicito* è invece posto dall'art. 9 § 5, ai sensi del quale i Paesi firmatari sono tenuti ad «adottare misure appropriate volte a *proibire effettivamente* la produzione e la diffusione di materiale che pubblicizza i reati descritti nel presente Protocollo».

Come precisa espressamente l'art. 11, peraltro, il Protocollo detta uno *standard minimo* di tutela, e non preclude dunque l'applicazione di norme nazionali o internazionali «più favorevoli ai diritti del bambino».

Quanto al trattamento sanzionatorio, l'art. 3§ 3 prevede espressamente che i reati di cui al § 1 siano «punibili *con pene appropriate che prendano in considerazione la loro grave natura*», mentre l'art. 7 impone che vengano comunque disposti il *sequestro* o la *confisca dei mezzi di esecuzione e dei proventi dell'attività criminosa*.

Come la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio e la Convenzione OCSE sulla corruzione, anche il Protocollo richiede che venga affermata la *responsabilità delle persone giuridiche* per i suddetti reati, senza tuttavia

prendere posizione sulla natura della stessa (che potrà essere penale, civile o amministrativa).

Sul fronte processuale, l'art. 4¹¹⁸ sancisce il principio dell'*aut dedere, aut judicare*, individuando al contempo come criteri di collegamento idonei a fondare l'esercizio della giurisdizione penale il *locus commissi delicti* e la *cittadinanza del soggetto attivo e del soggetto passivo del reato*. L'art. 5¹¹⁹ detta poi le consuete disposizioni relative alle condizioni per l'estradizione, richiedendo che i reati di cui all'art. 3 § 1, a seconda del tipo di ordinamento che viene in rilievo, vengano inclusi nei trattati in materia di estradizione o siano soggetti ad estradizione.

L'art. 6, infine, obbliga gli Stati parte a fornirsi reciprocamente il più elevato livello di *assistenza in relazione alle indagini e alle procedure di*

¹¹⁸Pare opportuno riportare il testo dell'art. 4: «Ciascuno Stato Parte dovrà adottare le misure necessarie per stabilire la propria giurisdizione sui reati indicati nell'articolo 3, paragrafo 1, quando tali reati sono commessi nel suo territorio o a bordo di una nave o di un aereo registrato in quello Stato.

2. Ciascuno Stato Parte, se sarà necessario stabilire la propria giurisdizione per i reati indicati all'articolo 3, paragrafo 1, potrà adottare tali misure nei seguenti casi:

- quando il presunto colpevole è un cittadino di quello Stato o una persona che ha la propria residenza abituale nel suo territorio;
- quando la vittima è un cittadino di quello Stato.

3. Ciascuno Stato Parte, inoltre, se sarà necessario stabilire la propria giurisdizione sui reati indicati sopra, adotterà tali misure quando il presunto colpevole si trovi sul suo territorio e non proceda ad estradarlo verso un altro Stato Parte in base al fatto che il reato è stato commesso da un cittadino di quest'ultimo.

4. Il presente Protocollo non esclude alcuna giurisdizione penale esercitata in accordo con il diritto internazionale».

¹¹⁹In base all'art. 5, «1. I reati indicati nell'articolo 3, paragrafo 1, dovranno essere ritenuti reati soggetti a estradizione, inclusi in ogni trattato in materia di estradizione esistente tra gli Stati Parti e dovranno essere inclusi come tali in ogni trattato in materia di estradizione concluso successivamente tra loro, conformemente alle condizioni stabilite in tali trattati.

2. Se uno Stato Parte, che considera condizione necessaria per l'estradizione l'esistenza di un trattato, riceve una richiesta di estradizione da un altro Stato Parte con il quale non ha concluso nessun accordo di estradizione, può considerare questo Protocollo come base legale per l'estradizione rispetto a tali reati.

L'estradizione deve essere soggetta alle condizioni previste dalla legge dello Stato che ha ricevuto la richiesta.

3. Gli Stati Parti che non considerano l'esistenza di un trattato condizione necessaria per l'estradizione dovranno riconoscere i reati indicati come reati soggetti a estradizione alle condizioni previste dalle leggi dello Stato che ha ricevuto la richiesta.

4. I reati indicati devono essere considerati, allo scopo dell'estradizione tra Stati Parti, come se fossero stati commessi non solo nel posto dove sono avvenuti ma anche nei territori degli Stati che devono stabilire la propria giurisdizione conformemente all'art. 4.

5. Se viene presentata una richiesta di estradizione per uno dei reati indicati nell'articolo 3, paragrafo 1, e se lo Stato Parte che riceve la richiesta non la concede o non la concederà in base alla nazionalità del reo, tale Stato dovrà adottare le misure adeguate per sottoporre il caso alle proprie autorità competenti allo scopo dello svolgimento del processo».

estradizione per i suddetti reati, includendo espressamente *l'assistenza per la messa a disposizione di testimonianze necessarie per i processi*.

Particolare attenzione è dedicata ai *diritti delle vittime* delle pratiche proibite dal Protocollo (senza tuttavia che ciò determini alcun pregiudizio per le garanzie processuali dell'imputato, come si evince chiaramente dall'art. 8).

L'art. 9 § 3, in particolare, impone che gli Stati Parte adottino ogni misura possibile volta ad «assicurare tutta l'adeguata assistenza alle vittime di tali reati, inclusa la loro piena *reintegrazione sociale* e la loro completa *riabilitazione fisica e psicologica*», mentre il § 4 pone l'accento sulla necessità che vengano predisposte «procedure adeguate per ottenere il *risarcimento* dei danni, senza discriminazioni, da coloro che vi sono legalmente tenuti».

Merita un cenno anche il *sistema di controllo* sull'effettiva implementazione negli ordinamenti nazionali delle disposizioni del Protocollo, che fa capo al *Comitato sui diritti del fanciullo* (già istituito dalla Convenzione ONU del 1989): ai sensi dell'art. 12, infatti, ciascuno Stato membro ha il dovere di presentare al suddetto Comitato un rapporto sullo stato di attuazione delle norme contenute nel Protocollo entro due anni dall'entrata in vigore dello stesso, mentre in seguito le suddette informazioni dovranno essere incluse nel rapporto quinquennale di cui all'art. 44 della Convenzione di New York.

1.21 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 15 dicembre 2000

Non possiamo non menzionare in questa pur incompleta rassegna la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale* sottoscritta nel corso della Conferenza tenutasi, simbolicamente, a Palermo tra il 12 e il 15 dicembre del 2000.

La Convenzione presenta caratteristiche peculiari rispetto agli altri strumenti internazionali a connotazione penalistica che abbiamo finora analizzato, in quanto prevede, sì, pervasivi obblighi di criminalizzazione del riciclaggio (art. 6) e della corruzione (art. 7), ma prima ancora si preoccupa di dare una *definizione di «reato di natura transnazionale»*, la quale ai sensi dell'art. 3 § 1 individua l'ambito di applicazione della convenzione medesima.

Ai sensi dell'art. 3, «un reato è di natura transnazionale se:

- a) è commesso in più di uno Stato;
- b) è commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato;
- c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; o

d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato».

Altrettanto rilevante è la richiesta di penalizzazione avanzata dall'art. 5¹²⁰, che senza individuare puntualmente i reati-scopo (se non attraverso il riferimento alla gravità degli stessi) ha ad oggetto, *tout court, la partecipazione ad un gruppo criminale organizzato*, definito dall'art. 1 lett. a) come «un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale»: come è stato rilevato in dottrina, tale definizione ricalca grossomodo quella dell'azione comune del 1997 adottata nell'ambito dell'Unione europea (che analizzeremo nel terzo capitolo), e a sua volta andrà ad influenzare la definizione di organizzazione criminale contenuta nella decisione-quadro sulla criminalità organizzata, ad essa successiva¹²¹.

Ai fini della nostra indagine presenta profili di interesse anche la formulazione dell'art. 6, avente ad oggetto la repressione penale del riciclaggio, il quale:

¹²⁰Recita l'art. 5, di cui conviene riportare per intero il testo:

«1. Ogni Stato Parte adotta le misure legislative e di altra natura necessarie a conferire il carattere di reato, laddove commesso intenzionalmente:

(a) Ad una o ad entrambi delle seguenti condotte quali reati distinti da quelli che comportano il tentativo o la consumazione di un'attività criminale:

(I) L'accordarsi con una o più persone per commettere un reato grave per un fine concernente direttamente o indirettamente il raggiungimento di un vantaggio economico o altro vantaggio materiale e, laddove richiesto dalla legislazione interna, riguardante un atto commesso da uno dei partecipanti in virtù di questa intesa o che coinvolge un gruppo criminale organizzato;

(II) La condotta di una persona che, consapevole dello scopo e generale attività criminosa di un gruppo criminale organizzato o della sua intenzione di commettere i reati in questione, partecipa attivamente:

a. alle attività criminali del gruppo criminale organizzato;

b. ad altre attività del gruppo criminale organizzato consapevole che la sua partecipazione contribuirà al raggiungimento del suddetto scopo criminoso;

(b) All'organizzare, dirigere, facilitare, incoraggiare, favorire o consigliare la commissione di un reato grave che coinvolge un gruppo criminale organizzato.

2. La conoscenza, l'intenzione, lo scopo, l'obiettivo o l'accordo di cui al paragrafo 1 del presente articolo possono essere dedotti da circostanze obiettive basate su fatti.

3. Gli Stati Parte le cui legislazioni interne richiedono il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato ai fini dei reati di cui al paragrafo 1 (a) (I) del presente articolo assicurano che le loro leggi interne coprano tutti i reati gravi che coinvolgono gruppi criminali organizzati. Tali Stati Parte, nonché gli Stati Parte le cui leggi interne richiedono un atto intrapreso in virtù dell'accordo ai fini dei reati di cui al paragrafo 1 (a) (I) del presente articolo, informano di ciò il Segretario Generale delle Nazioni Unite al momento della firma o del deposito del loro strumento di ratifica, accettazione o approvazione della presente Convenzione o dell'adesione alla stessa».

¹²¹Cfr. sul punto D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009, pp. 133-134.

- al § 1 detta un *obbligo di penalizzazione condizionato* di tale condotta, per poi invitare (non obbligare, si badi) gli Stati ad estendere l'area della rilevanza penale «alla più vasta gamma possibile di reati presupposti» (§ 2 lett. a);
- al § 2 lett. b) stabilisce che « i reati commessi al di fuori della giurisdizione di uno Stato Parte costituiscono reati presupposti soltanto quando la relativa condotta costituisce reato ai sensi del diritto interno dello Stato dove è commesso e sarebbe stato reato ai sensi del diritto interno dello Stato Parte che attua o applica il presente articolo se il reato fosse stato ivi commesso», enunciando così un ulteriore obbligo di criminalizzazione condizionato;
- al § 2 lett. e) contiene una significativa clausola di esclusione della punibilità, giacché dispone che «se richiesto dai principi fondamentali del diritto interno di uno Stato Parte, può essere disposto che i reati di cui al paragrafo 1 del presente articolo non si applichino alle persone che hanno commesso il reato presupposto».

Merita menzione, sempre nell'ottica delle *deroghe agli obblighi di penalizzazione*, anche l'art. 4, significativamente rubricato nella versione italiana «*Tutela della sovranità*», il quale recita che: «gli Stati Parte adempiono agli obblighi di cui alla presente Convenzione coerentemente con i principi dell'eguaglianza sovrana, dell'integrità territoriale e del non intervento negli affari interni di altri Stati» e che «nulla nella presente Convenzione legittima uno Stato Parte ad intraprendere nel territorio di un altro Stato l'esercizio della giurisdizione e di funzioni che sono riservate esclusivamente alle autorità di quell'altro Stato dal suo diritto interno».

Concetti ribaditi, poi, dall'art. 11 § 6, a tenore del quale «nulla di quanto contenuto nella presente Convenzione inficia il principio in base al quale la descrizione dei reati determinati ai sensi della presente Convenzione e delle difese giuridiche applicabili o altri principi giuridici che controllano la liceità della condotta è riservato al diritto interno di uno Stato Parte e che tali reati sono perseguiti e puniti ai sensi di detto diritto».

Sul fronte della confisca, l'art. 12 introduce un'interessante ipotesi di *confisca cd. allargata*, sul modello di quella già prevista – nell'ambito del diritto dell'Unione europea – dalla decisione-quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 sulla confisca, appunto, e della Convenzione delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1988 sul traffico di stupefacenti: è l'autore del reato a dover dimostrare l'origine lecita di quelli che si presumono essere i proventi del reato. Nondimeno, l'obbligo è *condizionato alla compatibilità di tale previsione ai principi che regolano il diritto e la procedura penale a livello interno*¹²².

Se le disposizioni in tema di sequestro, e cooperazione giudiziaria non paiono particolarmente innovative nel panorama internazionale, e non richie-

¹²²Si veda in proposito ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., pp. 241 ss.

dono dunque un'analisi approfondita, bisogna invece segnalare la previsione dell'art. 11 §§ 2 e 4, i quali – rivolgendosi contemporaneamente al legislatore e al giudice – affermano, rispettivamente, che ogni Stato Parte:

- «cerca di fare in modo che qualsiasi potere legale discrezionale – conferito in virtù del suo diritto interno e concernente i procedimenti giudiziari contro individui che hanno commesso reati di cui alla presente Convenzione - sia esercitato in modo da ottimizzare l'efficacia delle misure di contrasto di tali reati, tenendo in debito conto la necessità di costituire un deterrente alla loro commissione» e
- «assicura che i suoi tribunali o autorità competenti tengano conto della gravità dei reati di cui alla presente Convenzione nel momento in cui prendono in considerazione l'eventualità di una liberazione anticipata o condizionale di persone condannate per tali reati».

Il punto di vista si sposta, dunque, in maniera del tutto inedita, *dalla posizione delle norme incriminatrici alla concreta applicazione di queste ultime nel procedimento e nel processo.*

1.22 La Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003

L'interesse dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per la repressione penale della corruzione potrebbe, *prima facie*, sorprendere. Eppure – come si legge nel Preambolo del testo che andremo ora ad analizzare – tale fenomeno rappresenta *uno degli impedimenti maggiori allo sviluppo dei Paesi più poveri* e delle aree depresse, e costituisce altresì una barriera cronica alla realizzazione degli obiettivi originari delineati al tempo della costituzione dell'Organizzazione stessa: il mantenimento della pace tra le Nazioni, lo sviluppo delle relazioni di amicizia tra gli Stati, il conseguimento della cooperazione internazionale nei settori economico, sociale, culturale ed umanitario e, soprattutto, il *rispetto dei diritti umani* e delle libertà fondamentali.

L'incidenza profondamente negativa che i fenomeni corruttivi hanno sui diritti umani è, d'altronde, ben evidenziata dalla dottrina più attenta: Mireille Delmas-Marty e Stefano Manacorda non hanno esitato a considerarla *una delle più serie minacce allo Stato di diritto e, in senso più lato, alla società democratica*, perché mina al contempo alle fondamenta il meccanismo rappresentativo alla base del principio di separazione dei poteri e i diritti umani¹²³; mentre Marco Borghi e Patrice Meyer-Bisch si sono spinti a defi-

¹²³Si veda in proposito M. DELMAS-MARTY – S. MANACORDA, *Corruption – A challenge to the Rule of Law and democratic society*, in P. BERNASCONI (a cura di), *Responding to corruption. Social defence, corruption, and the protection of public administration and the independence of justice, Updated documents of the XIIIth International Congress of Social Defence – Lecce 1996*, Napoli, 2000, p. 401.

nire la corruzione come «*l'envers des droit de l'homme*»¹²⁴, evidentemente ricollegandosi alla tradizione di pensiero che affonda le sue radici addirittura nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789* (che nel Preambolo evidenziava un rapporto di causa/effetto tra l'ignoranza, il disinteresse e il disprezzo per i diritti umani, da un lato, e la corruzione dei governanti, dall'altro)¹²⁵.

Proprio in ragione di ciò, nel 2000 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha deciso di istituire un comitato *ad hoc* incaricato di mettere a punto uno strumento specifico in materia, indipendente dalla già esistente Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale; e con la risoluzione n. 58/4 del 31 ottobre 2003 ha adottato il testo finale della Convenzione, firmata a Merida, in Messico, ed entrata in vigore nel dicembre 2005, dopo la trentesima ratifica.

La Convenzione affronta il problema della corruzione come *fenomeno transnazionale*, e rappresenta il primo strumento a vocazione universale pensato per coadiuvare l'azione degli Stati membri nella lotta contro la corruzione nel settore pubblico e in quello privato. Esso accoglie, altresì, il principio della *restituzione ai rispettivi Paesi dei fondi sottratti al patrimonio nazionale attraverso pratiche di corruzione* e poi trasferiti all'estero: principio di fondamentale importanza specie per gli Stati del Sud del mondo, la cui precaria situazione economica è spesso messa ulteriormente a repentaglio dall'azione di *leader* corrotti e spregiudicati¹²⁶.

L'approccio adottato è di *tipo integrato*, come dimostrano i cinque pilastri attorno ai quali lo strumento internazionale si sviluppa: le misure di carattere preventivo (artt. 5-14), la penalizzazione di determinate condotte (artt. 15-42), la cooperazione internazionale (artt. 43-50), il recupero dei beni provento di illecito, o *asset recovery* (artt. 51-59) e l'assistenza tecnica (artt. 60-62)¹²⁷.

Di particolare rilievo, poi, è l'istituzione ad opera degli artt. 63 e 64 di una *Conferenza degli Stati parte con cadenza annuale*, volta a monitorare l'applicazione e l'implementazione della Convenzione negli Stati per favorire lo scambio di informazioni sulle forme di corruzione più diffuse e sulle pratiche dimostrate più efficaci per prevenirla e per restituire i proventi del crimine, nonché, più in generale, per migliorare il testo della Convenzione e le sue modalità di attuazione.

Venendo al tema che riguarda più nello specifico la nostra indagine, è interessante notare come la Convenzione ONU contro la corruzione sia,

¹²⁴Cfr. sul punto M. BORGHI – P. MEYER-BISCH, *La corruption, l'envers des droit de l'homme*, Friburgo, 1996.

¹²⁵Cfr. ancora M. DELMAS-MARTY – S. MANACORDA, *Corruption – A challenge to the Rule of Law*, cit., p. 402.

¹²⁶Cfr. sul punto R. KLITGAARD, *Roles for international organizations*, cit., pp. 364 ss.

¹²⁷Sull'insufficienza delle sole sanzioni penali, che pure si mostrano indispensabili nella logica del «*frying big fish*», cfr. ancora R. KLITGAARD, *Roles for international organizations*, cit., pp. 368 ss.

probabilmente, lo strumento internazionale che contempla *il maggior numero di obblighi di criminalizzazione*: accanto alla corruzione attiva e passiva, di pubblici ufficiali nazionali, stranieri e di organizzazioni internazionali pubbliche (artt. 15 e 16), la Convenzione obbliga gli stati a reprimere penalmente anche la sottrazione, l'appropriazione indebita ed ogni altro uso illecito di beni da parte di un pubblico ufficiale (art. 17), il millantato credito (art. 18), l'abuso d'ufficio (art. 19), l'arricchimenti illecito (art. 20), la corruzione nel settore privato (art. 21), la sottrazione di beni nel settore privato (art. 22), il riciclaggio dei proventi del crimine (art. 23) e la ricettazione (art. 24).

L'ampiezza dell'oggetto della richiesta di penalizzazione è, tuttavia, controbilanciata dal *frequente ricorso a clausole di compatibilità* («conformemente al proprio diritto interno», «nell'ambito del proprio diritto interno», «compatibilmente con i principi fondamentali del proprio sistema giuridico»): emblematico, a tal proposito, l'art. 23 in tema di *riciclaggio dei proventi del crimine*¹²⁸; ma anche l'art. 27, il quale richiede che vengano puniti il

¹²⁸interessante riportare il testo della norma:

1. Ciascuno Stato Parte adotta, conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, le misure legislative e le altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando gli atti sono stati commessi intenzionalmente:

- a) i) Alla conversione od al trasferimento di beni, essendo l'autore di tali atti consapevole che i beni costituiscono i proventi del crimine, al fine di dissimulare o mascherare l'origine illecita di detti beni o di aiutare qualsiasi persona coinvolta nella commissione del reato presupposto a sottrarsi alle conseguenze giuridiche dei propri atti;
- ii) Alla dissimulazione o al mascheramento della vera natura, dell'origine, dell'ubicazione, della disposizione, del movimento o della proprietà di beni o dei relativi diritti, essendo l'autore di tali atti consapevole che detti beni costituiscono i proventi del crimine;
- b) Fatti salvi i concetti fondamentali del proprio sistema giuridico:
 - i) All'acquisizione, alla detenzione o all'utilizzazione di beni quando colui che li acquisisce, detiene od utilizza sa, al momento in cui li riceve, che essi costituiscono i proventi del crimine;
 - ii) Alla partecipazione ad uno dei reati stabiliti conformemente al presente articolo o ad ogni associazione, intesa, tentativo o complicità consistente nel fornire assistenza, aiuto o consigli ai fini della sua commissione.

2. Ai fini dell'applicazione del paragrafo 1 del presente articolo:

- a) Ciascuno Stato Parte si adopera al fine di applicare il paragrafo 1 del presente articolo alla più ampia gamma possibile di reati presupposti;
- b) Ciascuno Stato Parte include nei reati presupposti al minimo una gamma completa di illeciti penali stabiliti conformemente alla presente Convenzione;
- c) Ai fini del comma b) di cui sopra, i reati presupposti includono i reati commessi all'interno e all'esterno del territorio rientrante nella competenza dello Stato Parte in questione. Tuttavia, un reato commesso all'esterno del territorio rientrante nella competenza di uno Stato Parte costituisce un reato presupposto solo quando l'atto

tentativo, le varie forme di *partecipazione* e gli *atti preparatori*, introducendo tuttavia una specifica clausola di compatibilità in relazione alle tre forme di manifestazione del reato, come possiamo forse chiamarle con qualche approssimazione.

E ancora, il citato art. 23 prevede, al § 2 lett. e) una vera e propria *facoltà di non criminalizzare determinate condotte*, la quale degrada l'obbligo di penalizzazione ad un *mero invito a sanzionare penalmente le stesse*, come tale non vincolante e dunque *non suscettibile di dar luogo a responsabilità internazionale dello Stato*: recita infatti la norma che «quando i principi fondamentali del diritto interno di uno Stato Parte lo richiedono, si può disporre che i reati enunciati al paragrafo 1 del presente articolo non si applichino alle persone che hanno commesso il reato presupposto».

Parimenti non precettiva è la previsione di cui all'art. 29 in tema di *prescrizione*, a tenore della quale «*se del caso*, ciascuno Stato Parte fissa, *nell'ambito del proprio diritto interno, un lungo termine di prescrizione entro il quale i procedimenti possono essere avviati* per uno dei reati stabiliti conformemente alla presente Convenzione e *fissa un termine più lungo o sospende la prescrizione quando il presunto autore del reato si è sottratto alla giustizia*»: anche qui, dunque, siamo di fronte a *guide lines* per l'azione futura del legislatore nazionale in fase di recepimento, che indicano *cosa sarebbe meglio fare in linea di principio* ma che nondimeno lasciano impregiudicata la discrezionalità di quest'ultimo.

Sulla stessa scia delle norme or ora esaminate si colloca anche l'art. 30 § 2, il quale dispone – salomonicamente, potremmo dire – che «ciascuno Stato Parte prende le misure necessarie al fine di stabilire o mantenere, conformemente al proprio sistema giuridico e ai propri principi costituzionali, *un equilibrio appropriato tra ogni immunità o privilegio giurisdizionale concesso ai propri pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, e la possibilità, se necessario, di ricercare, perseguire e giudicare effettivamente i reati stabiliti conformemente alla presente Convenzione*»: la formulazione della norma è espressione paradigmatica della *logica compromissoria* che caratterizza, in generale, la Convenzione.

Per altro verso, presenta profili di interesse l'art. 28, che *integra la discipli-*

corrispondente è un illecito penale per il diritto interno dello Stato in cui è stato commesso e costituirebbe un illecito penale per il diritto interno dello Stato Parte che applica il presente articolo se fosse stato commesso sul suo territorio;

- d) Ciascuno Stato Parte consegna al Segretario Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite una copia delle proprie leggi che danno effetto al presente articolo nonché di ogni modifica successivamente apportata a tali leggi o una descrizione di tali leggi e delle ulteriori modifiche;
- e) Quando i principi fondamentali del diritto interno di uno Stato Parte lo richiedono, si può disporre che i reati enunciati al paragrafo 1 del presente articolo non si applichino alle persone che hanno commesso il reato presupposto».

na dell'elemento soggettivo (sinteticamente delineata in ciascuna delle norme che prevedono gli obblighi di penalizzazione attraverso l'espressione «quando l'atto è stato commesso intenzionalmente») introducendo, sul modello anglo-sassone, l'indicazione di un *criterio (non vincolante) di prova*: la disposizione stabilisce, infatti, che «la conoscenza, l'intenzione o la motivazione necessarie in quanto elementi di un reato stabilito conformemente alla presente Convenzione possono essere dedotte da circostanze fattuali obiettive».

Sul fronte delle sanzioni penali, l'art. 30 § 1 si limita a richiedere che le stesse «*tengano conto della gravità*» del reato stabilito conformemente alla Convenzione, individuando dunque nella proporzione un ideale (e per forza di cose non meglio definito) criterio per l'individuazione del minimo edittale.

Se questa disposizione ha come destinatario il legislatore, i successivi §§ 3 e 5 si rivolgono invece ai giudici, invitandoli, rispettivamente, *a far uso del potere discrezionale* ad essi eventualmente concesso in ordine all'esercizio dell'azione penale «*in modo tale da ottimizzare l'efficacia di misure di individuazione e di repressione di tali reati, tenuto debito conto della necessità di esercitare un effetto dissuasivo* per quanto concerne la loro commissione», e a prendere «in considerazione la gravità dei reati interessati *nell'esaminare l'eventualità di una liberazione anticipata o condizionale* di persone riconosciute colpevoli di tali reati»: si tratta di disposizioni particolarmente innovative nel panorama internazionale, sicuramente idonee a orientare l'attività dell'interprete in queste due delicatissime fasi (o comunque almeno in quella della commisurazione della pena in senso lato, per gli ordinamenti che, come il nostro, sono retti dal principio di obbligatorietà dell'azione penale).

Le pene non sono, però, l'unica tipologia di sanzione che la Convenzione contempla: all'art. 30 § 6 essa caldeggia infatti «l'istituzione di procedure che permettano all'autorità competente, se del caso, di *revocare, sospendere o trasferire un pubblico ufficiale* accusato di un reato stabilito conformemente alla presente Convenzione, avendo a mente il rispetto del principio della presunzione d'innocenza», e al successivo § 7 prende in esame le *misure di carattere interdittivo* che potrebbero essere adottate nei confronti del responsabile dei reati oggetto degli obblighi di criminalizzazione (ovverossia l'interdizione dal diritto di «ricoprire un pubblico ufficio» e di «ricoprire una funzione in un'impresa della quale lo Stato è totalmente o parzialmente proprietario»).

L'art. 31 *obbliga* poi gli Stati membri a rendere possibile il *sequestro* e la *confisca* «dei proventi del crimine provenienti da reati stabiliti conformemente alla presente Convenzione o di beni il cui valore corrisponde a quello dei proventi», e così pure «dei beni, materiali o altri strumenti utilizzati o destinati ad essere utilizzati per i reati stabiliti conformemente alla presente Convenzione» (§ 1 lett. a e b), precisando peraltro che «*se i proventi del crimine sono stati trasformati o convertiti*, in parte od in tutto, *in altri beni*, questi ultimi possono essere oggetto delle misure di cui al presente articolo *in luogo di detti proventi*» (§ 4) e che «*se i proventi del crimine sono stati*

mischiati a beni legittimamente acquisiti, tali beni, fatto salvo ogni potere di congelamento o sequestro, sono confiscabili *a concorrenza del valore stimato* dei proventi che vi sono stati mischiati» (§ 5).

E ancora, l'art. 26, dal canto suo, impone la previsione di un regime di *responsabilità delle persone giuridiche* che abbiano partecipato ai reati oggetto degli obblighi di criminalizzazione, senza tuttavia vincolare il legislatore nazionale in ordine alla natura di tale responsabilità, che a norma del § 2 «può essere penale, civile o amministrativa»: quel che importa è dunque che «le persone giuridiche ritenute responsabili conformemente al presente articolo siano oggetto di *sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive* di natura penale o non penale, *comprese le sanzioni pecuniarie*» (§ 4).

Meritano un rapido cenno, infine, sul fronte della procedura penale:

- l'art. 31 § 7, a tenore del quale gli Stati firmatari abilitano l'autorità giudiziaria o le altre autorità competenti ad «ordinare la produzione o il sequestro di documenti bancari, finanziari o commerciali», e ribadisce il principio secondo il quale «uno Stato parte *non può invocare il segreto bancario* per rifiutare di dare effetto alle disposizioni del presente paragrafo»;
- l'art. 31 § 8, il quale invita (ma non obbliga) le Parti contraenti ad introdurre un'*inversione alla regola consueta di ripartizione dell'onere probatorio in merito alla liceità dei presunti proventi del reato* (recita infatti che «gli Stati Parte *possono esaminare la possibilità di esigere che l'autore di un reato dimostri l'origine lecita dei presunti proventi del crimine o di altri beni confiscabili*, nella misura in cui tale esigenza è conforme ai principi fondamentali del loro diritto interno ed alla natura dei procedimenti giudiziari e di altri procedimenti»);
- l'art. 36, che richiede *l'istituzione di organi o persone specializzati nell'attività di investigazione e repressione della corruzione*, i quali devono disporre della formazione, delle risorse e dell'indipendenza necessarie «per poter esercitare le proprie funzioni efficacemente ed al riparo da ogni indebita influenza».

Ad esse si aggiungono, poi, un nutrito gruppo di norme in tema di cooperazione di polizia e giudiziaria, che non è qui il caso di ripercorrere analiticamente perché le stesse non si mostrano particolarmente innovative.

1.23 La Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata adottata il 20 dicembre 2006

Chiudiamo idealmente il percorso con la *Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata* adottata dall'Assemblea

Generale delle Nazioni Unite, sul modello di quella precedentemente emanata nell'ambito dell'OSA, con la *Risoluzione* n. 61/117 del 20 dicembre 2006.

Ancorché la stessa non sia ancora entrata in vigore, ci sembrava opportuno prenderla in esame, poiché presenta evidenti punti di contatto con la Convenzione contro la tortura del 1984 e, in qualche misura, la supera con l'introduzione di disposizioni ancora più incisive.

Lo dimostra anzitutto l'art. 1 § 2, ai sensi del quale «Nessuna circostanza, di alcun tipo, si tratti di stato di guerra o minaccia di guerra, instabilità politica interna o qualunque altra emergenza pubblica, potrà essere invocata per giustificare la sparizione forzata».

Come già si è detto a proposito dell'art. 2 § 2 della Convenzione del 1984, tale disposizione – che ribadisce in termini negativi l'obbligo di criminalizzazione di tali condotte – ha notevoli implicazioni in materia penale, inibendo l'operatività di esimenti di sorta.

L'art. 2 detta, altresì, una dettagliata e complessa *definizione* di «sparizione forzata», che viene a comprendere «l'arresto, la detenzione, sequestro o qualunque altra forma di privazione della libertà da parte di agenti dello Stato o di persone o gruppi di persone che agiscono con l'autorizzazione, il sostegno o l'acquiescenza dello Stato, a cui faccia seguito il rifiuto di riconoscere la privazione della libertà o il silenzio riguardo la sorte o il luogo in cui si trovi la persona sparita, tale da collocare tale persona al di fuori della protezione data dal diritto».

Obblighi di penalizzazione sono espressi *in termini positivi* all'art. 4 – ai sensi del quale «ciascuno Stato Parte adotta le misure necessarie per garantire che la sparizione forzata costituisca un reato secondo la propria legge penale» – e all'art. 6¹²⁹, che estende l'obbligo di penalizzazione alle varie forme di *complicità* e di *istigazione* alla commissione di sparizione forzata, anche nella *forma tentata*, e – soprattutto – introduce un'innovativa ipotesi di *responsabilità del superiore* che non impedisca la perpetrazione di tale

¹²⁹Conviene riportare per intero il testo della norma: «1. Ciascuno Stato Parte adotterà le misure necessarie per affermare la responsabilità penale almeno nei confronti dei seguenti soggetti:

- a) chiunque commette, ordina, istiga o induce la commissione, il tentativo di commissione, o è complice o partecipa alla commissione di sparizione forzata;
- b) il superiore che
 - i) è a conoscenza, o tralascia consapevolmente di considerare, informazioni indicanti in modo univoco che dei subordinati che si trovano effettivamente sotto la sua autorità e controllo stanno commettendo o si apprestano a commettere il reato di sparizione forzata;
 - ii) è effettivamente responsabile e ha sotto il proprio effettivo controllo le attività legate alla commissione del crimine di sparizione forzata, e
 - iii) omette di adottare tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedire o reprimere la commissione di una sparizione forzata o di riportare la questione alle autorità competenti per l'avvio di un'indagine o dell'azione penale.

La lettera b) non pregiudica l'esistenza di criteri più severi di responsabilità applicabili in base a norme di diritto internazionale nei confronti di comandanti militari o di persone che agiscono di fatto come comandanti militari».

reato, non intervenga per reprimerlo o non riporti la questione alle autorità competenti per l'avvio di un'inchiesta penale (fatti salvi eventuali meccanismi più rigorosi di attribuzione delle responsabilità nei confronti dei soggetti che ricoprono, anche di fatto, il ruolo di comandanti militari sulla base del diritto internazionale).

A completamento di quanto previsto dall'art. 1 § 2, peraltro, l'art. 6 § 2 *esclude categoricamente l'efficacia scriminante di qualsiasi ordine dell'autorità, sia essa civile, militare o di altro tipo.*

Una richiesta di penalizzazione è altresì contenuta all'art. 25, a norma del quale gli Stati firmatari sono tenuti ad adottare le misure necessarie «per impedire e punire con misure penali:

- a) l'allontanamento illegale di bambini sottoposti a sparizione forzata il cui padre o la cui madre o il cui tutore è soggetto a sparizione forzata, o i figli nati nel corso della prigionia della madre sottoposta a sparizione forzata;
- b) la falsificazione, l'occultamento o la distruzione di documenti attestanti la vera identità dei bambini di cui alla precedente lettera a)».

Sul versante sanzionatorio, l'art. 7 § 1 sancisce il *principio di proporzione*, imponendo a ciascuno Stato parte di introdurre per il reato di sparizione forzata «una pena adeguata che ne rispecchi l'estrema gravità». Il secondo paragrafo di detta norma facoltizza, invece, la previsione di circostanze attenuanti, in particolare «a vantaggio di persone che, implicate nella commissione di una sparizione forzata, contribuiscano effettivamente alla ricomparsa in vita della persona sparita o rendano possibile la scoperta di casi di sparizione forzata o l'identificazione degli autori di una sparizione forzata», e di circostanze aggravanti, in particolare «in caso di morte della persona sparita o di commissione del reato in danno di donne incinte, minori d'età, persone con disabilità o altre persone particolarmente vulnerabili».

Particolarmente rilevante si mostra anche l'art. 8, ai sensi del quale *i termini della prescrizione del reato di sparizione forzata devono essere «sufficientemente ampi da risultare proporzionati alla gravità di questo reato»* e, in considerazione della sua natura di reato continuato, *devono decorrere «dal momento in cui il reato di sparizione forzata ha termine»*.

Del tutto innovativo rispetto alla Convenzione contro la tortura è l'art. 3, che innovativamente pone *un obbligo di indagine e di persecuzione penale delle condotte di sparizione forzata poste in essere «da persone o gruppi di persone che agiscono senza l'autorizzazione, il sostegno o l'acquiescenza dello Stato»*, ammettendo dunque espressamente l'applicabilità della proibizione della sparizione forzata – con tutti gli obblighi che ne conseguono, anche sul piano procedurale – *anche ai rapporti interprivati.*

Di obbligo di inchiesta si occupa, in generale, l'art. 12¹³⁰, che richiede l'*attivazione d'ufficio di un procedimento penale* laddove sussistano ragionevoli motivi per credere che una persona sia stata vittima di sparizione forzata e impone agli Stati parte di assicurare agli organi inquirenti «i poteri e le risorse necessarie» e di adottare «le misure necessarie ad impedire e a sanzionare atti che ostacolano lo svolgimento delle indagini», in particolare assicurando che i sospetti autori del reato «non siano in condizione di influenzare lo svolgimento delle indagini attraverso pressioni, atti di intimidazione o ritorsioni nei riguardi di chi ha denunciato il fatto, dei testimoni, dei parenti della persona scomparsa o dei loro legali, ovvero nei riguardi delle persone che prendono parte alle indagini».

Gli artt. 9-11 delineano un sistema improntato alla regola dell'*aut dedere, aut judicare*, in cui tuttavia l'esercizio della giurisdizione penale si pone in rapporto di alternatività non solo rispetto all'extradizione, ma anche alla *consegna della persona accusata di sparizione forzata ad un tribunale internazionale* di cui riconosca la competenza: e ciò del tutto in linea con l'art. 5 della Convenzione, secondo il quale «la pratica diffusa o sistematica della sparizione forzata costituisce un *crimine contro l'umanità*», e «comporterà il prodursi delle conseguenze previste dal diritto internazionale applicabile».

Particolare rilievo, nell'economia della Convenzione, è attribuito poi ai diritti delle *vittime del reato* di sparizione forzata, dovendosi intendere per «vittima» – secondo la definizione dell'art. 24 – «la persona scomparsa e qua-

¹³⁰Recita l'art. 12 che «1. Ogni Stato Parte assicura che qualunque individuo che dichiari che una persona è stata sottoposta a sparizione forzata abbia il diritto di riferire i fatti alle autorità competenti, le quali esaminano le accuse in modo pronto e imparziale e, se necessario, intraprendono senza indugi un'indagine approfondita e imparziale. Ove necessario, si adottano i provvedimenti necessari affinché la persona che denuncia, i testimoni, i parenti della persona scomparsa e i loro legali, nonché le persone che partecipano all'indagine, siano protetti da maltrattamenti o intimidazioni in conseguenza della denuncia o della prova fornita.

2. Quando sussiste un ragionevole motivo per credere che una persona è stata vittima di scomparsa forzata, le autorità di cui al paragrafo 1 del presente articolo intraprendono un'indagine, anche in mancanza di una denuncia formale.

3. Ogni Stato Parte assicura che le autorità di cui al paragrafo 1 del presente articolo:

- a) abbiano i poteri e le risorse necessarie per condurre un'indagine effettiva, compreso l'accesso a documenti e altre informazioni rilevanti per l'indagine;
- b) abbiano accesso, se necessario previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, che dovrà pronunciarsi sul punto senza indugi, a tutti i luoghi di detenzione o altri luoghi in cui vi sia un ragionevole motivo di credere che la persona scomparsa possa essere presente.

4. Ogni Stato Parte adotta le misure necessarie ad impedire e sanzionare atti che ostacolano lo svolgimento dell'indagine. In particolare, assicura che le persone sospettate di avere commesso un reato di sparizione forzata non siano in condizione di influenzare lo svolgimento delle indagini attraverso pressioni, atti di intimidazione o ritorsioni nei riguardi di chi ha denunciato il fatto, dei testimoni, dei parenti della persona scomparsa o dei loro legali, ovvero nei riguardi delle persone che prendono parte alle indagini»

lunque individuo che abbia sofferto un pregiudizio quale diretta conseguenza di una sparizione forzata».

Il § 2 di detta disposizione stabilisce anzitutto che ogni vittima «ha il *diritto di sapere la verità* circa le circostanze della sparizione forzata, gli sviluppi e i risultati delle indagini e che ne è stato della persona scomparsa», e fa obbligo agli Stati contraenti di adottare misure appropriate a questo scopo.

Il “diritto alla verità” trova un ulteriore riconoscimento anche al § 7 dell’art. 24, nel quale si legge che «ogni Stato parte garantisce il *diritto di formare e di partecipare liberamente ad organizzazioni e associazioni che si occupano di ricostruire le circostanze in cui sono avvenute le sparizioni forzate e di conoscere il destino delle persone scomparse*, nonché di assistere le vittime delle sparizioni forzate»: la norma afferma tale diritto – potremmo dire – *anche nella sua dimensione collettiva*, secondo l’insegnamento della Corte interamericana dei diritti dell’uomo¹³¹.

Il § 4 accorda poi alle vittime il diritto di ottenere *riparazione ed un indennizzo rapido, equo e adeguato*.

I due concetti – riparazione e indennizzo – sono ancora una volta distinti, dovendosi intendere per «riparazione» – come puntualizza il successivo § 4 – un insieme di misure che vanno dal risarcimento dei danni materiali e morali subiti, alla restituzione *in integrum*, alla riabilitazione, alla «soddisfazione, compresa la restituzione della dignità e della reputazione», alle «garanzie di non ripetizione»; misure rispetto alle quali il menzionato diritto alla verità costituisce un *prius*, posto che l’accertamento dei fatti e delle responsabilità – anche su un piano extrapenale – è il necessario presupposto per l’applicazione di tali misure.

L’aspetto che più ricorda la Convenzione contro la tortura è però l’istituzione di un Comitato *ad hoc* – il *Comitato sulle sparizioni forzate* –, al quale gli artt. 24 ss. della Convenzione attribuiscono varie funzioni, tra le quali quelle di *esaminare i rapporti periodici* presentati dagli Stati (art. 29), *le richieste urgenti di ricercare e rintracciare una persona scomparsa avanzate dai familiari di quest’ultima* o da ogni altra persona titolare di un interesse legittimo (art. 30) e *le comunicazioni presentate dagli individui* (art. 31); di *effettuare visite sul territorio di uno Stato parte* del quale si abbia notizia che stia gravemente violando le disposizioni della Convenzione e di presentargli un rapporto (art. 33); di *sottoporre urgentemente la questione all’attenzione dell’Assemblea Generale dell’ONU*, attraverso il Segretario generale delle Nazioni Unite, nel caso in cui riceva informazioni sulla pratica sistematica e diffusa della sparizione forzata sul territorio di uno Stato membro (art. 34).

¹³¹Vedi *infra*, cap. IV, § 4.6.

1.24 Uno sguardo d'insieme

Al termine di questa lunga carrellata, è il momento di sviluppare alcune considerazioni di carattere generale.

Va anzitutto rimarcato il ruolo propulsivo assunto da talune organizzazioni internazionali e intergovernative – la Società delle Nazioni prima e l'Organizzazione delle Nazioni Unite poi, in misura minore il Consiglio d'Europa, l'OSA, l'Unione Africana, l'OCSE, solo per limitarci alle più rilevanti –, il quale si è rivelato essenziale per l'adozione della maggior parte degli strumenti esaminati.

In molti settori, come abbiamo visto, il lavoro di tali organizzazioni ha portato all'elaborazione di più convenzioni successive, basate ciascuna su quella precedente per innalzare lo *standard* di tutela, rafforzare gli strumenti di controllo sull'esecuzione degli obblighi e/o disciplinare più nello specifico taluni aspetti¹³².

L'impressione di una straordinaria (e per certi versi inquietante) proliferazione di convenzioni, accordi e trattati a connotazione penalistica è, dunque, solo in parte reale, poiché molti degli strumenti internazionali più recenti ne hanno sostituiti altri adottati in precedenza o hanno provveduto ad accorparli.

Per altro verso, non si può non evidenziare come le richieste di penalizzazione avanzate dalle varie *international agencies* frequentemente vengano a coincidere (per lo meno nei contenuti, se non addirittura nella forma), sicché può a ragione parlarsi di un significativo *processo di osmosi tra istituzioni e fonti* operanti in ambiti (territoriali) distinti, ciascuno portatore di un proprio, peculiare, punto di vista. Torneremo su questo profilo nel sesto capitolo, al quale fin d'ora rinviamo.

Quanto alle tendenze evolutive degli obblighi di penalizzazione, pare importante rilevare come nelle materie in cui si è registrato un progressivo sviluppo di strumenti internazionali a connotazione penalistica si sia gradualmente affermata una *terminologia più specifica* e si siano definiti più chiaramente i presupposti e i contenuti degli obblighi di criminalizzazione, punizione, estradizione, esercizio della giurisdizione penale e assistenza giudiziaria¹³³.

Non può non sottolinearsi, tuttavia – ed è questa la terza considerazione di ordine generale – come, da un lato, sia mancata e manchi una metodologia uniforme, e dall'altro il grado di precisione dei suddetti strumenti non sia particolarmente elevato.

La disomogeneità degli schemi adottati dipende senz'altro dal fatto che tali strumenti sono stati elaborati *durante un periodo di tempo piuttosto ampio* (cento anni separano la più volte citata Convenzione di Ginevra del 1906

¹³²Lo rileva ancora M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 84.

¹³³Così ancora M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 84.

dalla Convenzione ONU sulla sparizione forzata del 2006), da persone fisiche diverse e, soprattutto, in contesti storici, politici e culturali profondamente differenti tra loro.

Quanto al *deficit* di precisione, lo stesso si spiega con il fatto che gli estensori delle Convenzioni – con l’eccezione di quelle adottate nell’ambito del diritto umanitario – sono stati per lo più diplomatici o rappresentanti politici dei rispettivi governi, e che i lavori di redazione hanno visto soltanto una *limitata partecipazione di soggetti dotati di conoscenze specifiche in materia di diritto penale e di diritto internazionale penale*¹³⁴.

Bisogna nondimeno riconoscere come lo stesso si sia notevolmente ridotto negli atti più recenti, che non di rado mostrano un rispetto delle tecniche di redazione legislativa addirittura superiore a quello al quale ci ha abituati la sciatta prassi parlamentare italiana: il piglio di talune disposizioni convenzionali è anzi molto simile a quello delle legislazioni penali nazionali, quasi che i redattori avessero voluto predisporre una norma modello, da trasporre *tout court* nell’ordinamento interno, senza bisogno di modifiche (quella che nella sistematizzazione del capitolo sesto chiameremo “fattispecie di criminalizzazione”).

Un’ultima considerazione attiene alle funzioni riconosciute alla pena e al rispetto del principio di sussidiarietà penalistica/*ultima ratio*.

Come emerge chiaramente dalle disposizioni e non di rado dal Preambolo degli atti esaminati, la sanzione penale ha in questo settore essenzialmente – se non esclusivamente – una *funzione preventiva*: la sussistenza di norme incriminatrici dotate di reale capacità dissuasiva è la preconditione perché la lotta ai crimini internazionali e transnazionali possa essere condotta efficacemente sul territorio di ciascuno Stato membro.

Il ricorso agli strumenti della giustizia penale è, d’altra parte, percepito come indispensabile laddove la prassi abbia dimostrato che l’adozione di misure extrapenali (di natura civile, amministrativa o disciplinare), il mero scambio di informazioni e la semplice collaborazione intergovernativa non abbiano prodotto risultati apprezzabili sul fronte del contrasto a tali forme di criminalità: solo in questo caso i governi degli Stati intraprenderanno la difficile strada della negoziazione per adottare un atto “a connotazione penalistica”; vi rinunceranno, invece, nel caso in cui i meccanismi alternativi di contrasto abbiano dato buona prova di sé (come dimostra, ad esempio, la mancata adozione di nuove convenzioni in tema di falsificazione e contraffazione dopo quella del 1923).

E’ dunque nelle cose *un’attenzione maggiore al rispetto del principio di sussidiarietà penalistica* rispetto a quanto avviene normalmente in ambito nazionale.

¹³⁴Così ancora M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 84.

Capitolo 2

Gli obblighi di tutela penale discendenti dal diritto umanitario

Indice

2.1	Premessa	85
2.2	Brevi note storiche	88
2.3	L'obbligo di criminalizzazione delle gravi violazioni del diritto umanitario sancito dalle Convenzioni di Ginevra del 1949	94
2.4	L'obbligo di ricercare i criminali di guerra per sottoporli a processo o estradarli enunciato dalle Convenzioni di Ginevra del 1949	97
2.5	Gli obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria sanciti dal primo Protocollo addizionale del 1977	101
2.6	Le ragioni a fondamento dell'opzione penale	104
2.7	Brevi riflessioni sulle funzioni della pena	108

2.1 Premessa

Una disamina degli obblighi di tutela penale di fonte sovranazionale che aspiri a essere quanto più possibile esaustiva deve necessariamente prendere le mosse dal diritto umanitario, inteso come il *corpus* delle norme consuetudinarie e pattizie¹ che hanno ad oggetto la limitazione della violenza bellica e

¹I principali strumenti internazionali di diritto internazionale umanitario ad oggi in vigore sono la *IV Convenzione dell'Aja concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre*, adottata all'Aja il 18 ottobre 1907, le *quattro Convenzioni di Ginevra* concluse il 12 agosto 1949 e i *due Protocolli aggiuntivi* adottati, sempre a Ginevra, l'8 giugno 1977.

la protezione delle vittime di guerra², e che impongono regole inderogabili per tutti gli attori coinvolti in un conflitto armato (siano essi Stati, corpi di resistenza organizzati o ribelli, per limitarsi alle ipotesi più frequenti)³.

Pretendere di tracciare una netta linea di demarcazione tra diritto umanitario e diritto internazionale penale potrebbe, invero, apparire fuorviante, posto che le interferenze tra i due settori sono vistosissime: fino alla fine della seconda guerra mondiale, il catalogo dei crimini di diritto internazionale annoverava i soli crimini di guerra, ossia le violazioni del diritto internazionale umanitario idonee a fondare una responsabilità penale diretta in base al diritto internazionale⁴; i crimini di guerra figuravano negli Statuti dei Tribunali internazionali per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda⁵ e, in base all'art. 5 dello

Essi non precludono, tuttavia, l'applicazione delle pertinenti norme di diritto internazionale consuetudinario (come esplicitato peraltro dalla cd. "clausola Martens" inserita nel preambolo della IV Convenzione dell'Aja del 1907, secondo la quale "nei casi non compresi nelle disposizioni regolamentari adottate, le popolazioni e i belligeranti restano sotto la tutela e sotto l'impero dei principi del diritto delle genti, quali risultano dagli usi stabiliti tra le nazioni civili, dalle leggi di umanità e dalle esigenze della coscienza pubblica"): cfr. sul punto B. NASCIBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S.M. CARBONE – R. LUZZATO – A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, p. 372.

L'elenco degli strumenti di diritto internazionale umanitario di fonte pattizia (dal 1856 ai giorni nostri) e la ricapitolazione delle norme che hanno assunto carattere consuetudinario (all'esito di uno studio conclusosi nel 2005) sono reperibili sul sito ufficiale del Comitato Internazionale della Croce Rossa, all'indirizzo <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/index.jsp>.

Per le fonti pattizie, si veda, altresì, M. C. BASSIUNI, *International criminal law conventions* cit., pp. 285 – 307.

²Cfr. ancora B. NASCIBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 372.

L'Autore sottolinea come l'impostazione tradizionale abbia a lungo alimentato l'idea di una contrapposizione tra "diritto dell'Aja" – incentrato sulla limitazione della violenza bellica – e "diritto di Ginevra" – che trova invece il suo baricentro nella protezione delle vittime di guerra.

Come non ha mancato di rilevare la Corte internazionale di Giustizia (ad esempio nella sent. 27 giugno 1986, relativa alle *Attività militari e paramilitari degli Stati Uniti in Nicaragua e contro il Nicaragua*), tuttavia, tale distinzione non trova più ragion d'essere, dal momento che le norme sulla protezione delle vittime di guerra costituiscono, a ben vedere, altrettante norme relative alla conduzione delle ostilità: le due branche del diritto applicabile ai conflitti armati vanno, dunque, considerate elementi di un solo complesso sistema (appunto, il diritto internazionale umanitario). E nello stesso senso si è sostanzialmente espresso il Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia nella sentenza del 2 ottobre 1995 nel caso *Tadić*.

Cfr. altresì L.C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, Manchester, 2000, p. 33 ss., e G. WERLE, *Principles of international criminal law*, L'Aja, 2009, p. 352, per il quale la distinzione mantiene tuttora valore, a dispetto delle crescenti sovrapposizioni tra i due settori.

³Così G. PORRO, *La comunità internazionale e la tutela dei diritti umani*, in G. PORRO – O. PORCHIA (a cura di), *Studi di diritto internazionale umanitario*, Torino, 2004, p. 4.

⁴Cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 346.

⁵Cfr. M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 116.

Statuto della Corte penale internazionale, la stessa è competente a giudicare, tra l'altro, sui crimini di guerra, per la cui definizione il successivo art. 8 co. 2 lett. a) fa riferimento alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949⁶; le pertinenti previsioni delle Convenzioni medesime, infine, sono fonti del diritto penale internazionale, che la Corte penale internazionale è tenuta ad applicare in virtù dell'art. 21 co. 1 lett. b) dello Statuto⁷.

La scelta di dedicare questo secondo capitolo agli obblighi di tutela penale che promanano dal diritto umanitario – inquadrato, per il momento, come un corpo a sé – risponde, nondimeno, a precise esigenze espositive: il diritto umanitario è infatti il settore del diritto internazionale in cui gli obblighi di tutela penale sono emersi per la prima volta in modo organico; e gli stessi seguono logiche solo in parte coincidenti con quelle degli obblighi di persecuzione penale dei crimini di diritto internazionale (che saranno invece oggetto del quinto capitolo).

D'altra parte, se i punti di contatto tra diritto umanitario e diritto internazionale penale sono moltissimi, non bisogna dimenticare le profonde differenze esistenti tra i due settori: le norme di diritto umanitario vincolano direttamente gli Stati – che sono i tradizionali soggetti del diritto internazionale – e solo indirettamente gli individui⁸; le violazioni del diritto umanitario possono dar luogo a una responsabilità sul piano internazionale dello Stato che attraverso gli appartenenti alle proprie forze armate se ne sia reso responsabile (mentre la possibilità di fondare una responsabilità penale individuale

⁶Si riporta di seguito, per comodità, il testo dell'art. 8 co. 2 lett. a) Statuto CPI: «Agli effetti dello Statuto, si intende per «crimini di guerra»:

- a) gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire uno dei seguenti atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni di Ginevra:
 - i) omicidio volontario;
 - ii) tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici;
 - iii) cagionare volontariamente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute;
 - iv) distruzione ed appropriazione di beni, non giustificate da necessità militari e compiute su larga scala illegalmente ed arbitrariamente;
 - v) costringere un prigioniero di guerra o altra persona protetta a prestare servizio nelle forze armate di una potenza nemica;
 - vi) privare volontariamente un prigioniero di guerra o altra persona protetta del suo diritto ad un equo e regolare processo;
 - vii) deportazione, trasferimento o detenzione illegale;
 - viii) cattura di ostaggi».

⁷Cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 56. Come sottolinea l'Autore, talune delle previsioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 sono ad oggi ritenute di carattere consuetudinario.

⁸Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 359.

di questi ultimi discende dal diritto internazionale penale)⁹; e con qualche approssimazione si può affermare che le norme di diritto umanitario hanno natura essenzialmente prescrittiva, mentre quelle di diritto internazionale penale pongono dei divieti¹⁰.

Nei paragrafi seguenti si procederà a una rapida disamina degli obblighi di tutela penale contenuti nelle quattro *Convenzioni di Ginevra* del 1949 e nel *primo Protocollo addizionale* del 1977; obblighi di tutela penale che a buon diritto possono essere considerati come gli “archetipi” di quelli elaborati in via pretoria oltre trent’anni più tardi, nell’ambito del diritto internazionale dei diritti umani, dalle Corti di Strasburgo e di San José, sui quali focalizzeremo la nostra attenzione nel quarto capitolo.

Prima, tuttavia, sentiamo il bisogno di inserire alcune brevi note storiche, che aiutino a comprendere qual è stato il percorso che ha portato all’utilizzo degli strumenti della giustizia penale in questo importante settore del diritto internazionale.

2.2 Brevi note storiche

L’idea del ricorso alla sanzione penale per rendere più effettive le norme internazionali che disciplinavano i conflitti armati non è nuova: essa affonda le

alla quale risalgono i primi tentativi di codificazione dello *jus in bello*, fino ad allora rimasto esclusivo appannaggio della consuetudine internazionale¹¹.

Nel 1863, infatti, il presidente statunitense Lincoln promulgò come legge degli Stati Uniti il codice dei conflitti armati elaborato dal professor Francis Lieber – noto appunto come *Lieber code* – il quale prevedeva, tra l’altro, che le violazioni del diritto umanitario commesse dai soldati americani al fronte (tra le quali venivano espressamente menzionati l’uccisione e il ferimento di civili, i furti, le violenze sessuali, le sparizioni forzate) dovessero essere punite, se non con la morte, con le pene più severe: «*Crimes punishable by all penal codes, such as arson, murder, maiming, assaults, highway robbery, theft, burglary, fraud, forgery, and rape, if committed by an American soldier in a hostile country against its inhabitants, are not only punishable as at home, but in all cases in which death is not inflicted, the severer punishment shall be preferred*» – recitava, significativamente, il codice¹².

⁹G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 357.

¹⁰Cfr. M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 77.

¹¹Cfr. sul punto A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi della comunità internazionale* (a cura di P. GAETA), Bologna, 2004, p. 116.

¹²Il testo del *Lieber code* è reperibile sul sito ufficiale del Comitato Internazionale della Croce Rossa, all’indirizzo <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/index.jsp>. Si veda altresì in proposito L.C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, cit., p. 29.

Tra il 1870 e il 1893, manuali o codici analoghi vennero adottati in Prussia, in Olanda, in Francia, in Russia, in Serbia, in Argentina, in Gran Bretagna e in Spagna¹³.

Si trattava, nondimeno, di strumenti che avevano ciascuno valore vincolante solo per lo Stato nel quale erano stati approvati, mentre mancava una disciplina internazionale uniforme, valida per tutti i Paesi europei, per gli Stati Uniti e per le Repubbliche dell'America latina che da poco avevano visto la luce¹⁴.

Il primo accordo interstatale che si proponeva di mitigare almeno taluni degli effetti più terribili della guerra porta la data del 1856, e fu siglato contemporaneamente al trattato di pace che aveva posto fine alla sanguinosa guerra di Crimea: esso riguardava, però, solo la guerra marittima, e presentava evidenti lacune.

Di poco successiva è la *Convenzione di Ginevra del 1864 per il miglioramento delle sorti dei feriti delle forze armate in campagna*, adottata solo un anno dopo l'istituzione del Comitato internazionale della Croce Rossa, proprio su impulso di quest'ultimo¹⁵. Come l'atto di cui abbiamo appena parlato, anch'essa *non contemplava*, tuttavia, *obblighi di tutela penale*.

Nel frattempo, fallito il progetto di una *Dichiarazione internazionale sulle leggi e sugli usi della guerra* che era stato lanciato dallo zar Alessandro II di Russia in occasione della conferenza di quindici Paesi europei tenutasi a Bruxelles nel 1874, l'Istituto di diritto internazionale prendeva le mosse proprio da quel progetto per elaborare, nel 1880, il *Manual of the Laws of War on Land*, che nelle aspirazioni dei redattori avrebbe dovuto fungere da modello per le successive iniziative legislative in materia, a livello nazionale e internazionale¹⁶.

L'*Oxford Manual* codificava, dunque, il principio consuetudinario secondo cui si poteva reagire alle violazioni del diritto dei conflitti armati ricorrendo a

¹³Cfr. ancora L. C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, cit., p. 30.

¹⁴Cfr. ancora L.C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, cit., p. 30, il quale sottolinea peraltro che «*the rules embodied in these national codes or in the writings of acknowledged international law authorities, to the extent that they expressed agreement, constitute the customary international law of armed conflict, and to the extent that they have not been overruled by treaty or expressly rejected by a state, especially one considered a significant military power, they are as obligatory as any other rules of international law*».

¹⁵Il Comitato, istituito come noto dalla Convenzione di Ginevra del 1864 sulla protezione dei feriti e dei malati della guerra terrestre, si è fatto promotore delle Convenzioni e dei Protocolli successivi. Sul ruolo del CICR, cfr. S. CANTONI, *Il Comitato internazionale della Croce Rossa e lo sviluppo del diritto internazionale umanitario*, in G. PORRO – O. PORCHIA, *Studi di diritto internazionale umanitario*, Torino, 2004, p. 155 ss. Cfr. altresì G. WERLE *Principles of international criminal law*, cit., p. 352, in particolare nt. 59, e p. 363.

¹⁶Anche il testo dell'*Oxford Manual* è reperibile sul sito ufficiale del Comitato Internazionale della Croce Rossa, all'indirizzo <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/index.jsp>. Cfr. ancora sul punto L.C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, cit., p. 32.

rappresaglie belliche¹⁷; ma al tempo stesso poneva un argine all'uso di queste ultime, indicando come principale mezzo per garantire il rispetto dello *jus in bello* proprio l'*esercizio dell'azione penale* nei confronti dei combattenti nemici che avessero commesso gravi violazioni di tali norme: significativamente, l'art. 84 proseguiva affermando che «*reprisals are an exception to the general rule of equity, that an innocent person ought not to suffer for the guilty. They are also at variance with the rule that each belligerent should conform to the rules of war, without reciprocity on the part of the enemy*».

Poco dopo, con le Conferenze di pace dell'Aja del 1899 e del 1907, veniva codificato il *contenuto essenziale della disciplina tradizionale del diritto dei conflitti armati*, che si sviluppava attorno ai seguenti caposaldi:

- muovendo dalla concezione della guerra di Rousseau, secondo la quale la guerra *non riguarderebbe i rapporti tra uomini, ma solo quelli tra Stati* – concezione che si contrapponeva a quella del generale prussiano von Clausewitz, che dopo aver combattuto contro Napoleone aveva invece teorizzato che le guerre dovessero necessariamente essere una lotta per la vita o per la morte, e che l'intera popolazione dei due Stati contendenti dovesse combattere – si effettuava una *netta distinzione tra combattenti* da un lato e *civili* dall'altro, e si cercava di proteggere quanto più possibile i secondi dagli orrori della guerra;
- si disciplinavano *solo i conflitti armati tra Stati*, mentre i combattimenti tra gli insorti e le autorità governative nel corso delle guerre civili erano regolati esclusivamente dal diritto interno;
- si subordinava l'applicazione delle convenzioni internazionali sul diritto bellico alla clausola cd. *si omnes*, in virtù della quale bastava che anche solo uno degli Stati belligeranti non avesse ratificato un determinato atto perché questo fosse considerato inapplicabile anche nei rapporti tra gli altri belligeranti;
- si definivano *legittimi combattenti* solo i membri degli eserciti regolari, e solo a determinate condizioni le milizie e i corpi di volontari, e acquisiva tale *status* anche l'intera popolazione civile di un determinato territorio che, all'avvicinarsi del nemico, prendeva spontaneamente le armi (sempre al verificarsi di determinate condizioni)¹⁸.

Quanto ai mezzi di reazione alle violazioni del diritto bellico, essi erano ancora rimessi, in definitiva, a ciascuna delle parti del conflitto, senza che vi fosse alcuna preferenza vincolante per il ricorso agli strumenti della giustizia penale rispetto alle rappresaglie: in quest'ottica, risulta evidente il motivo per cui le Convenzioni dell'Aja – compresa la IV Convenzione concernente

¹⁷Si veda in proposito A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi*, cit., p. 118.

¹⁸Cfr. ancora A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi*, cit., pp. 116-118.

le leggi e gli usi della guerra terrestre adottata all'Aja il 18 ottobre 1907, tuttora in vigore – non contemplassero obblighi di tutela penale.

All'opposto, conteneva un obbligo di criminalizzazione – a quel che ci risulta, *il primo obbligo di criminalizzazione contenuto in uno strumento di diritto internazionale pattizio* – la Convenzione di Ginevra del 1906¹⁹, relativa al miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna: essa prevedeva infatti, all'art. 28, che gli Stati firmatari si impegnassero a emendare il testo dei loro codici penali militari per reprimere e punire alcune tra le più gravi violazioni del diritto umanitario, quali l'uso improprio del simbolo della Croce Rossa e i maltrattamenti in danno dei militari feriti o malati²⁰.

E, in maniera del tutto analoga, la successiva Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 27 luglio 1929²¹ sanciva, all'art. 29²², l'obbligo per i Governi degli Stati firmatari di «proporre ai Parlamenti nazionali, nel caso in cui le disposizioni penali vigenti [fossero] inadeguate, le misure necessarie per la repressione in tempo di guerra di qualsiasi atto contrario alle previsioni della presente Convenzione» .

Torneremo incidentalmente sul contenuto di tali disposizioni, e soprattutto su quelle delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 che le hanno sostituite, nei paragrafi seguenti. Prima, però, è necessario completare la nostra breve introduzione storica, per poter meglio comprendere gli sviluppi successivi.

Durante le due guerre mondiali, infatti, le Convenzioni vigenti in materia di diritto dei conflitti armati avevano dimostrato sotto molti profili la propria inadeguatezza:

- in primo luogo, si erano andate affermando *nuove categorie di combattenti* (ad esempio i partigiani e i membri dei movimenti di resistenza), che da un punto di vista formale non potevano qualificarsi come combat-

¹⁹Il cui testo è consultabile, nella versione inglese, all'indirizzo <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/index.jsp>.

²⁰Conviene riportare, per praticità, il testo della norma: «*In the event of their military penal laws being insufficient, the signatory governments also engage to take, or to recommend to their legislatures, the necessary measures to repress, in time of war, individual acts of robbery and ill treatment of the sick and wounded of the armies, as well as to punish, as usurpations of military insignia, the wrongful use of the flag and brassard of the Red Cross by military persons or private individuals not protected by the present convention. They will communicate to each other through the Swiss Federal Council the measures taken with a view to such repression, not later than five years from the ratification of the present convention*».

²¹Il cui testo, nella versione inglese, è reperibile all'indirizzo <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/index.jsp>.

²²Così recita l'art. 29, nella versione inglese: «*The Governments of the High Contracting Parties shall also propose to their legislatures should their penal laws be inadequate, the necessary measures for the repression in time of war of any act contrary to the provisions of the present Convention. They shall communicate to one another, through the Swiss Federal Council, the provisions relative to such repression not later than five years from the ratification of the present Convention*».

tenti legittimi perché, tra l'altro, non portavano apertamente le armi, né segni distintivi riconoscibili a distanza;

- in secondo luogo, la pratica della guerra si era sviluppata in due direzioni opposte, fino ad allora difficilmente immaginabili: vi erano le cd. *guerre dei ricchi*, condotte tra Stati sviluppati economicamente, che impiegavano sofisticate armi di distruzione di massa, e le cd. *guerre dei poveri*, ovverosia le guerre di liberazione nazionale nei territori coloniali: entrambe le categorie di guerra avevano causato un notevole aumento delle vittime tra i civili, a dimostrazione del fatto che, nelle guerre moderne, siano proprio i non combattenti a patire il prezzo più elevato della guerra;
- in terzo luogo, si erano andati diffondendo *nuovi mezzi di distruzione*, quali gli aerei (usati per la prima volta nel conflitto italo-turco del 1910-11, e poi durante la Prima guerra mondiale del 1914-18 e nel corso della guerra civile spagnola combattutasi tra il 1936 e il 1939), e gli sviluppi tecnologici avevano portato alla creazione e all'utilizzo della bomba atomica e successivamente allo stoccaggio di armi nucleari, e all'inclusione nell'arsenale militare delle piccole e grandi potenze di armi chimiche e batteriologiche di vario tipo;
- infine, si era assistito a un notevole *incremento delle guerre civili*, specie nei Paesi in via di sviluppo²³.

Di qui l'esigenza di rivedere profondamente la disciplina tradizionale dello *jus in bello*.

Il processo di revisione ha avuto inizio il 12 agosto 1949 con l'adozione, da parte della Conferenza diplomatica di Ginevra – ancora una volta grazie all'impulso decisivo del Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR) – di *quattro nuove Convenzioni*, aventi ad oggetto rispettivamente il *trattamento dei prigionieri di guerra* (I Convenzione), il *miglioramento della sorte dei feriti e dei malati delle forze armate in campagna* (II Convenzione), il *miglioramento della sorte dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare* (III Convenzione) e la *protezione delle persone civili in tempo di guerra* (IV Convenzione).

Tali Convenzioni – le quali, come vedremo nei prossimi paragrafi, contengono *pervasivi obblighi di criminalizzazione e di persecuzione penale* – andarono a sostituirsi a quelle del 1906 e del 1929 (mentre rimase in vigore, come abbiamo già detto, la IV Convenzione dell'Aja concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre del 1907).

La gran parte delle norme delle suddette Convenzioni hanno dato origine a consuetudini internazionali di contenuto corrispondente, che come tali

²³Per l'analisi di tutti questi profili si rimanda, ancora una volta, ad A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi*, cit., pp. 119-120.

vincolano tutti i membri della comunità internazionale, compresi quelli che non avessero ratificato i suddetti strumenti di diritto internazionale pattizio (anche se il dato ha valenza più teorica che pratica, posto che ad essi hanno aderito praticamente tutti gli Stati).

Nel 1977, poi, una nuova Conferenza diplomatica ha adottato *due Protocolli addizionali* alle Convenzioni di Ginevra del 1949, uno relativo ai *conflitti armati internazionali*²⁴, l'altro a quelli interni²⁵, il primo dei quali contenente significativi obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale.

Tali strumenti hanno realizzato al tempo stesso una revisione e un aggiornamento di molte disposizioni delle Convenzioni di Ginevra e di quelle dell'Aja, senza tuttavia sostituirsi ad esse: come è stato efficacemente sottolineato, «il nuovo diritto non si allontana dalla concezione “rousseauiana” dei conflitti armati, cui si ispira il diritto tradizionale, ma tiene conto delle tendenze delle guerre moderne a divenire sempre più lotte per la vita o per la morte, e quindi conflitti totali», pur senza abbandonare la fondamentale distinzione tra i combattenti e chi non prende parte (o non prende più parte) alle ostilità, e così pure tra obiettivi militari e non militari²⁶.

Il diritto dei conflitti armati, inoltre, è sempre meno orientato verso la tutela delle esigenze militari e sempre più verso quella dei diritti umani, come ha significativamente riconosciuto anche il Tribunale penale per la *ex* Jugoslavia nel caso *Tadić* del 1997²⁷.

Anche in ragione di ciò, la clausola *cd. si omnes*, cui abbiamo accennato in precedenza, è stata gradualmente abbandonata: per questo (e per il fatto che, come dicevamo, molte delle norme convenzionali hanno acquisito natura consuetudinaria) oggi «è più difficile, se non impossibile, per i belligeranti affermare di non essere vincolati da precetti giuridici in materia»²⁸.

Tra le principali innovazioni del nuovo diritto dei conflitti armati²⁹ discipli-

²⁴Uno dei profili attuali più dibattuti è la possibilità di applicare le garanzie del diritto umanitario, e in particolare delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei loro Protocolli addizionali del 1977 alle missioni militari all'estero. Si veda, in proposito, S. MANACORDA, *Entre la guerre et la paix: le droit pénal en quête de sa place*, in S. MANACORDA – A. NIETO (a cura di), *Criminal law between war and peace*, 2009, e gli ulteriori riferimenti bibliografici ivi citati.

²⁵Per quel che concerne la disciplina dei conflitti armati interni, cfr. ancora A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi*, cit., pp. 137 ss.

²⁶Le Convenzioni di Ginevra tutelano adeguatamente i civili «solo nella misura in cui essi siano nelle mani del nemico, dall'inizio delle ostilità o a seguito di occupazione militare», mentre «i civili che si trovano nel teatro delle ostilità sono ampiamente tutelati a livello normativo solo dal primo Protocollo del 1977». Cfr. ancora A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi*, cit., p. 133.

²⁷ICTY, sent. 2 ottobre 1995, *Tadić*, § 97.

²⁸Così ancora A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi*, cit., p. 121.

²⁹Per una sintetica analisi del quale si rinvia ancora ad A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi*, cit., pp. 134-143, e, soprattutto, a J. PICTET, *Development and principles of international humanitarian law*, Dordrecht – Ginevra, 1985, pp. 95.

nato dalle fonti che abbiamo poc'anzi elencato vanno certamente menzionate, per quel che concerne direttamente l'oggetto della nostra trattazione, le *limitazioni poste all'utilizzo delle rappresaglie belliche*³⁰ e la correlativa *consacrazione della repressione penale come lo strumento di carattere generale* (e al contempo più appropriato, perché si fonda sui principi del giusto processo e su di un accertamento imparziale dei fatti) *per sanzionare le violazioni dello jus in bello*.

2.3 L'obbligo di criminalizzazione delle gravi violazioni del diritto umanitario sancito dalle Convenzioni di Ginevra del 1949

Il primo paragrafo, rispettivamente, degli artt. 49, 50, 129 e 146 delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 impone agli Stati firmatari l'obbligo di introdurre nel proprio ordinamento penale le disposizioni idonee a reprimere adeguatamente le gravi violazioni delle Convenzioni medesime (rispettivamente elencate agli artt. 50³¹, 51, 130³² e 147³³).

³⁰Le Convenzioni di Ginevra del 1949 proibiscono, infatti, le rappresaglie contro le cd. persone protette (prigionieri di guerra, feriti, malati, naufraghi e civili caduti nelle mani del nemico). I due Protocolli del 1977 hanno però esteso tale divieto ad una serie di persone ed obiettivi civili che si trovino sul campo di battaglia (cfr. in particolare gli artt. 51 § 6, 53 lett. c, 54 § 4, 55 § 2 e 56 § 4 del primo Protocollo). Nondimeno, la forte opposizione di Paesi come la Francia e l'Australia e le perplessità avanzate in proposito da molti altri Stati inducono a ritenere che tale disposizioni non abbiano acquisito carattere consuetudinario e dunque vincolino solo i Paesi che abbiano ratificato i Protocolli senza apporre alcuna riserva ad hoc. Cfr. ancora A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi*, cit., p. 135.

³¹Si riporta, per comodità, il testo dell'art. 50 della I Convenzione: «Le infrazioni gravi indicate nell'articolo precedente sono quelle che implicano l'uno o l'altro dei seguenti atti, se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione: l'omicidio intenzionale, la tortura o i trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente grandi sofferenze o di attentare gravemente all'integrità fisica o alla salute, la distruzione e l'appropriamento di beni non giustificate da necessità militari e compiute in grande proporzione ricorrendo a mezzi illeciti e arbitrari». Identica la formulazione dell'art. 51 della II Convenzione, che non necessita pertanto di essere qui riportato.

³²Vale la pena di riportare anche il testo dell'art. 130 della III Convenzione, che si discosta in parte da quello delle norme prima citate: «Le infrazioni gravi indicate nell'articolo precedente sono quelle che implicano l'uno o l'altro dei seguenti atti, se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione: l'omicidio intenzionale, la tortura o i trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente gravi sofferenze o di attentare gravemente all'integrità fisica o alla salute, il fatto di costringere un prigioniero di guerra a prestare servizio nelle forze armate della potenza nemica, o quello di privarlo del suo diritto di essere giudicato regolarmente e imparzialmente secondo le prescrizioni della presente Convenzione».

³³Lo stesso vale per l'art. 147 della IV Convenzione, che così recita: «Le infrazioni gravi indicate nell'articolo precedente sono quelle che implicano l'uno o l'altro dei seguenti atti, se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione: l'omicidio intenzionale, la tortura o i trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente grandi sofferenze o di attentare gravemente all'integrità fisica o alla salute,

Come abbiamo visto, già l'art. 28 della Convenzione di Ginevra del 1906 e l'art. 29 di quella del 1929 contemplavano simili obblighi. La formulazione di tali norme – senz'altro timida, quasi timorosa – dava tuttavia l'idea che la valutazione circa l'adeguatezza della legislazione penale nazionale e la decisione di introdurre o meno norme penali idonee a reprimere le violazioni della Convenzione fossero rimesse, in buona sostanza, all'insindacabile giudizio degli Stati, e che il diritto internazionale non potesse far altro che *suggerire* determinate riforme, accettando con rassegnazione l'eventualità (o, più realisticamente, la concreta possibilità) che tali inviti non avessero seguito alcuno.

Di ben altro tenore le pertinenti disposizioni delle quattro Convenzioni del 1949³⁴.

Ai sensi dell'art. 49 della I Convenzione³⁵ (cui sono perfettamente sovrapponibili l'art. 50 della II, l'art. 129 della III e l'art. 146 della IV) «Le Alte Parti contraenti s'impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria *per stabilire sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, una delle infrazioni gravi alla presente Convenzione*».

Rifuggendo dai falsi pudori che appannavano il testo delle norme poc'anzi citate, si afferma per la prima volta con chiarezza che gli Stati firmatari sono vincolati ad adempiere agli obblighi (positivi) nascenti dalla Convenzione, pena una loro eventuale responsabilità sul piano internazionale: non a caso già nel 1952 il primo e più autorevole commentatore delle quattro Convenzioni di

la deportazione o il trasferimento illegali, la detenzione illegale, il fatto di costringere una persona protetta a prestar servizio nelle forze armate della Potenza nemica, o quello di privarla del suo diritto di essere giudicata regolarmente e imparzialmente secondo le prescrizioni della presente Convenzione, la presa di ostaggi, la distruzione e l'appropriazione di beni non giustificate da necessità militari e compiute in grandi proporzioni ricorrendo a mezzi illeciti e arbitrari».

³⁴I testi delle suddette Convenzioni possono essere agevolmente reperiti, nella traduzione in lingua italiana, all'indirizzo www.unipd-centrodirittiumani.it.

³⁵Così recita l'art. 49 della I Convenzione: «Le Alte Parti contraenti s'impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, una delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente. Ogni parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, una di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento perché questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti. Ogni Parte contraente prenderà i provvedimenti necessari per far cessare gli atti contrari alle disposizioni della presente Convenzione, che non siano le infrazioni gravi precisate nell'articolo seguente. Gli imputati fruiranno, in ogni circostanza, di garanzie di procedura e di libera difesa che non saranno minori di quelle previste dagli articoli 105 e seguenti della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra». Una disposizione di identico tenore è contenuta in ciascuna delle altre Convenzioni, rispettivamente agli artt. 50, 129 e 146. Non è, pertanto, necessario riportare il testo anche di queste ultime.

Ginevra, Jean Pictet, notava – a proposito dell’art. 49 § 1 della I Convenzione – che le Parti contraenti erano ora *più strettamente vincolate* all’adozione delle misure legislative necessarie di quanto non lo fossero in passato, sotto la vigenza del più volte menzionato art. 29 della Convenzione del 1929³⁶.

Come si ricava dal testo delle norme in esame, la richiesta di penalizzazione che promana dagli artt. 49, 50, 129 e 146 delle Convenzioni del 1949 ha *carattere selettivo*, avendo la stessa ad oggetto soltanto le condotte che, agli occhi dei redattori delle Convenzioni, apparivano maggiormente riprovevoli e abbisognavano pertanto di una più decisa stigmatizzazione³⁷.

Per quel che concerne le altre violazioni – non qualificabili come «gravi» ai sensi delle norme ora citate – il terzo paragrafo degli artt. 49, 50, 129 e 146 utilizza invece l’ambigua espressione «far cessare», cui corrispondono nella versione francese il termine «*faire cesser*» e in quella inglese la parola «*suppression*»; espressioni, invero, non perfettamente sovrapponibili, perché l’inglese «*suppression*» corrisponde grossomodo al francese «*répression*» ma non al francese «*suppression*» (assimilabile, appunto, a «*faire cesser*»)³⁸: non è chiaro, dunque, se anche in questo caso le disposizioni convenzionali impongano agli Stati firmatari di introdurre norme penali idonee a reprimere i suddetti comportamenti, o se invece esse non ostino all’adozione di mere sanzioni di carattere amministrativo o disciplinare, lasciando il legislatore nazionale libero di valutare se far ricorso o meno all’opzione penale.

Al di là di questo punto controverso³⁹, non si può dubitare del fatto che gli artt. 49, 50, 129 e 146 pongano un *obbligo di criminalizzazione esplicito* delle condotte di chi abbia commesso, e di chi abbia dato ordine di commettere, una delle gravi infrazioni delle Convenzioni previste dagli artt. 50, 51, 130 e 147⁴⁰ (nell’elenco delle quali figurano l’uccisione intenzionale, la tortura e i

³⁶J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve pour l’amelioration du sort des blesses et des malades dans les forces armées en campagne*, Ginevra, 1952, p. 407. Il testo del Commentario alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 è reperibile sul sito ufficiale della Croce Rossa, all’indirizzo <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebList?ReadForm&id=365&t=com>.

³⁷Al punto che si è rilevato che numerose altre condotte avrebbero meritato di essere inserite nell’elenco di quelle considerate “gravi” dagli artt. 50, 51, 130 e 147. Si pensi, ad es., all’uso improprio del simbolo della Croce Rossa durante le ostilità, o ai casi – realmente accaduti – dell’ufficiale medico che aveva mutilato il corpo di un soldato rimasto ucciso e l’aveva lasciato senza sepoltura e dei soldati che avevano commesso atti di cannibalismo sul corpo dei nemici (ed erano stati per questo condannati alla pena capitale).

Cfr. ancora J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve pour l’amelioration du sort des blesses et des malades dans les forces armées en campagne*, cit., p. 413.

³⁸J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve pour l’amelioration du sort des blesses et des malades dans les forces armées en campagne*, cit., p. 412.

³⁹Sul quale si rinvia ancora a L.C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, cit., p. 45.

⁴⁰Esse non prendono, invece, posizione riguardo all’opportunità di assoggettare a sanzione penale chi abbia omesso di intervenire per prevenire o reprimere una delle suddette infrazioni, secondo lo schema della command responsibility che, successivamente, è andato affermandosi nell’ambito del diritto penale internazionale. Cfr. sul punto ancora J. S. PICTET (a cura

trattamenti inumani, ivi compresi gli esperimenti biologici).

Almeno per quel che concerne queste ultime, il legislatore nazionale non ha, dunque, alcun margine di discrezionalità nel valutare se la protezione delle vittime della guerra possa essere efficacemente assicurata mediante strumenti diversi dalla sanzione penale: il ricorso alla pena è, in buona sostanza, obbligato; e neppure è sufficiente l'adozione di una sanzione penale purchessia, dovendo la stessa, all'opposto, mostrarsi adeguata a garantire l'*effettiva repressione* delle gravi violazioni elencate agli artt. 50, 51, 130 e 147.

2.4 L'obbligo di ricercare i criminali di guerra per sottoporli a processo o estradarli enunciato dalle Convenzioni di Ginevra del 1949

Il profilo innovativo delle Convenzioni di Ginevra del 1949 non si esaurisce, ad ogni modo, nell'*ampliamento della lista delle condotte penalmente rilevanti* o nella *sottolineatura del carattere vincolante degli obblighi di penalizzazione* in esse contenuti.

Ai sensi del secondo comma degli artt. 49, 50, 129 e 146, «ogni parte contraente avrà l'*obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, una di dette infrazioni gravi* e dovrà qualunque sia la loro nazionalità, *deferirle ai propri tribunali*» oppure «*consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento perché questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti*»: l'accento cade sull'obbligo di ricercare gli autori dei crimini di guerra per sottoporli a giudizio o estradarli, secondo la regola *aut dedere, aut judicare*⁴¹.

Le Convenzioni del 1949 non prevedono dunque – a differenza di quelle che le hanno precedute – meri obblighi di penalizzazione, ma più ampi e pervasivi *obblighi di tutela penale*: esse non si limitano, in altre parole, ad imporre l'introduzione di norme incriminatrici che abbiano ad oggetto le (più gravi) violazioni del diritto umanitario, ma pretendono che le stesse trovino nel caso concreto effettiva applicazione; e perché ciò sia possibile, è necessario che gli autori dei crimini di guerra vengano *ricercati* e, quindi, *sottoposti a processo o estradati*.

Guardando più da vicino a questi obblighi – di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale – è possibile notare come il secondo paragrafo delle disposizioni suddette imponga, anzitutto, che qualsiasi Stato membro il quale abbia notizia del fatto che sospetti criminali di guerra si

di), *La Convention de Geneve pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, cit., p. 409.

⁴¹Cfr. sul punto M. C. BASSIOUNI – E. M. WISE, *Aut dedere aut judicare: the duty to extradite or prosecute in international law*, Dordrecht, 1995, p. 93 ss.

trovano sul proprio territorio *si attivi spontaneamente* per assicurarli alla giustizia: si afferma infatti che «ogni parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, una di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai propri tribunali».

Non è, dunque, necessaria una specifica richiesta in tal senso da parte di un altro Stato contraente *ex artt.* 52, 53, 132 e 149 delle quattro Convenzioni del 1949⁴²: le gravi violazioni del diritto umanitario – potremmo dire, utilizzando le categorie nazionali – esigono un regime di *procedibilità d'ufficio*.

L'obbligo di persecuzione penale incombe, inoltre, *anche sullo Stato terzo che abbia notizia che i presunti criminali di guerra si trovino all'interno dei propri confini*: le Convenzioni del 1949 superano il principio di territorialità – secondo cui l'obbligo di persecuzione penale grava sullo Stato nel cui territorio il crimine si è verificato – e accolgono, invece, il principio della giurisdizione universale, nella sua più pregnante accezione di *mandatory universal jurisdiction*⁴³.

Il terzo paragrafo degli artt. 52, 53, 132 e 149 – a tenore del quale «accertata la violazione, le Parti in conflitto vi porranno fine e la reprimeranno il più rapidamente possibile» – contiene, inoltre, una chiarissima indicazione nel senso della necessità che anche la repressione delle violazioni avvenga *entro tempi ragionevoli*: non basta dunque che, una volta accertata la sussistenza di una violazione, le Parti belligeranti vi pongano al più presto fine; il sistema convenzionale pretende, altresì, che il processo venga celebrato in maniera spedita e che con altrettanta celerità venga assicurata, in caso di condanna, l'esecuzione della pena inflitta. La rapidità della repressione non deve, tuttavia, realizzarsi a scapito delle garanzie difensive che le Convenzioni accordano alla persona sottoposta a giudizio, le quali possono trovare effettiva applicazione – come vedremo tra breve – soltanto a conflitto cessato.

Nel precisare che i presunti criminali di guerra devono essere deferiti, quale che sia la loro nazionalità, ai tribunali ordinari, e non a tribunali creati *ad hoc*, gli artt. 49, 50, 129 e 146 delle quattro Convenzioni presidiano, altresì, i valori dell'indipendenza, dell'imparzialità e della terzietà dell'organo giudicante: i redattori delle Convenzioni hanno evidentemente sentito il bisogno di sottolineare che l'accertamento delle responsabilità dev'essere perseguito in modo uniforme, così che tutti – cittadini, nemici e alleati – fossero sottoposti alle stesse regole procedurali e giudicati dai medesimi

⁴²Questo il testo delle norme, identiche nella loro formulazione: «A richiesta di una Parte in conflitto, dovrà essere aperta una inchiesta, nel modo da stabilirsi tra le Parti interessate, per ogni pretesa violazione della Convenzione. Qualora non potesse essere raggiunto un accordo sulla procedura d'inchiesta, le Parti s'intenderanno per la scelta di un arbitro, che deciderà sulla procedura da seguire. Accertata la violazione, le Parti in conflitto vi porranno fine e la reprimeranno il più rapidamente possibile».

⁴³Si veda in proposito M. A. PASCULLI, *Una umanità, una giustizia*, cit., p. 106;

tribunali⁴⁴; pena il rischio – avvertito all'epoca – della sua trasformazione in un giudizio dei vincitori sui vinti.

Per quel che concerne l'estradizione del sospetto criminale di guerra, gli artt. 49, 50, 129 e 146 non si limitano a rinviare alle leggi nazionali in materia, ma pongono una condizione ulteriore, di carattere speciale: è necessario che lo Stato richiedente fornisca la prova che le accuse a suo carico sono «sufficienti» ad instaurare un giudizio nei suoi confronti⁴⁵; che, in altre parole, vi sia un *fumus commissi delicti*.

La sottoposizione a giudizio del presunto autore di crimini di guerra e l'estradizione di quest'ultimo sembrano dunque presentarsi, nel sistema delineato dalle Convenzioni del 1949, come *opzioni paritetiche*⁴⁶: qualora l'estradizione sia richiesta da un altro Stato e sussistano le condizioni generali e speciali per concederla, lo Stato firmatario potrà consegnare il criminale di guerra alle autorità competenti e con ciò adempiere all'obbligo di cooperazione giudiziaria sancito dalle norme suddette⁴⁷; laddove, invece, nessun altro Stato richieda l'estradizione, l'adempimento di tale obbligo potrà essere realizzato *soltanto* sottoponendo il criminale medesimo a un regolare processo davanti ai propri Tribunali.

Gli artt. 49, 50, 129 e 146 descrivono, dunque, una *modalità normale* di adempimento e una *modalità speciale*, che potrà essere adottata soltanto in presenza di una serie di condizioni ulteriori (prima fra tutte, la richiesta di estradizione da parte di un altro Stato, anche non firmatario della Convenzione).

Per completare il quadro, meritano infine un cenno le garanzie procedurali che le norme ora menzionate accordano al presunto criminale di guerra, quali che siano la sua nazionalità e il suo *status giuridico*.

Il richiamo agli artt. 105 e seguenti della III Convenzione, che assicurano un livello minimo di «garanzie di procedura e di libera difesa», deve probabilmente considerarsi superfluo, poiché la maggior parte dei soggetti processati dai nemici per presunti crimini di guerra sono prigionieri di guerra, cui come tali si applicano automaticamente le norme ora menzionate: ma l'intento dei redattori era proprio quello di sottolineare che tutte le persone raggiunte

⁴⁴J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses et des malades dans les forces armées en campagne*, cit., p. 411.

⁴⁵J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses et des malades dans les forces armées en campagne*, cit., p. 411.

⁴⁶Sul punto non vi è, per vero, uniformità di vedute in dottrina. Cfr. ancora M. C. BASSIOUNI – E.M. WISE, *Aut dedere aut judicare*, cit., pp. 32 ss.

⁴⁷La formulazione della norma non sembra ostare alla possibilità che il presunto criminale di guerra venga consegnato a un Tribunale penale internazionale la cui giurisdizione sia riconosciuta dagli Stati firmatari. Volutamente i redattori delle Convenzioni del 1949 hanno evitato di prendere posizione sul punto con una statuizione espressa. Cfr. ancora J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses et des malades dans les forces armées en campagne*, cit., pp. 411-412.

da simili accuse sono poste sullo stesso piano, indipendentemente dalla loro nazionalità⁴⁸.

L'art. 105⁴⁹ disciplina nel dettaglio il *diritto di difesa*.

L'art. 106⁵⁰, dal canto suo, accorda ai prigionieri di guerra il *diritto di appellare la decisione di primo grado* alle stesse condizioni alle quali lo Stato procedente lo riconosce ai membri delle proprie forze armate⁵¹.

Anche altre disposizioni della III Convenzione prevedono, tuttavia, importanti limiti all'azione punitiva dello Stato procedente: ai sensi dell'art. 87, i prigionieri di guerra non possono essere condannati a pene che non siano previste per i membri delle forze armate di quello Stato che abbiano compiuto gli stessi atti; l'art. 101 impone che le sentenze di condanna alla pena capitale non siano eseguite prima che sia trascorso un periodo di almeno sei mesi dal giorno della loro pronuncia; l'art. 103 fissa i requisiti per la carcerazione preventiva in attesa del giudizio.

⁴⁸J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses et des malades dans les forces armées en campagne*, cit., p. 415.

⁴⁹Questo il testo dell'art. 105: «Il prigioniero di guerra avrà diritto di essere assistito da uno dei suoi commilitoni prigionieri, di essere difeso da un avvocato qualificato di sua scelta, di far citare dei testimoni e di ricorrere, ove lo ritenga necessario, alle prestazioni di un interprete competente. Egli sarà informato di questo suo diritto, in tempo utile prima del processo, dalla Potenza detentrica. In mancanza di una scelta da parte del prigioniero, la Potenza protettrice gli procurerà un difensore; esso disporrà almeno di una settimana per poter procedere a ciò. A richiesta della Potenza protettrice, la Potenza detentrica trasmetterà un elenco di persone qualificate per sostenere la difesa. Nel caso in cui né il prigioniero di guerra né la Potenza protettrice avessero scelto un difensore, la Potenza detentrica designerà d'ufficio un avvocato qualificato per difendere l'imputato. Per preparare la difesa dell'imputato, il difensore disporrà almeno di un termine di due settimane prima dell'apertura del processo, nonché delle facilitazioni necessarie; in particolare, potrà visitare liberamente l'imputato e trattarsi con tutti i testimoni a difesa, compresi i prigionieri di guerra. Fruirà di queste facilitazioni sino allo spirare del termine di ricorso. Al prigioniero di guerra imputato sarà comunicato, con sufficiente anticipo prima dell'apertura del dibattimento e in una lingua che comprenda l'atto di accusa, come pure gli atti che sono, di regola, comunicati all'imputato in virtù delle leggi vigenti negli eserciti della Potenza detentrica. La stessa comunicazione dovrà essere fatta nelle medesime condizioni al suo difensore. I rappresentanti della Potenza protettrice avranno il diritto di assistere al dibattimento, salvo il caso che questo, in via eccezionale, dovesse aver luogo a porte chiuse nell'interesse della sicurezza dello Stato; la Potenza detentrica dovrà in tal caso informare la Potenza protettrice».

⁵⁰Così recita l'art. 106: «Ogni prigioniero di guerra avrà il diritto, alle stesse condizioni di quelle previste per i membri delle forze armate della Potenza detentrica, di ricorrere in appello, in cassazione, o in revisione contro qualsiasi sentenza pronunciata nei suoi confronti. Egli sarà pienamente informato dei suoi diritti di ricorso, nonché dei termini prescritti per esercitarli».

⁵¹Secondo J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses et des malades dans les forces armées en campagne*, cit., p. 415, nondimeno, difficilmente le garanzie procedurali dettate dalle norme suddette possano trovare effettiva applicazione nel caso in cui il processo venga celebrato quando ancora le ostilità sono in corso, data l'enorme difficoltà pratica per l'accusato di procurarsi prove tali da escludere o quantomeno attenuare la propria responsabilità.

L'art. 6 del secondo Protocollo addizionale del 1977 ha poi significativamente ampliato tali garanzie. Esso vieta, tra l'altro, al § 4 l'irrogazione della pena di morte nei confronti di «persone che al momento del reato avevano meno di diciotto anni (...), di donne incinte e di madri di fanciulli in tenera età», e al § 5 dispone che «al termine delle ostilità, le autorità al potere procureranno di concedere la più larga amnistia possibile alle persone che avessero preso parte al conflitto armato o che fossero private della libertà per motivi connessi con il conflitto armato, siano esse internate o detenute».

Se si prescinde dalle specificità della materia, appare evidente come le norme che abbiamo più volte menzionato in qualche modo prefigurino gli *obblighi di persecuzione penale* (definiti più spesso in quel contesto come obblighi “procedurali”) che sono stati elaborati dalla Corte di Strasburgo a partire dal testo degli artt. 2, 3, 4 e 5 Cedu, ferma restando l'assicurazione all'imputato delle garanzie che in quel sistema trovano espressione essenzialmente nell'art. 6 Cedu; e lo stesso si potrebbe dire, *mutatis mutandis*, guardando alla giurisprudenza della Corte di San José.

Questi obblighi possono, anzi, essere inquadrati senza esitazioni come l'antecedente più prossimo di quelli, quasi che tra diritto umanitario e diritto internazionale dei diritti umani fosse ravvisabile – almeno sotto quest'angolo visuale – un *rapporto di derivazione diretta*, quasi un filo rosso che attraversa la seconda metà del Novecento.

I riferimenti – espressi o ricavabili attraverso un'interpretazione sistematica delle norme delle Convenzioni di Ginevra – alla necessità che la ricerca dei presunti autori dei crimini di guerra e l'accertamento delle loro responsabilità siano frutto dell'iniziativa *spontanea* degli Stati, che il processo si svolga *in tempi rapidi* e che all'esito dello stesso sia applicata, in caso di condanna, una pena *proporzionata alla gravità del fatto*, in particolare, sono spunti preziosissimi, che le due Corti dei diritti non hanno esitato a cogliere al momento opportuno; quasi che, anche in assenza di un appiglio testuale nelle Carte che rispettivamente erano chiamate ad applicare, esse si sentissero in qualche modo legittimate a giungere a conclusioni analoghe proprio in virtù di quella tradizione.

2.5 Gli obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria sanciti dal primo Protocollo addizionale del 1977

La scelta in favore dell'utilizzo degli strumenti della giustizia penale è ribadita dal primo Protocollo aggiuntivo del 1977, che all'art. 85⁵² amplia

⁵²Recita l'art. 85:

«1. Le disposizioni delle Convenzioni relative alla repressione delle infrazioni e delle infrazioni gravi, completate dalla presente Sezione, si applicheranno alla repressione delle infrazioni e delle infrazioni gravi al presente Protocollo.

significativamente la sfera delle «infrazioni gravi» definite agli artt. 50, 51, 130 e 147 delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 individuandone altre e, contemporaneamente, estendendo la tutela a nuovi potenziali soggetti

2. Gli atti qualificati come infrazioni gravi nelle Convenzioni costituiscono infrazioni gravi al presente Protocollo, se sono commessi contro persone in potere di una Parte avversaria protette dagli articoli 44, 45 e 73 del presente Protocollo, o contro feriti, malati o naufraghi della Parte avversaria protetti dal presente Protocollo, o contro il personale sanitario o religioso, le unità sanitarie o i mezzi di trasporto sanitario che siano sotto il controllo della Parte avversaria e protetti dal presente Protocollo.

3. Oltre alle infrazioni gravi definite nell'articolo 11, sono considerate infrazioni gravi al presente Protocollo i seguenti atti, quando siano commessi intenzionalmente, in violazione delle disposizioni pertinenti del presente Protocollo, e provochino la morte o lesioni gravi all'integrità fisica o alla salute:

- a) fare oggetto di attacco la popolazione civile o le persone civili;
- b) qualsiasi ritardo ingiustificato nel rimpatrio dei prigionieri di guerra o dei civili;
- c) la pratica dell'apartheid e le altre pratiche disumane e degradanti, fondate sulla discriminazione razziale, che sono motivo di offesa alla dignità della persona;
- d) fare oggetto di attacco località non difese e zone smilitarizzate;
- e) fare oggetto di attacco una persona che si sa essere fuori combattimento;
- f) usare perfidamente, in violazione dell'articolo 37, il segno distintivo della croce rossa, della mezzaluna rossa o del leone e sole rossi, o altri segni protettori riconosciuti dalle Convenzioni o dal presente Protocollo.

4. Oltre alle infrazioni gravi definite nel paragrafo precedente e nelle Convenzioni, sono considerate infrazioni gravi al Protocollo i seguenti atti, quando siano commessi intenzionalmente e in violazione delle Convenzioni o del presente Protocollo:

- a) il trasferimento da parte della Potenza occupante di una parte della propria popolazione civile nel territorio che essa occupa, oppure la deportazione o il trasferimento all'interno o fuori del territorio occupato della totalità o di una parte della popolazione del territorio stesso in violazione dell'articolo 49 della IV Convenzione;
- b) lanciare un attacco indiscriminato che colpisca la popolazione civile o beni di carattere civile, sapendo che l'attacco stesso causerà morti o feriti fra le persone civili o danni ai beni di carattere civile che risultino eccessivi ai sensi dell'articolo 57 paragrafo 2 a iii;
- c) lanciare un attacco contro opere o installazioni che racchiudono forze pericolose, sapendo che l'attacco stesso causerà morti e feriti fra le persone civili o danni ai beni di carattere civile che risultino eccessivi ai sensi dell'articolo 57 paragrafo 2 a iii;
- d) il fatto di dirigere un attacco contro monumenti storici, opere d'arte o luoghi di culto chiaramente riconosciuti, che costituiscono il patrimonio culturale o spirituale dei popoli, e ai quali sia stata concessa una protezione speciale in base ad accordo particolare, ad esempio nel quadro di una organizzazione internazionale competente, provocando ad essi, di conseguenza, distruzioni in grande scala, quando non esiste alcuna prova di violazione ad opera della Parte avversaria dell'articolo 53 comma b, e quando i monumenti storici, le opere d'arte e i luoghi di culto in questione non siano situati in prossimità di obiettivi militari;
- e) il fatto di privare una persona protetta dalle Convenzioni o indicata nel paragrafo 2 del presente articolo del diritto di essere giudicata regolarmente e imparzialmente.

5. Con riserva dell'applicazione delle Convenzioni e del presente Protocollo, le infrazioni gravi a detti strumenti sono considerate come crimini di guerra».

passivi.

Il successivo art. 86, invece, pone un pervasivo *obbligo di persecuzione penale* di tenore analogo a quello dettato dagli artt. 49, 50, 129 e 146 («le Alte Parti contraenti e le Parti in conflitto dovranno reprimere le infrazioni gravi, e prendere le misure necessarie per far cessare tutte le altre infrazioni alle Convenzioni o al presente Protocollo che risultano da una omissione contraria al dovere di agire»), stabilendo poi – in maniera alquanto innovativa – che «il fatto che una infrazione alle Convenzioni o al presente Protocollo sia stata commessa da un inferiore non dispensa i superiori dalle loro responsabilità penali o disciplinari, a seconda dei casi, se sapevano o erano in possesso di informazioni che permettevano loro di ritenere, nelle circostanze del momento, che l'inferiore stava commettendo o stava per commettere una tale infrazione, e se essi non hanno preso tutte le misure praticamente possibili in loro potere per impedire o reprimere l'infrazione stessa».

A tale secondo paragrafo si ricollega l'art. 87⁵³, il quale detta un'articolata disciplina dei *doveri dei comandanti militari* allorché essi si accorgano che i loro sottoposti abbiano commesso o stiano per commettere una grave infrazione delle Convenzioni o dei Protocolli, imponendo loro di adottare le misure necessarie per impedirne la commissione e/o per promuovere un'azione disciplinare o penale contro gli autori delle violazioni medesime; e – ciò che più conta ai fini della nostra trattazione – vincola gli Stati contraenti ad esigere che i comandanti militari effettivamente adottino un simile codice di condotta, evidentemente reclamando l'introduzione di qualche forma di responsabilità (anche se non necessariamente di carattere penale) per quelli che contravvengano ai suddetti obblighi di impedimento e di denuncia.

Come è stato sottolineato in dottrina, si tratta di una delle prime formulazioni esplicite dell'istituto della *responsabilità del superiore*⁵⁴, che costituisce uno dei meccanismi di attribuzione delle responsabilità peculiari del diritto umanitario e del diritto internazionale penale.

⁵³1. Le Alte Parti contraenti e le Parti in conflitto esigeranno che i comandanti militari, per quanto riguarda i membri delle forze armate posti sotto il loro comando e le altre persone poste sotto la loro autorità, impediscano che siano commesse infrazioni alle Convenzioni e al presente Protocollo e, all'occorrenza, le reprimano e le denuncino alle autorità competenti.

2. Allo scopo di impedire e reprimere le infrazioni, le Alte Parti contraenti e le Parti in conflitto esigeranno che i comandanti, secondo il rispettivo livello di responsabilità, si assicurino che i membri delle forze armate posti sotto il loro comando conoscano i doveri che loro incombono in virtù delle Convenzioni e del presente Protocollo.

3. Le Alte Parti contraenti e le Parti in conflitto esigeranno che ogni comandante venuto a conoscenza che i suoi dipendenti o altre persone poste sotto la sua autorità stanno per commettere o hanno commesso una infrazione alle Convenzioni o al presente Protocollo, adotti le misure necessarie per impedire tali infrazioni alle Convenzioni o al presente Protocollo, e, quando occorra, promuova un'azione disciplinare o penale contro gli autori delle violazioni.

⁵⁴Cfr. per tutti C. MELONI, *Command responsibility in international criminal law*, L'Aja, 2010, pp. 49 ss., e gli ulteriori riferimenti bibliografici ivi citati.

Tale *mod of liability* svolge essenzialmente una *funzione preventiva*: la minaccia di sanzioni disciplinari o penali spinge, infatti, il superiore ad apprestare il massimo livello di controllo sui propri subordinati, sì da garantire il rispetto delle prescrizioni di legge in contesti ad alto rischio come sono i conflitti armati e, di conseguenza, approntare la massima tutela possibile nei confronti degli interessi fondamentali protetti dal diritto umanitario⁵⁵; e poiché la persecuzione e l'effettiva punizione dei comandanti militari a livello nazionale incontra notevoli ostacoli politici e giuridici a livello nazionale, essa deve essere necessariamente essere assicurata *a livello internazionale* (come già avevano intuito i partecipanti alla Conferenza di Londra del 1945, che portò all'istituzione del Tribunale di Norimberga)⁵⁶.

A ben vedere, dunque, gli *input* di tutela penale posti dal primo Protocollo del 1977 sono due:

1. il combinato disposto degli artt. 85 e 86, attraverso il rinvio alle disposizioni degli artt. 49, 50, 129 e 146 delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, sancisce un chiaro obbligo di criminalizzazione di *determinate condotte sino ad allora estranee all'ambito del penalmente rilevante*;
2. gli artt. 86 e 87, invece, obbligano gli Stati firmatari a prevedere una qualche forma di responsabilità individuale, eventualmente anche di natura penale, nei confronti dei comandanti militari che non siano tempestivamente intervenuti per impedire la commissione di violazioni del diritto umanitario o per denunciarle alle autorità competenti, con ciò in qualche misura *esortandoli ad introdurre una norma estensiva della punibilità che consenta di intercettare tali condotte e di sottoporle a repressione penale*: siamo di fronte, dunque, non ad un obbligo di criminalizzazione ma ad un *mero invito a criminalizzare*, la cui violazione non determina dunque l'insorgenza di una responsabilità internazionale in capo allo Stato.

Sul fronte della cooperazione giudiziaria in materia penale, le norme di riferimento sono gli artt. 88 e 89, che contemplano un pregnante obbligo per le Parti contraenti di prestarsi l'una con l'altra «la maggiore assistenza giudiziaria possibile», anche ai fini dell'extradizione o della consegna del presunto autore delle violazioni, e di collaborare anche con le Nazioni Unite secondo quanto stabilito dalla Carta dell'ONU.

2.6 Le ragioni a fondamento dell'opzione penale

L'*iter* che ha portato alla versione finale delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 mostra come la scelta di introdurre degli inediti obblighi di

⁵⁵Si veda in proposito C. MELONI, *Command responsibility*, cit., pp. 29 ss.

⁵⁶Cfr. ancora C. MELONI, *Command responsibility*, cit., p. 28.

tutela penale nel corpo di quelli che, nel loro complesso, possono essere considerati strumenti “tradizionali” di diritto internazionale umanitario risponda a due diversi ordini di ragioni.

Nella visione dei redattori delle Convenzioni, la previsione di un preciso obbligo di criminalizzazione, corredato da un obbligo di persecuzione penale, rappresentava anzitutto uno strumento irrinunciabile per garantire l'*effettivo rispetto* delle garanzie sancite dalle Convenzioni a beneficio di soggetti vulnerabili quali i civili, i feriti, i prigionieri di guerra⁵⁷.

Tutti i tentativi di reprimere le violazioni del diritto umanitario che si erano susseguiti fin dal XVIII secolo erano stati vani⁵⁸; e il sistema previgente – che, oltre alle rappresaglie belliche, fonte di ulteriori soprusi in danno di vittime innocenti, trovava il proprio baricentro nell'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1907⁵⁹ – non aveva retto al banco di prova della Prima e, soprattutto, della Seconda guerra mondiale: la previsione di una *responsabilità meramente pecuniaria* in capo allo Stato che, attraverso membri delle proprie forze armate, avesse violato il Regolamento annesso alla Convenzione non aveva infatti impedito che, nel corso dei suddetti conflitti, fossero perpetrati crimini orrendi; e assai difficilmente, nel 1949, l'opinione pubblica – profondamente scossa da quanto era accaduto – avrebbe accettato che, come era stato fino ad allora, gli Stati rimanessero completamente liberi di decidere se punire o meno gli atti commessi dalle proprie truppe o da quelle avversarie in violazione del diritto umanitario⁶⁰.

Solo un'*efficace repressione* dei crimini di guerra avrebbe dunque evitato che le disposizioni di matrice consuetudinaria e pattizia che davano vita al *corpus* del diritto umanitario restassero lettera morta: tale convincimento, quasi fideistico, riposava dunque sulla dolorosa memoria del passato, più e meno recente ma ugualmente sanguinoso; essa era il frutto non di speculazioni teoriche, ma della constatazione *empirica* – potremmo dire – del clamoroso insuccesso di tutti i meccanismi di prevenzione che si basavano su sanzioni extrapenali.

In questo senso va letto anche l'invito a prevedere, nelle legislazioni penali nazionali, una qualche forma di *superior responsibility* posto dagli artt. 86 e

⁵⁷J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve relative au traitement des prisonniers de guerre*, Ginevra, 1958, p. 652.

⁵⁸Emblematico, al termine della prima guerra mondiale, il tentativo di sottoporre a processo l'ex imperatore tedesco, Guglielmo II di Hohenzollern: esso si risolse in un nulla di fatto per via del rifiuto di estradarlo opposto dal governo olandese. Cfr. sul punto L.C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, cit., pp. 4 ss.

⁵⁹Così recita l'art. 3 della Convenzione internazionale dell' Aja del 1907 sulle leggi e gli usi della guerra terrestre: «La Parte belligerante che violasse le disposizioni di detto Regolamento sarà tenuta, se vi ha luogo, al rifacimento del danno. Essa sarà responsabile di tutti gli atti commessi da persone che fanno parte della sua forza armata». Cfr. sul punto L.C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, cit., p. 6.

⁶⁰J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve relative au traitement des prisonniers de guerre*, cit., pp. 651 ss.

87 del primo Protocollo addizionale del 1977, la quale avrebbe ulteriormente rafforzato le garanzie sancite dal diritto umanitario.

Accanto a questa preoccupazione ve n'era, tuttavia, un'altra, di stampo squisitamente garantistico.

La pressione dell'opinione pubblica, che non avrebbe tollerato che i crimini di guerra rimanessero impuniti, aveva infatti portato molti degli Stati dell'epoca ad approvare leggi speciali che ne consentissero la repressione: mancava, infatti, una regolamentazione internazionale, e la legislazione nazionale si mostrava quasi ovunque estremamente lacunosa⁶¹. Ma se i più ritenevano che fosse giusto e naturale che gli autori dei crimini di guerra condannati sulla base di leggi create *ad hoc* e applicate retroattivamente venissero puniti, specie nei Paesi di *civil law* taluni insinuavano il dubbio che tali condanne non fossero legittime, perché rese in violazione dei principi fondanti del diritto penale moderno⁶².

Negli Stati di *common law*, infatti, la violazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario o pattizio autorizzava (e autorizza) le Corti nazionali a pronunciare una sentenza di condanna, anche laddove la stessa non preveda l'infrazione di una sanzione penale. Non accadeva (e non accade) altrettanto, invece, nei Paesi dell'Europa continentale, in cui – come commenta Jean Pictet – «la norma penale, per trovare applicazione, non può limitarsi a definire il precetto ma anche la sanzione, la sua natura e la sua gravità», poiché «il brocardo *nulla poena sine lege* conserva tutto il suo valore»⁶³.

Pare curioso che il profilo di frizione con le garanzie penalistiche che maggiormente inquietava i “benpensanti” di allora riguardasse il principio di *legalità della pena*, e che le tensioni rispetto ai principi di legalità del reato e di irretroattività non fossero avvertite come altrettanto drammatiche: quasi che gli osservatori dell'epoca dessero, in qualche modo, per scontata la possibilità di ricavare il precetto penale dalle stesse norme sovranazionali che vietavano determinate condotte, senza che si consumasse alcuna violazione del *nullum crimen sine lege previa* (nonché – potremmo aggiungere – *scripta et certa*).

⁶¹J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve relative au traitement des prisonniers de guerre*, cit., p. 652.

⁶²J. S. Pictet (a cura di), *La Convention de Geneve relative au traitement des prisonniers de guerre*, cit., p. 652.

⁶³Si riporta, per completezza, il testo in francese, tratto da J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve relative au traitement des prisonniers de guerre*, Ginevra, 1958, p. 652: «*Dans les pays anglo-saxons, la violation d'une règle de droit International, expresse ou coutumière, même si cette règle ne comporte pas de sanctions, permet au tribunaux nationaux de prononce des condamnations, tandis qu'en d'autres pays, dans ceuw du continent européen notamment, la loi pénale, puor pouvoir être appliquée, doit comporter non seulement une règle normative, mais aussi des dispositions prévoyant expressément la sanction, sa nature et sa gravité. Dans ces pays, l'adage nulla poena sine lege garde toute sa valeur*».

E' una prospettiva in qualche misura sorprendente, che sollecita numerose riflessioni (alle quali daremo spazio nel capitolo conclusivo del presente lavoro). Basti qui rilevare, per il momento, come la seconda e non meno cogente preoccupazione che spinse all'introduzione di precisi obblighi di criminalizzazione nell'ambito delle quattro Convenzioni di Ginevra riguardava – paradossalmente, potremmo dire – le sorti degli stessi autori dei crimini di guerra, i quali, se da un lato non potevano restare impuniti, dall'altro non potevano essere abbandonati a forme di repressione sommaria ispirate più alla vendetta che alla giustizia, in spregio delle più elementari garanzie penalistiche.

L'opinione di quanti sostenevano la necessità di introdurre nel testo delle Convenzioni un capitolo sulla repressione delle infrazioni delle stesse era, d'altronde, confermata dalle numerose richieste di intervento avanzate al Comitato Internazionale della Croce Rossa dai prigionieri accusati di crimini di guerra che erano stati sottoposti a processo e condannati sulla base di leggi *ad hoc*⁶⁴: solo la previsione di obblighi di penalizzazione espliciti avrebbe evitato che qualcosa di simile si ripetesse in futuro; ed era quanto mai opportuno che gli Stati intervenissero a dare esecuzione a tali obblighi nel più breve tempo possibile – due anni, secondo le aspirazioni dei redattori delle Convenzioni – e che, nel farlo, si ispirassero alla “legge modello” che il CICR aveva manifestato il desiderio di predisporre, fin dal 1949, per assicurare una certa uniformità nelle legislazioni degli Stati firmatari⁶⁵.

⁶⁴J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, Ginevra, 1959, p. 268.

⁶⁵Molti degli Stati firmatari hanno, in effetti, onorato l'impegno che si erano assunti con la ratifica delle Convenzioni, provvedendo a emendare la propria legislazione penale in modo da renderla conforme alle istanze internazionali. Per quanto riguarda l'Italia, il nostro codice penale militare di guerra già reprimeva numerose condotte vietate dalle Convenzioni: tra i reati previsti dal titolo IV meritano di essere almeno menzionati gli artt. 180 (Uso indebito di segni e distintivi di protezione e di bandiere), 182 (Costringimento di sudditi nemici a partecipare alle operazioni militari o a favorirle), 185 (Violenza di militari italiani contro privati nemici o di abitanti dei territori occupati contro militari italiani), 190 (Omessa assistenza verso militari infermi, feriti o naufraghi), 193 (Spogliazione d'infermi, feriti o naufraghi). Soltanto nel 2002, con l. 31 gennaio 2002 n. 6, il Parlamento ha invece introdotto nel suddetto codice una norma di carattere residuale (che certo non si segnala per l'accuratezza della tecnica legislativa adottata): l'art. 185 bis c.p.m.g., rubricato «Altre offese contro persone protette dalle convenzioni internazionali». Pare opportuno riportarne per intero il testo: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietate dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, e' punito con la reclusione militare da due a cinque anni».

2.7 Brevi riflessioni sulle funzioni della pena

Le considerazioni esposte nel paragrafo precedente mettono in luce come, nel settore del diritto umanitario, la pena rivesta eminentemente una *funzione generalpreventiva*: il ricorso agli strumenti della giustizia penale è in primo luogo finalizzato ad assicurare l'effettivo rispetto delle prescrizioni sui limiti all'uso della violenza bellica e sulla protezione delle vittime di guerra.

Si tratta, come vedremo, di un'idea che ritornerà più volte nel prosieguo della trattazione, quasi fosse il *Leitmotiv* del presente lavoro.

Al tempo stesso, non si può ignorare l'influenza della logica della *retribuzione*: la pena è vista come l'unica sanzione appropriata per i crimini di guerra, la sola che appare in qualche modo proporzionata alla loro atrocità; e come tale viene ad essere inevitabilmente percepita come lo strumento più idoneo a placare il bisogno di giustizia insito nell'uomo.

Tale profilo, che pure riveste un ruolo non marginale, non è tuttavia quello centrale: l'idea di fondo è – come abbiamo detto – quella secondo cui l'intervento del diritto penale si giustifica se e in quanto riesca ad assicurare l'osservanza delle norme di diritto umanitario⁶⁶.

⁶⁶Cfr. M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 77.

Capitolo 3

Gli obblighi di tutela penale derivanti dal diritto dell'Unione Europea

Indice

3.1	Premessa	111
3.2	La prima fase (1958-1985): dall'istituzione delle Comunità europee all'adozione dell'Atto Unico europeo	112
3.2.1	L'insufficiente tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee	114
3.2.2	L'esigenza di contrastare il terrorismo internazionale e di migliorare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri	114
3.3	La seconda fase (1985-1993): dall'adozione dell'Atto Unico europeo alla nascita dell'Unione europea con il Trattato di Maastricht	116
3.3.1	Le successive iniziative in tema di cooperazione giudiziaria	117
3.3.2	La creazione dello spazio Schengen	117
3.4	L'obbligo di penalizzazione delineato dalla Corte di Giustizia nella sentenza sul mais greco	119
3.5	La terza fase (1993-2005): dall'istituzione dell'Unione europea con il Trattato di Maastricht al via libera agli obblighi di criminalizzazione di primo pilastro da parte della Corte di giustizia	120
3.5.1	L'art. K.1 TUE	122
3.5.2	L'elaborazione della Convenzione PIF e il progetto del cd. <i>Corpus Juris</i>	124
3.5.3	Il Trattato di Amsterdam	124
3.5.4	Il Consiglio europeo di Tampere	126

3.5.5	L'introduzione dell'art. 280 TCE e l'istituzione dell'OLAF	127
3.5.6	La decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo	128
3.5.7	Il quadro normativo antecedente al Trattato di Lisbona: gli artt. 29 e 31 TUE	128
3.6	Gli obblighi di criminalizzazione derivanti dagli atti cd. di terzo pilastro	131
3.6.1	La Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee	133
3.6.2	I Protocolli integrativi alla Convenzione PIF	137
3.6.3	L'azione comune relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea	140
3.6.4	La decisione-quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo	142
3.6.5	La decisione-quadro 2002/629/GAI sulla lotta alla tratta degli esseri umani	146
3.6.6	La decisione-quadro 2004/68/GAI sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile	150
3.7	Il via libera agli obblighi di criminalizzazione di primo pilastro: gli interventi della Corte di giustizia del 2005 e del 2007	154
3.8	La quarta fase (2005-2009): dal via libera agli obblighi di criminalizzazione di terzo pilastro all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona	157
3.8.1	La direttiva 2008/99/CE in materia di tutela penale dell'ambiente	158
3.8.2	La direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi	161
3.8.3	La direttiva 2009/52/CE 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	162
3.9	Le competenze penali dell'Unione europea previste dal Trattato di Lisbona	165
3.9.1	Le coordinate dell'intervento dell'Unione in materia penale delineate dall'art. 83 TFUE	166
3.9.2	La competenza penale "diretta" dell'Unione in tema di protezione degli interessi finanziari prefigurata dall'art. 86 TFUE	169
3.9.3	La competenza di cui all'art. 325 § 4 TFUE ad adottare misure (anche di carattere penale) a tutela degli interessi finanziari dell'Unione	170
3.9.4	Le coordinate dell'intervento dell'Unione in materia di procedura penale dettate dall'art. 82 TFUE	172

3.10 La quinta fase (2009-2011): dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ai giorni nostri	173
3.10.1 La direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime	173
3.10.2 La direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile	176
3.11 Un quadro di sintesi	181
3.11.1 Le peculiarità degli obblighi di tutela penale di fonte UE nel panorama internazionale	182
3.11.2 Il rapporto tra l'armonizzazione in materia di diritto penale sostanziale e la cooperazione giudiziaria	183
3.11.3 Gli strumenti a tutela delle vittime dei reati	189
3.11.4 Brevi riflessioni sulle ragioni del ricorso agli strumenti penalistici e sulle funzioni della pena	190
3.12 Le prospettive future della politica criminale dell'Unione europea	192
3.12.1 <i>Il Manifesto sulla politica criminale europea</i>	193
3.12.2 La Comunicazione della Commissione COM(2011) 293 sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale e le indagini amministrative	193
3.12.3 La Comunicazione COM(2011) 573 sulle linee programmatiche per lo sviluppo di una politica penale europea	195
3.13 Il ruolo degli obblighi di tutela penale nell'ambito della futura politica criminale dell'UE . . .	198

3.1 Premessa

Nelle pagine seguenti si cercherà di ripercorrere l'*evoluzione degli obblighi di tutela penale di fonte UE* nel corso delle *cinque* fasi in cui si sono sviluppati i rapporti tra diritto penale e diritto delle istituzioni europee, le quali vanno, rispettivamente:

- a) dall'istituzione delle Comunità europee all'adozione dell'Atto Unico europeo (1958-1985);
- b) dall'adozione dell'Atto Unico europeo alla nascita dell'Unione europea con il Trattato di Maastricht (1985-1993);
- c) dall'istituzione dell'Unione europea al "via libera" agli obblighi di criminalizzazione di primo pilastro da parte della Corte di giustizia (1993-2005);

- d) dal “via libera” agli obblighi di criminalizzazione di primo pilastro da parte della Corte di giustizia all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2005-2009);
- e) dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona ai giorni nostri (2009-2011)¹.

Nell’ambito di questo *excursus* di tipo storico daremo particolare evidenza a tre “momenti di rottura”: la *sentenza della Corte di giustizia sul mais greco del 1989*, che ha affermato il primo obbligo di penalizzazione; le *sentenze della Corte di Giustizia del settembre del 2005 e dell’ottobre 2007*, che hanno autorizzato la posizione di obblighi di tutela penale da parte degli atti di primo pilastro; e, infine, l’*entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, che per la prima volta ha attribuito alle istituzioni europee una competenza diretta in materia penale.

Ci soffermeremo con attenzione, inoltre, sul quadro normativo in materia di diritto e procedura penale nel sistema *pre* e *post* Lisbona, analizzando, da un lato, gli artt. 29 e 31 TUE e, dall’altro, gli artt. 82, 83, 86 e 325 TFUE.

Al termine di questa lunga panoramica cercheremo poi di tracciare *un quadro di sintesi*, a) rilevando quali sono le *peculiarità degli obblighi di tutela penale di fonte UE nel panorama internazionale*; b) analizzando i *rapporti tra armonizzazione sostanziale ed esigenze di cooperazione giudiziaria*; c) gettando uno sguardo sugli atti normativi che si occupano della *tutela delle vittime dei reati*; e d) riflettendo sulle *ragioni a fondamento dell’opzione penale* in questo settore del diritto internazionale (ammesso e non concesso che lo si possa ancora definire tale).

Infine, guarderemo brevemente alle *prospettive future della politica criminale dell’Unione europea* e sul presumibile ruolo degli obblighi di tutela penale, prendendo le mosse da due recentissime *Comunicazioni* della Commissione e dal *Manifesto* redatto, nel 2009, da un autorevole consesso di penalisti provenienti da dieci Paesi europei.

3.2 La prima fase (1958-1985): dall’istituzione delle Comunità europee all’adozione dell’Atto Unico europeo

E veniamo, dunque, alla *prima fase* dei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale, che va idealmente dal 1958 al 1985.

¹Cfr., per una ripartizione simile, ma non completamente coincidente con quella che abbiamo adottato, G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2307 ss., e così pure F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ – O. MAZZA (a cura di), *Europa e diritto penale*, numero speciale di *Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 4 ss.

Il Trattato di Roma, istitutivo delle Comunità europee², non conteneva – com'è noto – alcuna disposizione in materia di giustizia penale: il diritto e la procedura penale erano appannaggio esclusivo degli Stati nazionali, e la costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia non figurava né tra gli obiettivi né tra le politiche delle Comunità.

Questa prima fase era dunque caratterizzata dalla diffusa consapevolezza che «il diritto penale non rientra[ssse] nelle competenze della Comunità europea ma in quella di ciascuno Stato membro» (per usare le stesse parole della *Ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee nel 1974*, presentata dalla Commissione nel 1975).

Ciò non significava, ovviamente, che il diritto comunitario non producesse alcun effetto sul diritto nazionale: la dottrina distingueva (e tuttora distingue) anzitutto tra un *effetto negativo*, o di *neutralizzazione* della norma incriminatrice nazionale che indebitamente comprimesse un diritto o una libertà riconosciuti ai singoli dai Trattati o da norme di diritto derivato di fonte CE (effetto derivante dal *principio del primato del diritto comunitario* su quello interno³); e un *effetto positivo*, o di espansione dell'area del penalmente rilevante, il quale – per utilizzare l'espressione sintetica di Daniel Flore – «consiste dans le fait que l'existence d'une règle communautaire a pu imposer l'adoption de mesures pénales dans les droit interne (...) pour en assurer l'effectivité»⁴.

Ma le influenze del diritto comunitario non si limitavano a queste. Solo per limitarci a quelle più rilevanti, si evidenziavano altresì:

- a) l'incidenza cd. *interpretativa*, derivante dall'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario discendente, in capo al giudice nazionale, dal principio del primato del diritto comunitario sul diritto penale; e
- b) l'incidenza cd. *integratrice*, attuata per l'appunto attraverso l'integrazione del precetto penale ad opera della normativa comunitaria mediante le

²Per una breve ma efficace analisi delle ragioni storiche che hanno postato all'istituzione della "piccola Europa", si veda F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., pp. 7-8.

Cfr. altresì le sempre attuali riflessioni di M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, pp. 17 ss.

³Il principio della *primauté* del diritto comunitario, è stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia fin dalla sentenza 15 settembre 1964, *Costa c. Enel* (causa C-6/64), ed è stato ribadito con ancora maggior forza nella successiva sentenza 9 marzo 1978, *Simmenthal* (causa C-106/77), in cui la Corte ha affermato che il potere/dovere di disapplicare la norma interna contrastante con un atto di diritto dell'Unione dotato di effetto diretto (*id est*, alcune norme dei Trattati, i regolamenti, le direttive cd. *self-executing* e le stesse sentenze della Corte di Giustizia) spetta non già alla Corte costituzionale, all'esito di un procedimento incidentale di legittimità della norma interna (come aveva sostenuto la la Corte costituzionale italiana, in particolare nella sent. n. 232 del 1975), ma a ciascun giudice ordinario.

⁴D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 24.

tecniche del rinvio parziale o totale a quest'ultima⁵.

3.2.1 L'insufficiente tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee

Come è stato lucidamente rilevato in dottrina, l'assenza di una competenza delle istituzioni europee in maniera penale aveva dei *risvolti in un certo senso paradossali*, poiché non consentiva alle Comunità di proteggere in maniera adeguata ciò che consentiva il loro concreto funzionamento, ovvero *il loro bilancio*.

Di qui, i ripetuti tentativi della Commissione europea di predisporre un sistema di tutela efficace degli interessi finanziari delle Comunità, pur in mancanza di una base giuridica esplicita all'interno del trattato. Con la *Comunicazione COM(76) 418* del 22 settembre 1976, in particolare, la Commissione presentava un *primo progetto di modifica del Trattato di Roma*, volto ad introdurre le basi per il ricorso agli strumenti della giustizia penale al fine di proteggere i suddetti interessi⁶. Progetto che, *ça va sans dire*, non ha avuto buon esito.

3.2.2 L'esigenza di contrastare il terrorismo internazionale e di migliorare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri

Un altro fattore che impose la riflessione sulla necessità del ricorso agli strumenti della giustizia penale fu, negli anni Settanta, *lo sviluppo del terrorismo internazionale*.

La *necessità di una migliore cooperazione tra gli Stati membri* condusse all'istituzione nel 1975 – su impulso dei Ministri dell'Interno degli Stati membri – di un gruppo di alti funzionari dei servizi operativi, il cd. gruppo TREVI⁷, che aveva una struttura parallela a quella del Consiglio e si riuniva a margine di quest'ultimo. Neppure l'attività del gruppo TREVI, tuttavia, portò all'adozione di strumenti normativi⁸.

Sempre sul versante della cooperazione giudiziaria, il Consiglio europeo del 12 e 13 luglio 1976 diede inoltre vita – ancora una volta, a margine delle

⁵Cfr. per tutti A. BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, pp. 13-19.

⁶*Progetto di un trattato che modifica il Trattato che modifica i Trattati che costituiscono le Comunità europee in ordine all'adozione di una regolamentazione comune sulla tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità nonché sulla repressione delle infrazioni alle disposizioni dei suddetti trattati*, COM (76) 418 del 22 settembre 1976, il cui testo è consultabile sul portale ufficiale Eur-lex, all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu.

Cfr. sul punto D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 25.

⁷Acronimo di «*Terrorismo, Radicalismo, Estremismo, Violenza internazionale*» oltre che, come ritiene D. Flore, allusione alla fontana di Trevi, presso la quale ebbe luogo la prima riunione del gruppo.

⁸Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 26.

istituzioni comunitarie – ad un gruppo *ad hoc* sulla cooperazione giudiziaria, con un duplice mandato:

- la redazione di un accordo avente ad oggetto la *Convenzione europea per la repressione del terrorismo* adottata in seno al Consiglio d'Europa e aperta alla firma a Dublino il 4 dicembre 1979 (accordo che si prefiggeva di rendere quest'ultima compatibile con le disposizioni costituzionali di alcuni Stati membri e agevolarne in tal modo la ratifica da parte di questi ultimi);
- l'elaborazione di un *progetto di convenzione sulla cooperazione in materia penale* (il cui ambito applicativo non doveva limitarsi al terrorismo ma a tutte le forme di criminalità grave), volta ad introdurre procedure semplificate di estradizione e a stabilire l'operatività del principio *aut dedere, aut judicare* tra gli Stati membri.

Tale progetto, sottoposto ai Ministri della giustizia il 19 giugno 1980 a Roma, non venne tuttavia ratificato (ufficialmente a causa dell'opposizione dei Paesi Bassi, ma presumibilmente perché anche gli altri Stati membri «*s'inquiétaient de la concurrence de ce nouvel instrument avec ceux du Conseil de l'Europe*») ⁹.

Nel frattempo, durante il Consiglio europeo del 5 dicembre 1977, il presidente francese, Valéry Giscard d'Estaing, aveva proposto – con parole che, lette a distanza di qualche decennio, suonano quasi profetiche – la creazione di uno «spazio giudiziario europeo», a cominciare dall'adozione di una convenzione di estradizione automatica.

Pare opportuno riportare il testo dell'intervento: «*Je propose que nous franchissions un nouveau pas dans l'organisation de l'Union de l'Europe. Les pays membres de la Communauté sont engagés dans un processus qui doit les conduire à l'union, c'est-à-dire à la création d'un espace organisé.*

Les Traités de Paris et de Rome ont jeté les bases d'un espace économique: Le Marché commun, et aussi d'un espace commercial.

Nos peuples se rendent compte qu'il faut que la construction européenne ne se limite point à cela. Ayant pris progressivement conscience de leur unité de destin, ils considèrent de plus en plus anachroniques les barrières de nature variée qui cloisonnent encore l'Europe.

La construction de l'Union de l'Europe devrait donc s'enrichir d'un nouveau concept, celui de l'espace judiciaire. Certes, il n'est pas question d'en réaliser du jour au lendemain toutes les limites. A tout le moins faut-il l'entreprendre. Je suggère donc que, par l'adoption d'une convention d'extradition automatique assortie des garanties appropriées pour les cas de crimes particulièrement graves, quels qu'en soient les mobiles, les Neuf mettent en place le premier élément d'un espace judiciaire unique.

⁹ Così D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 28, in particolare nt. 21 per ciò che riguarda la posizione assunta in quell'occasione dalla Francia.

Ceci n'exclut pas, bien entendu, que l'on traite du terrorisme dans des cadres plus larges. Mais nos concitoyens souhaitent qu'en ce domaine la Communauté des Neuf mette en oeuvre une coopération d'une nature spécifique, à l'image de la solidarité qui unit désormais nos pays»¹⁰.

3.3 La seconda fase (1985-1993): dall'adozione dell'Atto Unico europeo alla nascita dell'Unione europea con il Trattato di Maastricht

E veniamo alla *seconda fase*, quella che va dal 1985 al 1993.

Al Consiglio europeo di Fontainebleau del 25 e 26 giugno 1984 i capi di Stato e di governo avevano sollecitato l'adozione di misure che potessero rapidamente portare all'abbattimento delle frontiere interne, attraverso l'*eliminazione dei controlli doganali e di polizia*. In seguito a tale richiesta, la Commissione aveva presentato al Consiglio europeo di Milano del 28 e 29 giugno 1985 un libro bianco dal titolo «*La realizzazione del mercato interno*», redatto dal presidente della Commissione dell'epoca, Jacques Delors, e dal commissario Cockfield: esso conteneva una lista dei passi da fare per abolire le frontiere interne entro il 31 dicembre 1992.

L'*Atto unico europeo*, firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e all'Aja il 28 febbraio dello stesso anno, ed entrato in vigore il 1° giugno 1987, costituì la base giuridica per il raggiungimento di tale obiettivo: esso modificò i Trattati di Roma del 1957, espressamente indicando, all'art. A8, l'obiettivo di stabilire progressivamente uno «*spazio senza frontiere interne dentro il quale [fosse] assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*», entro l'arco di tempo in precedenza individuato dalla Commissione.

Come ha giustamente evidenziato Daniel Flore, l'Atto unico «*constitue un moment charnière du développement de l'Europe, dans tous les domaines, et il a joué un rôle important également dans la perspective de l'émergence d'un droit pénal européen, à un double titre. D'une part, la perspective de la réalisation du marché intérieur a entraîné une réflexion sur les effets de celui-ci en termes de sécurité publique et sur les mesures à prendre pour prévenir les effets négatifs éventuels de la libre circulation en termes de sécurité. D'autre part, la nouvelle architecture institutionnelle créée par l'Acte unique européen a donné un ancrage institutionnel aux réflexions (...) en matière de coopération judiciaire*»¹¹.

¹⁰L'intervento del presidente Giscard d'Estaing è reperibile sul sito www.cvce.eu

¹¹Così D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 29.

3.3.1 Le successive iniziative in tema di cooperazione giudiziaria

La cooperazione politica instaurata dall'Atto unico fornì la cornice all'interno della quale si svilupparono le successive iniziative in materia di cooperazione giudiziaria¹², e il "gruppo *ad hoc*" di cui abbiamo parlato poc'anzi divenne un gruppo di cooperazione giudiziaria *non più ai margini dell'attività istituzionale europea, ma pienamente inserito nel nuovo quadro istituzionale*.

Tra il 1987 e il 1991 esso portò all'adozione di cinque strumenti normativi europei da parte dei Ministri della giustizia dei Paesi membri: i primi consacrarono il principio del *ne bis in idem* e l'applicazione della Convenzione del Consiglio d'Europa in materia di estradizione, mentre quelli più recenti proponevano sistemi alternativi a quelli delle Convenzioni del Consiglio d'Europa in tema di esecuzione delle sentenze straniere¹³.

Nessuno di essi, tuttavia, entrò mai in vigore, nonostante l'avvenuta ratifica da parte di tutti gli Stati membri.

3.3.2 La creazione dello spazio Schengen

Come abbiamo accennato poc'anzi, la *libera circolazione delle persone* era uno degli elementi del mercato interno, la cui attuazione pratica passava per l'abolizione dei controlli alle frontiere interne.

Ciò incontrò l'opposizione di un gruppo di Stati membri, tra cui l'Italia, secondo i quali per quel che concerneva le persone (e non le merci, né i capitali) i controlli alle frontiere interne rimanevano necessari, non foss'altro che per distinguere i cittadini europei da quelli di Paesi terzi, che non godevano della libertà di circolazione¹⁴.

Data l'impossibilità di giungere a un accordo che coinvolgesse tutti i Paesi delle Comunità europee, cinque tra gli Stati fondatori (la Francia, la Germania, il Belgio, il Lussemburgo e i Paesi Bassi) decisero di abolire le frontiere all'interno dei loro territori, siglando un accordo *ad hoc* il 14 giugno 1985 nella cittadina lussemburghese di Schengen, al confine con il Belgio, la Germania e la Francia e che diede il suo nome allo «spazio» così creato e alla produzione normativa adottata all'interno di questo quadro¹⁵.

¹²Paradossalmente, le questioni concernenti la cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri vennero ricollegate al titolo III dell'Atto unico, dedicato alla cooperazione europea in materia di politica estera, quando la finalità di quest'ultimo era quella di regolare le relazioni esterne degli Stati membri con gli Stati non membri e con le organizzazioni internazionali estranee al quadro istituzionale europeo.

Cfr. sul punto D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 30.

¹³Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 30.

¹⁴Cfr. D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 31.

¹⁵Molto presto, però, altri Stati (ovverosia l'Italia, la Spagna, il Portogallo, la Grecia e l'Austria) manifestarono l'intenzione di partecipare a tale cooperazione rafforzata, e ratificarono la successiva Convenzione del 28 aprile 1995.

Le misure concrete per attuare l'obiettivo definito a Schengen furono negoziate successivamente e portarono all'adozione, il 19 giugno 1990, di una *Convenzione applicativa degli accordi di Schengen*.

Tale Convenzione costituisce «*le premier corpus juridique européen dans le domaine de la justice pénale et de la sécurité intérieure*»¹⁶ (il quale tuttavia – paradossalmente – venne adottato *ai margini del quadro istituzionale europeo*, e coinvolse un numero ristretto di Stati membri).

Essa muoveva dall'idea – in astratto condivisa anche dai Paesi non aderenti all'accordo Schengen e dalle stesse istituzioni europee – che l'abolizione dei controlli interne necessariamente imponesse l'adozione di misure di tipo compensativo, secondo queste tre direttrici:

- il *rafforzamento delle frontiere esterne* dell'Unione;
- il *miglioramento della cooperazione di polizia e giudiziaria* in materia penale; e
- la *regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini extracomunitari*, attraverso l'adozione di una *politica comune in materia di asilo e di immigrazione*¹⁷.

In particolare, si garantiva l'operatività del principio del *ne bis in idem* e si poneva in essere un sistema informativo (il cd. sistema Schengen), che consentiva alle competenti autorità dei Paesi aderenti all'accordo l'accesso a determinati dati su alcune categorie di persone e di beni.

Nel frattempo, la riflessione su come uscire dalla situazione di stallo che si era creata in ragione dell'impossibilità di raggiungere un accordo che coinvolgesse tutti gli Stati membri continuava in seno alle istituzioni europee: durante il Consiglio europeo del dicembre del 1988 si decise di creare un ulteriore gruppo *ad hoc* incaricato di redigere una sorta di elenco delle misure di tipo compensativo che avrebbero dovuto essere adottate per rendere effettiva la libertà di circolazione delle persone all'interno del mercato unico e di coordinare le varie iniziative in materia, adottate nell'ambito del quadro istituzionale europeo o a margine di esso.

Neppure tale iniziativa, nondimeno, produsse alcun risultato concreto: l'unico strumento a connotazione penalistica effettivamente entrato in vigore rimaneva, dunque, la *Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen*¹⁸.

¹⁶D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 32.

¹⁷Si veda in proposito D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 31.

¹⁸E' interessante notare a questo proposito – come fa lucidamente D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 33 – che «*l'angle d'attaque de ces première normes de droit pénal pré-européen était essentiellement sécuritaire et ne visait qu'un segment précis du système de justice penale*».

3.4 L'obbligo di penalizzazione delineato dalla Corte di Giustizia nella sentenza sul mais greco

Prima di passare alla terza fase dei rapporti tra istituzioni europee e diritto penale nazionale è tuttavia d'obbligo fare un piccolo passo indietro, per soffermarsi sul *primo obbligo di penalizzazione di matrice comunitaria*: esso porta la data del 1989, e venne statuito non in via legislativa ma giurisprudenziale¹⁹.

Nella celebre sentenza *Commissione c. Grecia*²⁰ – più nota come “sentenza sul mais greco” – la Corte di Giustizia affermò infatti, per la prima volta, che gli interessi di rilievo comunitario (primi fra tutti, gli interessi finanziari della Comunità) dovevano essere presidiati da una *tutela equivalente* a quella apprestata a livello nazionale per gli interessi di analoga natura.

Detto altrimenti, le violazioni del diritto comunitario dovevano essere punite in ciascuno degli Stati membri con sanzioni *analoghe* a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità, e comunque *effettive, proporzionate e dissuasive*: con l'ovvia conseguenza che, qualora lo Stato avesse apprestato una tutela di carattere penale per i propri interessi, la stessa avrebbe dovuto essere estesa anche ai corrispondenti interessi comunitari²¹.

La Corte dedusse il cd. *principio di assimilazione*²² dall'art. 10 co. 1 TCE, che sanciva in capo agli Stati membri l'*obbligo di leale cooperazione* con le istituzioni comunitarie (il cd. obbligo di fedeltà comunitaria)²³.

L'impatto della giurisprudenza inaugurata dalla Corte di giustizia con la sentenza sul mais greco, che trovò seguito in numerose pronunce degli

¹⁹In generale, sul ruolo della Corte di giustizia nel processo di integrazione europea, si vedano J. H. H. WEILER, *The transformation of Europe*, in *Do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration*, Cambridge, 1999, pp. 10 ss.

²⁰*Commissione c. Grecia*, sent. 21 settembre 1989 (causa C-68/88).

²¹Cfr. sul punto A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto*, cit., pp. 26 ss.; G. GRASSO, *Il Corpus Juris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, prefazione a *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Milano, 1997, pp. 2-3.

²²Il principio di assimilazione è stato positivizzato, per gli interessi finanziari della Comunità, dapprima all'art. 209A, co. 1, TUE nella versione di Maastricht, poi dall'art. 280 TCE nella versione di Amsterdam, e infine dall'attuale art. 325 § 2 TFUE, che così recita: «Gli Stati membri adottano, per combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari». La formulazione della norma è rimasta identica nelle varie versioni dei Trattati.

²³Cfr. ancora A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 26, nonché G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2311.

anni successivi²⁴, fu a dir poco dirompente²⁵: i giudici di Lussemburgo avevano infatti in precedenza asserito che i legislatori nazionali erano liberi di scegliere le sanzioni più adatte a colpire le violazioni del diritto comunitario²⁶, spingendosi al massimo a richiedere che le stesse fossero *effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive*²⁷, in ossequio al *principio di efficacia-proporzionalità* (anch'esso ricavabile dall'obbligo di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 TCE)²⁸.

Con la sentenza in esame si affermava invece, per la prima volta, la *legittimazione delle istituzioni comunitarie – rectius*, della Corte di Giustizia – *a rivolgere ai Parlamenti nazionali richieste di penalizzazione* anche in assenza di una base giuridica idonea a fondare una politica criminale delle Comunità.

Il presupposto di tale richiesta rimaneva, tuttavia, che una tutela penale fosse stata *già approntata a livello nazionale per interessi comparabili*: gli obblighi di criminalizzazione di fonte comunitaria dovevano, dunque, inserirsi nel quadro di una precedente scelta di penalizzazione effettuata sul piano interno.

3.5 La terza fase (1993-2005): dall'istituzione dell'Unione europea con il Trattato di Maastricht al via libera agli obblighi di criminalizzazione di primo pilastro da parte della Corte di giustizia

La situazione di stallo cui avevamo accennato in precedenza fu superata dal *Trattato* firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 (ed entrato in vigore il 1° novembre dell'anno successivo), *istitutivo dell'Unione europea*²⁹, attraverso

²⁴Cfr. ad esempio le pronunce *Hansen*, sent. 10 luglio 1990 (causa C-326/88); *Vandevenne*, sent. 2 ottobre 1991 (causa C-7/90); *Commissione c. Regno Unito*, sent. 8 giugno 1994 (cause riunite C-382/92 e 383/92); *Siesse*, sent. 26 ottobre 1995 (causa 36/94); *Gallotti*, sent. 12 settembre 1996 (cause riunite C-58/95, 75/95, 112/95, 123/95, 135/95, 140/95, 154/95, 157/95); *Ebony*, sent. 27 febbraio 1997 (causa C-177/95).

²⁵Merita di essere menzionata, per completezza, anche la sentenza del 27 ottobre 1992, nella quale la Corte di Giustizia ha affermato che le istituzioni comunitarie possono introdurre sanzioni amministrative a tutela degli interessi comunitari anche nei casi non espressamente previsti nei Trattati istitutivi, a condizione che la previsione di tali sanzioni risulti necessaria per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti. Cfr. sul punto G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2312.

²⁶*Amsterdam Bulb BV*, sent. 2 febbraio 1977 (causa C-50/76).

²⁷*Von Colson*, sent. 10 aprile 1984 (causa C-14/83); *Harz*, sent. 10 aprile 1984 (causa C-76/83).

²⁸Cfr. ancora A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 26.

²⁹Pur all'interno di un quadro istituzionale unitario era, infatti, possibile distinguere accanto alle Comunità (fino al 2001 CECA, CEEA e CE, mentre a partire dal 2001, solo CEEA e CE, dato che in quell'anno il Trattato CECA si è estinto per decorso

l'inserimento, all'interno del nuovo Trattato sull'Unione, di un titolo VI, avente ad oggetto la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni: per la prima volta, tali materie entravano «*par la grande porte dans le domaine européen, en les considérant comme un des éléments inhérents à la réalisation d'une Union européenne véritable*»³⁰.

Il Trattato sull'Unione europea era composto da tre parti, che – secondo un'immagine consolidata nelle trattazioni dottrinali – costituivano idealmente i tre pilastri del tempio greco cui è stato paragonato l'ordinamento comunitario *lato sensu* inteso: il riferimento è, rispettivamente, alle disposizioni che hanno modificato i trattati istitutivi delle Comunità europee, che costituivano il diritto comunitario in senso stretto (*primo pilastro*); alla previsione di una politica estera e di sicurezza comune, la cd. PESC (*secondo pilastro*); e appunto alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni, cd. GAI (*terzo pilastro*)³¹.

Accanto agli atti tipici del diritto comunitario (regolamenti, direttive e decisioni) si assisteva a un proliferare di altri atti, dall'efficacia normativa per così dire dimidiata, dato che vincolavano gli Stati ma non potevano fondare, in capo ai singoli, posizioni giuridiche favorevoli direttamente invocabili dinanzi ai giudici nazionali (com'era invece per i regolamenti, le decisioni e – a certe condizioni – anche per le direttive). Tra questi:

- le *convenzioni*, ovverosia vere e proprie convenzioni internazionali, il cui testo veniva però stabilito dal Consiglio, che ne raccomandava l'adozione agli Stati entro un preciso termine, secondo le rispettive procedure costituzionali³²; e
- le *posizioni comuni*, che appunto definivano la posizione dell'Unione su una questione specifica ed erano vincolanti per gli Stati (i quali ai sensi dell'art. 37 TUE avevano l'obbligo di esprimere, nell'ambito delle organizzazioni internazionali o delle conferenze internazionali, le posizioni comuni adottate dall'Unione)³³.

del termine finale), forme di cooperazione tra Stati che – quanto ai procedimenti di adozione degli atti, agli effetti dei medesimi e alle conseguenze sanzionatorie in caso di inadempimento – mantenevano carattere essenzialmente intergovernativo. Si veda in proposito M. CONDINANZI, *Comunità europee, Unione europea e adattamento*, in S. M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, p. 153.

³⁰Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., pp. 33-34.

³¹Cfr. sul punto M. CONDINANZI, *Comunità europee*, cit., p. 153, il quale evidenzia che «l'esistenza di una certa permeabilità tra i diversi pilastri dell'Unione emerge non soltanto dalla constatazione del trasferimento di competenze dai pilastri intergovernativi a quello comunitario, ma anche da una certa "osmosi" di atti, procedimenti e funzioni che le istituzioni sono chiamate ad esercitare nei diversi settori dell'integrazione europea».

Cfr. altresì F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 8.

³²Esse erano dunque disciplinate dal diritto internazionale pattizio, salvo le peculiarità previste dall'art. 34 TUE.

³³Cfr. sul punto M. CONDINANZI, *Comunità europee*, cit. p. 153.

Sono questi gli atti che avrebbero veicolato l'adozione dei primi strumenti a connotazione penalistica in seno all'Unione, come vedremo tra breve.

Quanto al quadro istituzionale, che non è possibile ricostruire qui analiticamente, basti dire che la Commissione non disponeva di poteri realmente incisivi, che il ruolo del Parlamento europeo era quasi inesistente e che la Corte di giustizia non poteva pronunciarsi sulle disposizioni del titolo VI e sugli atti di diritto derivato adottati all'interno del terzo pilastro. Proprio in questo quadro istituzionale – così imperfetto – videro comunque la luce fra il 1993 e il 1999 una serie di strumenti che costituiscono, per utilizzare la terminologia di Daniel Flore, «*un droit pénal européen de première génération*»: ne andremo ad analizzare alcuni nei prossimi paragrafi, al termine di questo breve *excursus* di tipo storico.

3.5.1 L'art. K.1 TUE

Prima, però, è necessario sottolineare come – al di là del valore simbolico dell'inserimento nel trattato di un titolo espressamente dedicato alla giustizia e agli affari interni – il Trattato di Maastricht fornì per la prima volta il quadro istituzionale all'interno del quale i problemi concernenti la sicurezza e la giustizia potevano essere trattati in maniera globale, o – come si usava dire all'epoca – «orizzontale»: ciò che permise l'elaborazione di politiche più coerenti, che prendevano in considerazione contemporaneamente gli aspetti del mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblici e dell'amministrazione della giustizia, e facevano ricorso a misure preventive, di regolamentazione in via amministrativa, di repressione e di cooperazione di polizia, doganale e giudiziaria, e via dicendo³⁴.

³⁴Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 33.

Ai sensi dell'art. K.1 TUE³⁵, il settore della giustizia e degli affari interni era divenuto «di interesse comune» solo per quel che concerneva alcune specifiche forme di criminalità (il terrorismo, il traffico di droga, altre gravi forme di criminalità internazionale); e, soprattutto, in linea di principio non potevano essere adottate misure di armonizzazione concernenti il diritto penale sostanziale.

Vi erano, però, due eccezioni a quest'ultima regola:

- la prima, esplicita, riguardava la *lotta contro l'immigrazione e il lavoro clandestini, contro la tossicodipendenza e la frode di dimensioni internazionali*: materie, tutte, rispetto alle quali l'art. K.1 §§ 3 lett. c), 4 e 5 attribuiva alle istituzioni europee una competenza di carattere generale;
- la seconda, implicita, riguardava le iniziative concernenti il diritto sostanziale che si fossero mostrate *necessarie per garantire un'efficace cooperazione giudiziaria* tra gli Stati membri.

³⁵Pare opportuno riportare il testo dell'art. K.1 TUE: « Ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in particolare della libera circolazione delle persone, fatte salve le competenze della Comunità europea, gli Stati membri considerano questioni di interesse comune i settori seguenti:

1. la politica di asilo;
2. le norme che disciplinano l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri da parte delle persone e l'espletamento dei relativi controlli;
3. la politica d'immigrazione e la politica da seguire nei confronti dei cittadini dei paesi terzi:
 - a. le condizioni di entrata e circolazione dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri;
 - b. le condizioni di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri, compresi il ricongiungimento delle famiglie e l'accesso all'occupazione;
 - c. la lotta contro l'immigrazione, il soggiorno e il lavoro irregolari di cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri;
4. la lotta contro la tossicodipendenza, nella misura in cui questo settore non sia già contemplato dai punti 7, 8 e 9;
5. la lotta contro la frode su scala internazionale, nella misura in cui questo settore non sia già contemplato dai punti 7, 8 e 9;
6. la cooperazione giudiziaria in materia civile;
7. la cooperazione giudiziaria in materia penale;
8. la cooperazione doganale;
9. la cooperazione di polizia ai fini della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e altre forme gravi di criminalità internazionale, compresi, se necessario, taluni aspetti di cooperazione doganale, in connessione con l'organizzazione a livello dell'Unione di un sistema di scambio di informazioni in seno ad un Ufficio europeo di polizia (Europol)».

Comunque fosse, l'ambito d'azione delle Comunità europee nel settore del diritto e degli affari interni rimaneva alquanto limitato³⁶.

3.5.2 L'elaborazione della Convenzione PIF e il progetto del cd. *Corpus Juris*

Bisogna infatti sottolineare come, parallelamente alla suddetta riflessione di carattere generale sul ruolo della giustizia penale nel quadro della costruzione europea, che coinvolgeva le istituzioni europee e gli Stati membri, la Commissione portava avanti il progetto originario di adottare *misure ad hoc per la protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee*; progetto che finalmente si traduceva nell'elaborazione di molteplici convenzioni da parte del Consiglio, e in particolare della *Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee*, adottata sulla base dell'art. K.3³⁷ TUE il 6 luglio 1995.

Sempre nel 1995, inoltre, la Commissione decideva di affidare a un gruppo di esperti guidati dalla professoressa Mireille Delmas-Marty il compito di predisporre un insieme di norme penali e procedurali direttamente applicabili per accrescere il livello di tutela degli interessi finanziari: il risultato di questo intenso e ambizioso lavoro, denominato «*Corpus Juris*», fu presentato nel 1997, ma non si tradusse nell'adozione di strumenti normativi dell'Unione³⁸.

Esso costituì, nondimeno, *un importantissimo punto di riferimento per la riflessione sugli sviluppi di una giustizia penale europea*. Per la prima volta, infatti, si avanzava l'idea dell'*istituzione di un pubblico ministero europeo*, la cui azione si iscriveva all'interno di un *sistema integrato di norme sostanziali e procedurali*, che al tempo stesso si sovrapponevano e si affiancavano a quelle degli ordinamenti nazionali³⁹: prospettive all'epoca quasi avveniristiche, che sarebbero state nuovamente prese in considerazione in seguito.

3.5.3 Il Trattato di Amsterdam

Le esigenze di riforma del quadro istituzionale delineato a Maastrich, e in particolare del terzo pilastro, si manifestarono ancora più apertamente negli anni successivi ed imposero rapidamente l'adozione di un *nuovo Trattato, adottato ad Amsterdam* il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio del 1999. L'art. 2 del Trattato di Amsterdam assegnava all'Unione e alle Comunità un nuovo obiettivo, che andava oltre l'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale: quello di «*conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia* in cui sia assicurata

³⁶Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., pp. 42-43.

³⁷Che sarebbe poi divenuto l'art. 31 del Trattato sull'Unione come modificato prima ad Amsterdam e poi a Nizza.

³⁸Cfr. in proposito A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto*, cit., pp. 47 ss.

³⁹Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 36.

la libera circolazione delle persone *insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima*⁴⁰.

Tale obiettivo si traduceva, nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria, nell'adozione degli artt. 29⁴¹, 30⁴² e 31⁴³ TUE, il primo dei quali

⁴⁰Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 37.

⁴¹Recitava l'art. 29 TUE, nella versione di Amsterdam:

«Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia.

Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode, mediante:

- una più stretta cooperazione fra le forze di polizia, le autorità doganali e le altre autorità competenti degli Stati membri, sia direttamente che tramite l'Ufficio europeo di polizia (Europol), a norma degli articoli 30 e 32;
- una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e altre autorità competenti degli Stati membri, a norma degli articoli 31, lettere a) - d), e 32;
- il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'articolo 31, lettera e)».

⁴²Pare opportuno riportare anche il testo dell'art. 30 TUE nella versione di Amsterdam, per quanto lo stesso attenga alla materia della cooperazione di polizia, che esula dalla nostra indagine:

«1. L'azione comune nel settore della cooperazione di polizia comprende:

- a) la cooperazione operativa tra le autorità competenti degli Stati membri, compresi la polizia, le dogane e altri servizi specializzati incaricati dell'applicazione della legge, in relazione alla prevenzione e all'individuazione dei reati e alle relative indagini;
- b) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio, in particolare attraverso Europol, delle pertinenti informazioni, comprese quelle in possesso dei servizi incaricati dell'applicazione della legge riguardo a segnalazioni di transazioni finanziarie sospette, nel rispetto delle pertinenti disposizioni sulla protezione dei dati personali;
- c) la cooperazione e le iniziative comuni in settori quali la formazione, lo scambio di ufficiali di collegamento, il comando di funzionari, l'uso di attrezzature, la ricerca in campo criminologico;
- d) la valutazione in comune di particolari tecniche investigative ai fini dell'individuazione di forme gravi di criminalità organizzata».

⁴³Questo il testo dell'art. 31 TUE, nella versione di Amsterdam: «L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende:

- a) la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni;
- b) la facilitazione dell'extradizione fra Stati membri;
- c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione;

esplicitava l'obiettivo di «fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (per così dire esprimendo *dal punto di vista dell'individuo* lo stesso concetto che l'art. 2 TUE declinava in termini più istituzionali e in una dimensione collettiva)⁴⁴.

Al contempo, la politica in tema di asilo e immigrazione e la cooperazione giudiziaria in materia civile “migravano” dal terzo al primo pilastro, venendo così comunitarizzate: la messa in opera dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia diventava allora – non può essere dimenticato – anche una delle politiche (ma non delle “missioni”) della Comunità europea, che si declinava nell'adozione di iniziative comuni in materia di asilo ed immigrazione (la cui base giuridica era costituita dagli artt. 61-69 TCE).

Quanto al terzo pilastro (che si ispirava ancora al modello intergovernativo), esso vedeva accresciuto il ruolo della Commissione, del Parlamento europeo e della Corte di Giustizia e, soprattutto, l'introduzione di un nuovo e più incisivo strumento giuridico: la *decisione quadro*, una sorta di “direttiva di terzo pilastro” che poteva essere adottata solo per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in vista del conseguimento di finalità rientranti negli obiettivi di cui agli artt. 30 e 31 TUE, e che proprio come la direttiva si caratterizzava per essere vincolante quanto al risultato da ottenere, salva la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi⁴⁵.

3.5.4 Il Consiglio europeo di Tampere

Nell'ottobre del 1999 si tenne a Tampere un Consiglio europeo speciale, che si proponeva di sviluppare delle linee guida per sfruttare pienamente le nuove possibilità offerte dal trattato di Amsterdam, così da rendere l'obiettivo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia *una realtà effettiva*: le conclusioni programmatiche del Consiglio di Tampere ebbero un'importanza simbolica e programmatica essenziale per i successivi sviluppi del diritto penale europeo, consacrando concetti innovativi come quello del *mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie degli Stati membri* ed avviando un primo programma pluriennale per gli anni dal 1999 al 2004.

d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri;

e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti».

⁴⁴In questo senso D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 44.

⁴⁵Cfr. sul punto M. CONDINANZI, *Comunità europee*, cit. p. 152

3.5.5 L'introduzione dell'art. 280 TCE e l'istituzione dell'OLAF

Con il trattato di Amsterdam, la questione della protezione degli interessi finanziari delle Comunità acquisì una nuova dimensione, attraverso l'introduzione di una base giuridica specifica all'art. 280 TCE⁴⁶ e l'istituzione di un organo amministrativo d'indagine interno alla Commissione, l'Unità di coordinamento della lotta antifrode (UCLAF), che dal 1° giugno 1999 prese il nome di OLAF (in francese *Office de lutte anti-fraude*).

L'11 dicembre 2001, inoltre, la Commissione depositava un *libro verde* sulla protezione penale degli interessi finanziari e la creazione di un pubblico ministero europeo, riproponendo l'idea fondante del *Corpus Juris*. La successiva riflessione apertasi sul punto portò, nel marzo del 2003, alla presentazione di un rapporto nel quale si evidenziava, tra l'altro, che il raggiungimento di tali obiettivi avrebbe necessariamente richiesto una revisione dei Trattati⁴⁷.

⁴⁶Pare opportuno riportare il testo della norma:

« 1. La Comunità e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri.

2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.

3. Fatte salve altre disposizioni del presente trattato, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari della Comunità contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti.

4. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, previa consultazione della Corte dei conti, adotta le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri. Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri.

5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo.»

⁴⁷Questa riflessione si inserisce in quella, di carattere più generale, svoltasi attorno al progetto di una Costituzione per l'Europa, che avrebbe dovuto porre le basi per la creazione di un vero e proprio Stato federale.

Come noto, tale progetto si è arenato a causa della mancata ratifica del trattato costituzionale sottoscritto nel 2004 da parte della Francia e dell'Olanda, in seguito all'esito negativo del referendum promosso su tale tema. Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., pp. 8-9, e, più approfonditamente, F. STORELLI, *Diritto penale comunitario*, Torino, 2006, pp. 1 ss.

3.5.6 La decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo

Non può non essere almeno menzionata, giunti a questo punto della trattazione, la decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri, che pur avendo una dimensione apparentemente solo procedurale si mostrava, in realtà, *foriera di importanti ricadute pratiche sul versante del diritto sostanziale* (cui accenneremo più oltre).

L'idea di fondo era quella di una *notevole semplificazione del meccanismo estradizionale*, sostituito da «una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà»⁴⁸.

3.5.7 Il quadro normativo antecedente al Trattato di Lisbona: gli artt. 29 e 31 TUE

E veniamo ad analizzare il quadro normativo antecedente al Trattato di Lisbona.

Poiché le modifiche apportate dal Trattato di Nizza sui temi della giustizia penale non erano state di grande momento (se si eccettua l'istituzione di Eurojust, già annunciata al Consiglio di Tampere, che peraltro era stata l'oggetto di un'iniziativa adottata sei mesi prima dalla Francia, dal Portogallo, dalla Svezia e dal Belgio⁴⁹), esso rimaneva sostanzialmente quello delineato dal Trattato di Amsterdam, e per quel che concerneva le materie del diritto e della procedura penale trovava il suo baricentro negli artt. 29 e 31 TUE, i quali delineavano le misure concrete per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia prefigurata, come abbiamo visto in precedenza, dagli artt. 2 e 29 TUE.

Sul fronte del diritto penale sostanziale, l'art. 29 TUE, nella versione di Nizza⁵⁰, ne individuava al primo alinea due:

⁴⁸Cfr. per tutti M. CHIAVARIO, *Appunti "a prima lettura" sul mandato di arresto europeo*, in www.forumcostituzionale.it, nonché, per i riflessi in materia di diritto sostanziale, S. MANACORDA, *Il mandato d'arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 789 ss.

⁴⁹Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 38.

⁵⁰Questo il testo dell'art. 29 nella versione di Nizza:

« Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia.

Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode, mediante:

- lo sviluppo di «un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale»; e
- la prevenzione e la repressione del razzismo e della xenofobia, che venivano poi meglio precisati dell'alinea seguente nella *prevenzione e repressione della criminalità, organizzata o di altro tipo*, e nella *lotta contro tali fenomeni* (e in particolare contro il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode).

A sua volta, l'adozione di tali misure poteva essere perseguita attraverso tre strade:

- quella della *cooperazione di polizia e doganale* di cui all'art. 30 TUE;
- quella della *cooperazione giudiziaria* di cui all'art. 31 TUE; e
- quella del *ravvicinamento delle normative di diritto sostanziale* degli Stati membri, espressamente previsto solo dall'art. 31 § 1 lett. e) TUE, il quale prefigurava «la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti».

Sul fronte del diritto processuale penale, invece, le misure concrete per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia erano individuate dall'art. 31 TUE, sempre nella versione di Nizza⁵¹:

- una più stretta cooperazione fra le forze di polizia, le autorità doganali e le altre autorità competenti degli Stati membri, sia direttamente che tramite l'Ufficio europeo di polizia (Europol), a norma degli articoli 30 e 32,
- una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e altre autorità competenti degli Stati membri, anche tramite l'Unità europea di cooperazione giudiziaria (Eurojust), a norma degli articoli 31 e 32,
- il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'articolo 31, lettera e)».

⁵¹Questo il testo dell'art. 31 TUE nella versione di Nizza:

«1. L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende:

- a) la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri, ove appropriato anche tramite Eurojust, in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni;
- b) la facilitazione dell'extradizione fra Stati membri;
- c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione;
- d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri;

- nella facilitazione e nell'accelerazione «della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri, ove appropriato anche tramite Eurojust, in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni», anche attraverso il tramite di Eurojust (lett. a);
- nella «facilitazione dell'estradizione fra Stati membri» (lett. b);
- nell'assicurazione della «compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione» (lett. c);
- nella «prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri» (lett. d); e, appunto,
- nella «progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti» (lett. e).

Come è stato condivisibilmente affermato in dottrina, *il rapporto di gerarchia esistente fra i suddetti strumenti era piuttosto vago*, e l'art. 29 TUE dava in effetti l'impressione di «*une certaine circularité*»⁵².

Un altro punto problematico era dato dal fatto che l'art. 29 TUE adottava, al tempo stesso, un approccio settoriale (parlando di «criminalità organizzata») e non settoriale (poiché faceva riferimento anche alla criminalità «di altro tipo»), e menzionava a titolo esemplificativo soltanto sette forme di criminalità (il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode).

E ancora, ai sensi dell'art. 29 TUE la lotta alla criminalità nei suddetti settori doveva essere condotta *anche attraverso il ravvicinamento delle disposizioni in materia di diritto penale sostanziale*, laddove ciò si fosse mostrato

e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti.

2. Il Consiglio incoraggia la cooperazione tramite Eurojust:

- a) mettendo Eurojust in condizione di contribuire al buon coordinamento tra le autorità nazionali degli Stati membri responsabili dell'azione penale;
- b) favorendo il concorso di Eurojust alle indagini riguardanti i casi di criminalità transnazionale grave, in particolare ove si tratti di criminalità organizzata, tenendo segnatamente conto delle analisi di Europol;
- c) agevolando una stretta cooperazione fra Eurojust e la Rete giudiziaria europea, in particolare allo scopo di facilitare l'esecuzione delle rogatorie e delle domande di estradizione».

⁵²D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., pp. 45-46.

necessario; ma l'art. 31 § 1 lett. e), al quale tale norma rinvia, ammetteva espressamente il ravvicinamento *solo per tre forme di criminalità* (la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti)⁵³.

Si era dunque di fronte a un quadro normativo al tempo stesso *lacunoso e contraddittorio*, oltre che *troppo sbilanciato sul versante della cooperazione giudiziaria* in materia penale, a scapito delle esigenze sottese al ravvicinamento delle disposizioni sostanziali⁵⁴.

3.6 Gli obblighi di criminalizzazione derivanti dagli atti cd. di terzo pilastro

Prima delle importanti sentenze della Corte di giustizia del settembre 2005 e dell'ottobre 2007, la mancanza di una competenza della Comunità europea in materia penale era intesa come *un ostacolo all'introduzione di veri e propri obblighi di incriminazione all'interno degli atti di primo pilastro*: le direttive ponevano meri obblighi di assicurare agli interessi di rilievo comunitario *una tutela effettiva, proporzionata e dissuasiva*, in sostanza disinteressandosi della natura (penalistica o meno) delle sanzioni approntate a livello interno⁵⁵.

Le richieste di tutela penale degli interessi comunitari venivano di conseguenza sistematicamente demandate, come abbiamo visto, agli *strumenti normativi di terzo pilastro* (convenzioni e azioni comuni in un primo momento, decisioni-quadro poi), sostanzialmente inquadrabili nell'ambito non del diritto comunitario in senso stretto, ma – sia pur con qualche peculiarità – della cooperazione intergovernativa tipica del diritto internazionale pattizio⁵⁶.

Alla disciplina extrapenale di una determinata materia contenuta in un atto di primo pilastro si affiancava, dunque, quella penale accessoria veicolata da strumenti di terzo pilastro, alla quale si demandava il compito di garantire l'effettivo rispetto della prima: era invalso, dunque, *il meccanismo cd. del doppio testo* (ovverosia l'adozione di una direttiva o di un regolamento cui si accompagnava una convenzione, un'azione comune o più spesso una decisione-quadro).

Le ricadute pratiche di questa impostazione erano molteplici, dato che gli atti di terzo pilastro venivano adottati dal Consiglio (e non congiuntamente

⁵³Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 46.

⁵⁴Cfr. sul punto S. MANACORDA, *Il mandato d'arresto europeo*, cit., p. 791.

⁵⁵Cfr. sul punto A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 24 (in particolare, nt. 73), nonché, più di recente, F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., pp. 11 ss..

⁵⁶Come abbiamo visto poc'anzi, le previsioni del titolo VI del Trattato di Maastricht – che davano vita al terzo pilastro – non appartenevano al diritto comunitario in senso stretto. Per altro verso, come sottolinea G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2313, si distinguevano dalla classica cooperazione intergovernativa tipica del diritto internazionale pubblico per via delle numerose interconnessioni esistenti, sul piano normativo e istituzionale, tra primo e terzo pilastro.

dal Consiglio e dal Parlamento europeo) all'unanimità e non a maggioranza, erano *privi di efficacia diretta*, erano *sottratti al controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia* e – soprattutto – *non erano supportati dal procedimento per infrazione* delineato dagli artt. 226 ss. TCE⁵⁷.

Sia pur nell'ambito della cooperazione intergovernativa di terzo pilastro, ad ogni modo, il *legislatore europeo* veniva ad imporre per la prima volta, in capo agli Stati membri, veri e propri *obblighi di penalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria*, più o meno incisivi e più o meno estesi a seconda dei casi.

Alla tecnica dell'*assimilazione* si affiancavano, dunque, quelle:

a) dell'*armonizzazione* (ossia del ravvicinamento delle discipline nazionali, volto a ridurre le differenze più problematiche senza tuttavia giungere sino ad imporre delle regole identiche); e

b) della *cooperazione giudiziaria* (ovverosia della facilitazione dei rapporti tra autorità giudiziarie – o ad esse equivalenti – degli Stati membri, agenti ciascuna nell'ambito delle proprie prerogative nazionali).

Le basi giuridiche in astratto idonee a legittimare le suddette richieste erano, vigente il Trattato di Maastricht, gli artt. K.1 e K.3 TUE, e, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, gli artt. 29 e 31 TUE (come abbiamo visto, modificati in maniera poco incisiva dal successivo Trattato di Nizza).

Come è stato opportunamente evidenziato in dottrina, nondimeno, la norma che è stata concretamente più invocata come base giuridica degli strumenti a connotazione penalistica è rappresentata dall'art. 31 § 1 lett. e), utilizzata – tra l'altro – a fondamento delle decisioni-quadro in tema di favoreggiamento all'ingresso e al soggiorno irregolari, di tratta degli esseri umani, di sfruttamento sessuale dei minori, di corruzione privata e di cyber criminalità; e ciò a dispetto del fatto che essa non facesse espressamente riferimento a tali fenomeni⁵⁸. È logico pensare che ciò sia dovuto al fatto che essi sono frequentemente associati al concetto di criminalità organizzata, che l'art. 31 § 1 lett. e) effettivamente menzionava; ma l'analisi di tali atti mostra come siano ampiamente presenti anche fattispecie di criminalizzazione monosoggettive, sicché la supposizione ora avanzata si mostra valida solo fino a un certo punto: non a caso, l'art. 29 TUE (che come abbiamo visto fa riferimento anche alla criminalità non organizzata) veniva talvolta utilizzato come base giuridica “di rinforzo”, in aggiunta all'art. 31 § 1 lett. e).

La scelta della base giuridica era, ad ogni modo, assai poco rigorosa; e, più in generale, si aveva l'impressione che le norme degli artt. 29 e 31 TUE (e ancor più quelle degli artt. K.1 e K.3 TUE) non fossero idonee ad offrire sufficiente copertura a tutti gli interventi di politica criminale di cui si sentiva

⁵⁷Cfr. sul A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 40, e più di recente A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, pp. 7-8.

⁵⁸Cfr. D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 129.

l'esigenza a livello europeo: le immagini della "coperta troppo corta" o del "vestito troppo stretto" rendono bene l'idea.

Nei paragrafi seguenti andremo ad analizzare, a titolo meramente esemplificativo, alcuni degli strumenti normativi di terzo pilastro che ci sono sembrati particolarmente significativi.

Il nostro scopo non è e non può essere quello di offrire un'eshaustiva ricognizione di tutti gli atti a connotazione penalistica adottati in seno alle istituzioni europee, sul modello di quella di Daniel Flore⁵⁹: intendiamo, in maniera molto meno ambiziosa, *confrontarci direttamente con i testi di alcuni atti particolarmente rilevanti*, sì da poter toccare con mano quali sono state le linee evolutive degli obblighi di tutela penale in essi previsti e porre le basi per la successiva riflessione (che svilupperemo essenzialmente nel sesto capitolo).

Solo una postilla: a tali interventi espansivi dell'area del penalmente rilevante vanno aggiunti poi quelli (in qualche misura "surrettizi") derivanti dalla decisione quadro 2002/584/GAI in tema di mandato d'arresto europeo, in forza della deroga al criterio della doppia incriminazione su cui quest'ultima si basava e alla «portata extraterritoriale delle norme penali interne» che indirettamente da essa scaturiva⁶⁰.

3.6.1 La Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee

Tra gli atti di terzo pilastro contenenti obblighi di penalizzazione, merita senz'altro menzione la *Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee* (cd. Convenzione PIF), adottata a Bruxelles sulla base dell'art. K.3 TUE il 26 maggio 1997, ed entrata in vigore il 17 ottobre 2002⁶¹.

Gli obblighi di criminalizzazione in essa sanciti fissano, con un grado di dettaglio assai elevato, le caratteristiche fondamentali del precetto: la *condotta* di frode lesiva degli interessi finanziari delle Comunità (così come quelle, ad essa ancillari, di redazione e rilascio intenzionale di dichiarazioni o documenti

⁵⁹Il riferimento è a D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., pp. 124 ss.

⁶⁰Così S. MANACORDA, *Il mandato d'arresto europeo*, cit., p. 803.

⁶¹Cfr. sul punto M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, pp. 74 ss., nonché J. VOGEL, *Frode ai danni degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 603 ss.

La ratifica da parte dell'Italia della Convenzione PIF e del primo Protocollo integrativo, che andremo ad analizzare nel paragrafo seguente, è avvenuta con l. n. 300 del 2000: si veda in proposito S. MANACORDA, *Commento alla legge 29 settembre 2000, n. 300*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, pp. 431 ss.

falsi)⁶²; i *soggetti attivi* del reato⁶³; l'*elemento soggettivo* (rispetto al quale si effettuano, peraltro, importanti puntualizzazioni sul piano probatorio, stabilendo che «il carattere intenzionale di un'azione o di un'omissione di cui ai paragrafi 1 e 3 può essere dedotto da circostanze materiali oggettive»)⁶⁴.

Essi si estendono, inoltre, alla complicità, all'istigazione e al tentativo

⁶²Questo il testo dell'art. 1, rubricato "*Disposizioni generali*":

«1. Ai fini della presente convenzione costituisce frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee:

a) in materia di spese, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa:

- all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse;
- alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto;
- alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi;

b) in materia di entrate, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa:

- all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale delle Comunità europee o dei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse;
- alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto;
- alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto.

2. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, ciascuno Stato membro prende le misure necessarie e adeguate per recepire nel diritto penale interno le disposizioni del paragrafo 1, in modo tale che le condotte da esse considerate costituiscano un illecito penale.

3. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, ciascuno Stato membro prende altresì le misure necessarie affinché la redazione o il rilascio intenzionale di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui conseguano gli effetti di cui al paragrafo 1 costituiscano illeciti penali qualora non siano già punibili come illecito principale ovvero a titolo di complicità, d'istigazione o di tentativo di frode quale definita al paragrafo 1.

4. Il carattere intenzionale di un'azione o di un'omissione di cui ai paragrafi 1 e 3 può essere dedotto da circostanze materiali oggettive».

⁶³L'art. 3, rubricato "*Responsabilità penale dei dirigenti delle imprese*", stabilisce infatti che «Ciascuno Stato membro prende le misure necessarie per consentire che i dirigenti delle imprese ovvero qualsiasi persona che eserciti il potere di decisione o di controllo in seno ad un'impresa possano essere dichiarati penalmente responsabili, secondo i principi stabiliti dal diritto interno, per gli atti fraudolenti commessi ai danni degli interessi finanziari delle Comunità, quali definiti all'articolo 1, commessi da persona soggetta alla loro autorità per conto dell'impresa».

⁶⁴Cfr. l'art. 1 co. 4, ai sensi del quale «Il carattere intenzionale di un'azione o di un'omissione di cui ai paragrafi 1 e 3 può essere dedotto da circostanze materiali oggettive».

di frode, “catturando” dunque nell’area della punibilità le varie *forme di manifestazione del reato*.

Non meno incisiva la conformazione della sanzione: il legislatore europeo fa riferimento all’esigenza che vengano adottate sanzioni *penali* effettive, proporzionate e dissuasive, precisa che le stesse devono consistere in «pene privative della libertà che possono comportare l’extradizione» almeno nei casi di frode grave, dovendosi per tale intendere – secondo un meccanismo invero piuttosto macchinoso – la frode che superi un importo minimo la cui determinazione è sì rimessa ai legislatori nazionali, ma che non può comunque essere superiore alla somma fissata dalla Convenzione medesima⁶⁵.

Alle disposizioni di natura sostanziale si affiancano, poi, quelle di carattere processuale in materia di giurisdizione, estradizione e cooperazione giudiziaria *stricto sensu* intesa, le quali nel loro complesso delineano un sistema:

a) improntato alla regola dell’*aut dedere, aut iudicare*⁶⁶;

⁶⁵ Ai sensi dell’art. 2, rubricato “*Sanzioni*”:

«1. Ogni Stato membro prende le misure necessarie affinché le condotte di cui all’articolo 1 nonché la complicità, l’istigazione o il tentativo relativi alle condotte descritte all’articolo 1, paragrafo 1 siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno, nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l’extradizione, rimanendo inteso che dev’essere considerata frode grave qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a 50 000 ECU.

2. Tuttavia, uno Stato membro può prevedere per i casi di frode di lieve entità riguardante un importo totale inferiore a 4 000 ECU, che non presentino aspetti di particolare gravità secondo la propria legislazione, sanzioni di natura diversa da quelle previste al paragrafo 1.

3. Il Consiglio dell’Unione europea, deliberando all’unanimità, può variare l’importo di cui al paragrafo 2».

⁶⁶ Cfr. sul punto l’art. 4, rubricato “*Competenza*”:

«1. Ciascuno Stato membro prende le misure necessarie per istituire la propria competenza giurisdizionale sugli illeciti penali da esso costituiti a norma dell’articolo 1 e dell’articolo 2, paragrafo 1, qualora:

- la frode, la partecipazione ad una frode o il tentativo di frode che leda gli interessi finanziari delle Comunità europee è commesso in tutto o in parte sul suo territorio, ivi compreso il caso di frode i cui proventi sono stati ottenuti in tale territorio;
- una persona che si trova sul suo territorio concorre intenzionalmente ovvero istiga una siffatta frode sul territorio di qualsiasi altro Stato;
- l’autore dell’illecito è un cittadino dello Stato membro in questione, e, al tempo stesso, la legislazione dello Stato membro può prevedere che la condotta sia altresì punibile nel paese in cui ha avuto luogo.

2. All’atto della notificazione di cui all’articolo 11, paragrafo 2, ciascuno Stato membro può dichiarare che esso non applica la regola enunciata al paragrafo 1, terzo trattino del presente articolo».

Cfr. altresì l’art. 5, rubricato “*Estradizione ed esercizio dell’azione penale*”:

«1. Ciascuno Stato membro che, in virtù della propria legislazione, non estrada i propri cittadini prende le misure necessarie a stabilire la propria competenza giurisdizionale per gli illeciti penali da esso costituiti ai sensi dell’articolo 1 e dell’articolo 2, paragrafo 1, qualora siano state commesse da suoi cittadini fuori del proprio territorio.

- b)** che incentiva la cooperazione tra gli Stati membri (attraverso il ricorso all'assistenza giudiziaria, all'estradizione, al trasferimento dei procedimenti o all'esecuzione delle sentenze) nelle ipotesi di frodi che interessino almeno due Paesi dell'Unione⁶⁷;
- c)** in cui vige il principio del *ne bis in idem*⁶⁸.

2. Ciascuno Stato membro deve, qualora uno dei propri cittadini sia presunto colpevole di aver commesso in un altro Stato membro un illecito penale consistente in una condotta quale descritta all'articolo 1 e all'articolo 2, paragrafo 1 e non estradi tale persona verso tale altro Stato membro unicamente a cagione della nazionalità, sottoporre la questione al giudizio delle proprie autorità competenti ai fini dell'esercizio dell'azione penale, se ne ricorrono i presupposti. Per consentire l'esercizio delle azioni penali i fascicoli, gli atti istruttori e gli oggetti riguardanti l'illecito sono inoltrati secondo le modalità previste all'articolo 6 della convenzione europea di estradizione. Lo Stato membro richiedente è informato delle azioni penali avviate e dei loro risultati.

3. Uno Stato membro non può rifiutare l'estradizione per un atto fraudolento che leda gli interessi finanziari delle Comunità europee unicamente perché si tratta di un reato in materia di tasse o di dazi doganali.

4. Ai fini del presente articolo, l'espressione «cittadino di uno Stato membro» è interpretata in conformità di qualsiasi dichiarazione fatta da quest'ultimo ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b) della convenzione europea di estradizione e del paragrafo 1, lettera c) del medesimo articolo».

⁶⁷Cfr. l'art. 6, rubricato «Cooperazione»:

«1. Se una frode, quale definita all'articolo 1, costituisce un illecito penale e riguarda almeno due Stati membri, questi cooperano in modo effettivo all'inchiesta, ai procedimenti giudiziari e all'esecuzione della pena comminata, per esempio per mezzo dell'assistenza giudiziaria, dell'estradizione, del trasferimento dei procedimenti o dell'esecuzione delle sentenze pronunciate all'estero in un altro Stato membro.

2. Qualora più Stati membri hanno la competenza giurisdizionale per un illecito e ciascuno di essi può validamente esercitare l'azione penale sulla base degli stessi fatti, gli Stati membri interessati collaborano per decidere quale di essi debba perseguire l'autore o gli autori dell'illecito con l'obiettivo di centralizzare, se possibile, le azioni in un unico Stato membro».

⁶⁸Cfr. a questo proposito l'art. 7, rubricato «*Ne bis in idem*»:

2. All'atto della notificazione di cui all'articolo 11, paragrafo 2, ciascuno Stato membro può dichiarare di non essere vincolato dal paragrafo 1 del presente articolo in uno o più dei casi seguenti:

- a)** quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio, in tutto o in parte. In quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio dello Stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata;
- b)** quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un illecito contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quello Stato membro;
- c)** quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quello Stato membro in violazione dei doveri del suo ufficio.

3. Le eccezioni che hanno costituito oggetto di una dichiarazione ai sensi del paragrafo 2 non si applicano quando lo Stato membro di cui si tratta ha, per gli stessi fatti, richiesto l'esercizio dell'azione penale all'altro Stato membro o concesso l'estradizione della persona in questione.

4. Rimangono salvi gli accordi bilaterali o multilaterali conclusi tra gli Stati membri in materia e le pertinenti dichiarazioni».

3.6.2 I Protocolli integrativi alla Convenzione PIF

Parimenti significativi, ai fini della nostra analisi, sono i *due Protocolli integrativi alla Convenzione PIF*, rispettivamente in tema di corruzione dei funzionari europei e di responsabilità delle persone giuridiche, riciclaggio e confisca⁶⁹, la cui base giuridica va individuata sempre nell'art. K.3 TUE.

Il *primo Protocollo*, adottato il 27 settembre 1996 ed entrato in vigore, come la Convenzione, il 17 ottobre 2002, muove dalla considerazione per cui gli interessi finanziari delle Comunità possono essere lesi o messi in pericolo *anche da reati diversi da quelli di frode*, e in particolare dalla corruzione dei funzionari nazionali ed europei che siano responsabili della riscossione, della gestione o della spesa dei fondi europei.

Coerentemente, esso impone agli Stati firmatari di applicare le sanzioni penali previste per le fattispecie di corruzione attiva e passiva che riguardano i funzionari nazionali alle corrispondenti fattispecie che abbiano per protagonisti i funzionari europei, secondo il *principio di assimilazione*⁷⁰; e,

⁶⁹A tali Protocolli si aggiunge, poi, il Protocollo del 29 novembre 1996, entrato in vigore il 17 ottobre 2002, il quale – per usare le parole di C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007., cit., p. 80 nt. 191, «attribuisce alla Corte di giustizia la competenza giurisdizionale a pronunciarsi in via pregiudiziale sul “pacchetto normativo PIF”».

⁷⁰E' bene notare, tuttavia, che in questo caso il vincolo è di estendere la tutela penale prevista per le fattispecie di corruzione commesse dai funzionari nazionali alle corrispondenti fattispecie che abbiano come soggetti attivi i funzionari europei. Sostanziale, dunque, la differenza rispetto al *dictum* della Corte di Giustizia nella sentenza sul mais greco.

Pare opportuno riportare il testo dell'art. 4, rubricato appunto “*Assimilazione*”:

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché ai sensi del diritto penale nazionale le qualificazioni degli illeciti che corrispondono a una delle condotte di cui all'articolo 1 della convenzione e, commessi da suoi funzionari nazionali nell'esercizio delle loro funzioni, siano applicate allo stesso modo ai casi in cui gli illeciti vengono commessi da funzionari comunitari nell'esercizio delle loro funzioni.

2. Ciascuno Stato membro prende le misure necessarie affinché ai sensi del diritto penale nazionale le qualificazioni di illeciti di cui al paragrafo 1 del presente articolo e agli articoli 2 e 3, commessi da Ministri del governo, dai membri eletti del parlamento, dai membri degli organi giudiziari supremi o dai membri della Corte dei conti nell'esercizio delle rispettive funzioni, o nei confronti di questi, siano applicabili allo stesso modo ai casi in cui gli illeciti sono commessi da membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee rispettivamente nell'esercizio delle loro funzioni, o nei confronti di questi.

3. Qualora uno Stato membro abbia adottato norme speciali per atti o omissioni di cui i ministri del suo governo devono rispondere per la particolare posizione politica che occupano nello Stato, il paragrafo 2 del presente articolo può non applicarsi a dette norme, a condizione che lo Stato membro assicuri che i membri della Commissione delle Comunità europee sono essi pure soggetti alla norme penali di attuazione degli articoli 2, 3 e 4, paragrafo 1.

4. I paragrafi 1, 2 e 3 lasciano salve le disposizioni applicabili in ciascuno Stato membro per quanto attiene alla procedura penale e alla determinazione delle giurisdizioni competenti.

5. Il presente protocollo si applica nel pieno rispetto delle pertinenti disposizioni dei trattati che istituiscono le Comunità europee, del protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee, dello statuto della Corte di giustizia, nonché dei testi adottati in

contemporaneamente, li vincola ad adottare sanzioni *penali* effettive, proporzionate e dissuasive (che comprendano, almeno nei casi più gravi, pene privative della libertà personale che possono comportare l'estradizione) a fronte delle condotte di corruzione attiva e passiva, anche tentata, e delle varie figure di complicità e istigazione⁷¹.

Gli Stati firmatari sono dunque liberi di estendere alle condotte che concernono i funzionari europei la tutela penale approntata a livello interno per combattere la corruzione dei propri funzionari – senza modificare quindi le scelte di politica criminale in precedenza adottate – solo qualora le sanzioni penali previste in ambito nazionale già in vigore si mostrino rispettose del principio di efficacia-proporzionalità; in caso contrario, essi saranno chiamati ad apprestare una tutela maggiormente incisiva, fermo restando ovviamente il carattere penale della stessa.

È opportuno notare come, anche in questa occasione, il legislatore europeo si spinga a delineare con un elevato grado di dettaglio gli elementi fondamentali del precetto, e in particolare le condotte di corruzione attiva e passiva e i soggetti attivi e passivi del reato⁷². Nessuna indicazione viene fornita, invece, in merito alle caratteristiche che la corruzione deve avere per poter essere qualificata come grave (ciò da cui dipende l'obbligo di applicare pene privative della libertà personale).

applicazione delle stesse per quanto attiene alla soppressione delle immunità».

⁷¹Recita infatti l'art. 5, rubricato "*Sanzioni*":

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per assicurare che i comportamenti di cui agli articoli 2 e 3, nonché la complicità e l'istigazione relativa a tali comportamenti siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, comprendenti, almeno nei casi gravi, pene privative della libertà che possono comportare l'estradizione.

2. Il paragrafo 1 lascia impregiudicato l'esercizio, da parte delle autorità competenti, dei poteri disciplinari nei confronti dei funzionari nazionali o dei funzionari comunitari. Nella determinazione della sanzione penale da infliggere, le giurisdizioni nazionali possono prendere in considerazione, conformemente ai principi del loro diritto nazionale, qualsiasi sanzione disciplinare già inflitta alla stessa persona per lo stesso comportamento».

⁷²Conviene riportare l'art. 2, rubricato "*Corruzione passiva*":

«1. Ai fini del presente protocollo vi è corruzione passiva quando il funzionario deliberatamente, direttamente o tramite un terzo, sollecita o riceve vantaggi di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, o ne accetta la promessa, per compiere o per omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri di ufficio, che leda o che potrebbe ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie ad assicurare che le condotte di cui al paragrafo 1 costituiscano illeciti penali».

Merita di essere riportato anche l'art. 3, rubricato "*Corruzione attiva*":

«1. Ai fini del presente protocollo vi è corruzione attiva quando una persona deliberatamente promette o dà, direttamente o tramite un terzo, un vantaggio di qualsiasi natura ad un funzionario, per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia o ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri d'ufficio, che leda o che potrebbe ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie ad assicurare che le condotte di cui al paragrafo 1 costituiscano illeciti penali».

Un obbligo di criminalizzazione (del riciclaggio)⁷³ figura anche nel *secondo Protocollo integrativo* del 19 giugno 1997, entrato in vigore soltanto il 19 maggio del 2009.

La vera novità di quest'ultimo è rappresentata, tuttavia, dalla richiesta di sanzioni *ad hoc* per le *persone giuridiche* a beneficio delle quali siano state perpetrate le condotte di frode ai danni delle Comunità, corruzione dei funzionari europei e riciclaggio.

Conviene riportare per intero il testo dell'art. 3:

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, della corruzione attiva e del riciclaggio di denaro commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica, basati:

- sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica, o
- sull'autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica, o
- sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica,

nonché della complicità, dell'istigazione a commettere tale frode, corruzione attiva o riciclaggio di denaro o del tentativo di commettere tale frode.

2. Oltre ai casi già previsti al paragrafo 1, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la perpetrazione di una frode, di un atto di corruzione attiva o di riciclaggio di denaro a beneficio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità.

3. La responsabilità della persona giuridica ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude l'azione penale contro le persone fisiche, che siano autori, istigatori o complici della frode, della corruzione attiva o del riciclaggio di denaro».

Il successivo art. 4, rubricato "*Sanzioni per le persone giuridiche*", si occupa invece delle sanzioni:

«1. Ciascuno Stato membro prende i provvedimenti necessari affinché la persona giuridica dichiarata responsabile ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1 sia passibile di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che includono sanzioni pecuniarie o di natura penale o amministrativa e possono includere altre sanzioni, tra cui:

a) misure di esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico;

⁷³ Ai sensi dell'art. 2, rubricato "*Riciclaggio di denaro*", «Ciascuno Stato membro prende i provvedimenti necessari affinché il riciclaggio di denaro costituisca illecito penale».

- b) misure di divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale;
- c) assoggettamento a sorveglianza giudiziaria;
- d) provvedimenti giudiziari di scioglimento.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché una persona giuridica dichiarata responsabile ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2 sia passibile di sanzioni o di misure effettive, proporzionate e dissuasive».

Il legislatore europeo, dunque, non solo non prende posizione sulla *natura* penale, civile o amministrativa della responsabilità delle persone giuridiche, ma neppure impone al Parlamento nazionale l'adozione di questa o quella misura, limitandosi a suggerire una serie di possibili interventi e a richiedere, naturalmente, che le sanzioni adottate – abbiano esse natura civile, amministrativa o penale – siano effettive, proporzionate e dissuasive⁷⁴.

Tra queste, nondimeno, deve obbligatoriamente rientrare, ai sensi dell'art. 5, «la confisca o la privazione degli strumenti e proventi della frode, della corruzione attiva o passiva e del riciclaggio di denaro o di proprietà del valore corrispondente a tali proventi»: si affaccia prepotentemente sulla scena, dunque, la *confisca per equivalente*.

3.6.3 L'azione comune relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea

Merita un cenno anche l'*azione comune relativa alla punibilità della partecipazione ad un'associazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea*, adottata il 21 dicembre 1998 nell'ambito del *Piano d'azione contro la criminalità organizzata* approvato dal Consiglio l'anno precedente, sempre sulla base dell'art. K.3 TUE.

Essa è stata abrogata l'11 novembre 2008 a seguito dell'entrata in vigore della decisione-quadro del 24 ottobre 2008 sullo stesso tema. Nondimeno, si tratta di uno strumento estremamente rilevante, poiché è stato il primo a definire, sul piano internazionale, il concetto di criminalità organizzata⁷⁵: la definizione offerta dall'art. 2 lett. a) è stata utilizzata come punto di partenza per l'elaborazione di quella contenuta nella *Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità transnazionale* adottata a Palermo il 12 dicembre 2000, che abbiamo analizzato nel primo capitolo.

Conviene allora guardare più da vicino questa definizione: recita l'art. 1 che «ai fini della presente azione comune, per organizzazione criminale si intende l'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo,

⁷⁴Cfr. sul punto D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 248, nonché C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., p. 80.

⁷⁵Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 133.

che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave, reati che costituiscono un fine in sé ovvero un mezzo per ottenere profitti materiali e, se del caso, per influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità.

I reati di cui al primo comma includono quelli menzionati nell'articolo 2 della convenzione Europol, nonché nel suo allegato, che sono punibili con pena almeno equivalente a quella prevista al primo comma».

La *struttura*, il *numero dei partecipanti*, la *durata* e le *modalità di funzionamento* sono dunque stabiliti dall'azione comune, che fissa altresì una *soglia minima di gravità* attraverso il riferimento alle sanzioni applicate (riferimento che, a ben vedere, non appare particolarmente significativo, posto che i livelli di pena variano significativamente da uno Stato membro all'altro).

La fattispecie di criminalizzazione è, inoltre, a dolo specifico (allo scopo di ottenere profitti materiali si affianca quello di influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità).

Dopo aver definito la nozione di associazione criminale, il legislatore comunitario rivolge però ai Parlamenti nazionali una richiesta di penalizzazione "alternativa", avente ad oggetto cioè almeno l'una o l'altra delle condotte descritte all'art. 2 co. 1 dell'azione comune medesima⁷⁶ (*id est*, il reato associativo e la *conspiracy*, di matrice anglosassone).

⁷⁶A norma dell'art. 2,

«1. Per agevolare la lotta contro le organizzazioni criminali, ciascuno Stato membro si impegna, secondo la procedura di cui all'articolo 6, a fare in modo che una o entrambe le condotte descritte successivamente siano punibili con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive:

a) La condotta di una persona che, intenzionalmente ed essendo a conoscenza dello scopo e dell'attività criminale generale dell'organizzazione, o dell'intenzione dell'organizzazione di commettere i reati in questione, partecipi attivamente:

alle attività di un'organizzazione criminale rientranti nell'articolo 1, anche quando tale persona non partecipa all'esecuzione materiale dei reati in questione e, fatti salvi i principi generali del diritto penale dello Stato membro interessato, anche quando i reati in questione non siano effettivamente commessi;

alle altre attività dell'organizzazione, essendo inoltre a conoscenza del fatto che la sua partecipazione contribuisce alla realizzazione delle attività criminali dell'organizzazione rientranti nell'articolo 1.

b) La condotta di una persona consistente in un accordo con una o più persone per porre in essere un'attività la quale, se attuata, comporterebbe la commissione dei reati che rientrano nell'articolo 1, anche se la persona in questione non partecipa all'esecuzione materiale dell'attività.

2. Indipendentemente dal fatto che abbiano scelto di punire la condotta di cui alle lettere a) e b), gli Stati membri si presteranno la più ampia assistenza per i crimini o i reati di cui al presente articolo, nonché per i reati di cui all'articolo 3, paragrafo 4, della convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea stabilita dal Consiglio il 27 settembre 1996».

Indipendentemente dalla scelta di politica criminale esercitata dal legislatore nazionale, ad ogni modo, l'azione comune impone che gli Stati firmatari si assicurino reciprocamente la più ampia assistenza per la repressione delle fattispecie criminose in essa descritte.

Anche in questo caso, infine, il legislatore europeo presta particolare attenzione alla *punibilità delle persone giuridiche* che abbiano commesso le condotte di cui all'art. 2 co. 1, chiedendo che le stesse possano essere assoggettate a sanzioni *penali* effettive, proporzionate e dissuasive, ferma restando la responsabilità penale delle persone fisiche che se ne siano rese autrici⁷⁷: il modello già sperimentato dal *secondo Protocollo alla Convenzione PIF* viene, dunque, nuovamente riproposto, seppure in termini meno analitici di quanto non facesse quest'ultimo.

3.6.4 La decisione-quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo

Merita senz'altro menzione anche la *decisione-quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo*, adottata sulla base dell'art. 31 § 1 lett. e) TUE il 13 giugno 2002 ed entrata in vigore il 22 giugno dello stesso anno.

Al pari dell'azione comune sulla criminalità organizzata, la decisione quadro contiene la prima definizione di terrorismo elaborata sul piano internazionale: essa si prefigge, infatti, di affrontare il fenomeno nella sua globalità, sforzandosi di definire cosa consenta di definire determinati atti o una determinata organizzazione come "terroristici"; mentre l'approccio fino ad allora seguito dalle Nazioni Unite era di tipo settoriale, e guardava solo di riflesso il terrorismo, occupandosi delle sue manifestazioni più frequenti (la presa d'ostaggi, il dirottamento aereo, e così via)⁷⁸.

L'impulso a tale iniziativa è stato dato, ovviamente, dagli attentati dell'11 settembre 2001, che hanno indubbiamente accelerato il processo di armonizzazione in questo campo.

Venendo al testo normativo, sono davvero emblematici gli obblighi di conformazione del precetto penale che discendono dalla decisione-quadro in capo agli Stati.

⁷⁷ Ai sensi dell'art. 3 «Ciascuno Stato membro si assicura che le persone giuridiche possano essere ritenute penalmente o, in difetto, altrimenti responsabili dei reati di cui al paragrafo 1 dell'articolo 2, da esse commessi, secondo modalità da definire nel diritto interno dello Stato membro. La responsabilità della persona giuridica non pregiudica la responsabilità penale delle persone fisiche autrici o complici di tali reati. Ciascuno Stato membro si assicura in particolare che alle persone giuridiche possano essere inflitte sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, e possano essere imposte sanzioni di carattere patrimoniale ed economico».

⁷⁸ Così che dal 1963 al 1999 erano state adottate ben dodici Convenzioni in seno alle Nazioni Unite, puntualmente elencate da D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 139, nt. 207.

L'art. 1 identifica minuziosamente le condotte che devono essere punite come reati terroristici e le finalità che devono alternativamente animare l'autore del reato a titolo di dolo specifico⁷⁹: come è stato rilevato, la definizione si compone di un *elemento intenzionale* (il fine che deve animare l'agente), di un *elemento contestuale* (il cui apprezzamento è rimesso al giudice) e di un *elemento materiale* (le condotte alternative elencate al § 1)⁸⁰.

Il successivo art. 2, invece, detta un'articolata definizione di organizzazione terroristica (attraverso il ricorso alla nozione di «associazione strutturata», anch'essa oggetto di apposita definizione) e pone un obbligo di criminalizzazione della direzione e della partecipazione alle attività di un'organizzazione terroristica⁸¹; mentre gli artt. 3 e 4 impongono, rispettivamente, che siano

⁷⁹Pare opportuno riportare il testo dell'art. 1, rubricato "*Reati terroristici e diritti e principi giuridici fondamentali*":

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché siano considerati reati terroristici gli atti intenzionali di cui alle lettere da a) a i) definiti reati in base al diritto nazionale che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale, quando sono commessi al fine di:

- intimidire gravemente la popolazione, o
- costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o
- destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale:
 - a) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso;
 - b) attentati gravi all'integrità fisica di una persona;
 - c) sequestro di persona e cattura di ostaggi;
 - d) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli;
 - e) sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci;
 - f) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche e chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo;
 - g) diffusione di sostanze pericolose, il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane;
 - h) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane;
 - i) minaccia di realizzare uno dei comportamenti elencati alle lettere da a) a h).

2. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali quali sono sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione-quadro».

⁸⁰Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 140.

⁸¹Così recita l'art. 2, rubricato "*Reati riconducibili a un'organizzazione terroristica*":

considerati «reati connessi alle attività terroristiche» il furto aggravato, l'estorsione e il falso ideologico commessi per realizzare uno dei reati di cui agli artt. 1 e 2⁸², e che la sfera della punibilità copra anche l'istigazione, il concorso e il tentativo⁸³.

Estremamente significativo anche l'art. 6, che individua puntualmente le «circostanze particolari» (sostanzialmente paragonabili alla nostrana dissociazione) che possono giustificare una riduzione di pena, evidentemente inibendo la configurazione di circostanze ulteriori⁸⁴.

«1. Ai fini della presente decisione-quadro, per organizzazione terroristica s'intende l'associazione strutturata di più di due persone, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere dei reati terroristici. Il termine associazione strutturata designa un'associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché siano punibili i seguenti atti intenzionali:

- a) direzione di un'organizzazione terroristica;
- b) partecipazione alle attività di un'organizzazione terroristica, anche fornendole informazioni o mezzi materiali, ovvero tramite qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose dell'organizzazione terroristica».

⁸²Si riporta il testo dell'art. 3, rubricato "*Reati connessi alle attività terroristiche*":

«Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché siano considerati reati connessi alle attività terroristiche i seguenti comportamenti:

- a) furto aggravato commesso per realizzare uno dei comportamenti elencati all'articolo 1, paragrafo 1;
- b) estorsione per attuare uno dei comportamenti elencati all'articolo 1, paragrafo 1;
- c) formazione di documenti amministrativi falsi al fine di porre in essere uno dei comportamenti elencati nell'articolo 1, paragrafo 1, lettere da a) a h), e nell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b)».

⁸³Così recita l'art. 4, rubricato "*Istigazione, concorso, tentativo*":

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché siano resi punibili l'istigazione a commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1, e agli articoli 2 o 3 o il concorso in uno di tali reati.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia reso punibile il tentativo di commettere uno dei reati di cui all'articolo 1, paragrafo 1, e all'articolo 3, esclusi la detenzione di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera f), e il reato di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera i)».

⁸⁴Ai sensi dell'art. 6, rubricato appunto "*Circostanze particolari*", «ogni Stato membro può adottare le misure necessarie affinché le pene di cui all'articolo 5 possano essere ridotte nel caso in cui l'autore del reato:

- a) rinunci all'attività terroristica;
- b) fornisca alle autorità amministrative o giudiziarie informazioni che esse non avrebbero potuto ottenere con altri mezzi e che sono loro utili per:
 - i) prevenire o attenuare gli effetti del reato;

Sul fronte sanzionatorio vale la pena di soffermarsi brevemente, invece, sull'art. 5, che riduce poco meno che a un simulacro la discrezionalità del legislatore nazionale in merito all'individuazione della cornice edittale⁸⁵.

In quest'occasione, infatti, il vincolo europeo non concerne solo l'adozione di sanzioni penali effettive, proporzionali e dissuasive che possono comportare l'estradizione, secondo la formula che ormai ci è familiare: la decisione-quadro individua, infatti, *tre macro-categorie di condotte*, e per ciascuna fissa il cd. *minimo del massimo* edittale (ovverosia la durata al di sotto della quale il legislatore nazionale non può spingersi nel determinare la pena detentiva massima per esse prevista).

Si tratta di una tecnica legislativa che verrà ampiamente utilizzata in seguito; anche se, per vero, la maggior parte degli strumenti dell'Unione a connotazione penalistica si limita a considerare unitariamente *quoad poenam* le condotte oggetto della fattispecie di criminalizzazione, individuando un'unica cornice edittale (*rectius*, il minimo edittale di un'unica cornice di pena).

Quanto alle norme processuali, l'art. 9 delinea un sistema improntato al criterio dell'*aut dedere, aut iudicare*⁸⁶, mentre l'art. 10 co. 1 detta, da un

-
- ii) individuare o consegnare alla giustizia i complici nel reato;
 - iii) acquisire elementi di prova; o
 - iv) prevenire la commissione di altri reati di cui agli articoli da 1 a 4».

⁸⁵Questo il testo dell'art. 5, rubricato "*Sanzioni*":

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che i reati indicati agli articoli da 1 a 4 siano punibili con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati terroristici di cui all'articolo 1, paragrafo 1, e quelli elencati all'articolo 4, per quanto riconducibili a reati terroristici, siano punibili con una reclusione più severa di quella prevista per tali reati dal diritto nazionale in assenza della finalità specifica richiesta a norma dell'articolo 1, paragrafo 1, salvo qualora le pene previste siano già le pene massime contemplate dal diritto nazionale.

3. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati elencati all'articolo 2 siano punibili con una reclusione di durata massima non inferiore a 15 anni per i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), e non inferiore a 8 anni per i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b). Qualora il reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), si riferisce solo alla fattispecie di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera i), la durata massima della reclusione non è inferiore a 8 anni».

⁸⁶Ai sensi dell'art. 9, rubricato "*Giurisdizione ed esercizio dell'azione penale*",

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a stabilire la propria giurisdizione per i reati di cui agli articoli da 1 a 4 quando:

- a) il reato è commesso, anche solo parzialmente, nel suo territorio; ciascuno Stato membro può estendere la sua competenza quando il reato è stato commesso nel territorio di uno Stato membro;
- b) il reato è commesso a bordo di una nave battente bandiera del suo paese o di un aeromobile ivi registrato;
- c) l'autore del reato è uno dei suoi cittadini o vi è residente;
- d) il reato è commesso a vantaggio di una persona giuridica stabilita nel suo territorio;

lato, un *regime di procedibilità d'ufficio* e, dall'altro, lascia agli Stati membri margini di valutazione più ampi in ordine alla necessità di approntare o meno misure di assistenza alla famiglia della vittima⁸⁷.

3.6.5 La decisione-quadro 2002/629/GAI sulla lotta alla tratta degli esseri umani

Del tutto comparabile a quella appena esaminata, quanto ad incisività, è la *decisione-quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani* adottata, sempre sulla base dell'art. 29 TUE, il 19 luglio 2002.

Essa ha sostituito un'azione comune del 1997, la quale concerneva oltre alla tratta degli esseri umani anche lo sfruttamento sessuale dei minori, e

e) il reato è commesso contro le sue istituzioni o la sua popolazione o contro un'istituzione dell'Unione europea o di un organismo creato conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea o al trattato sull'Unione europea, e che ha sede nello Stato membro in questione.

2. Se il reato rientra nella giurisdizione di più Stati membri, ciascuno dei quali è legittimato ad esercitare l'azione penale in relazione ai medesimi fatti, gli Stati membri in questione collaborano per stabilire quale di essi perseguirà gli autori del reato al fine di accentrare, se possibile, l'azione penale in un unico Stato membro. A tale scopo gli Stati membri possono avvalersi di qualsiasi organo o struttura istituiti in seno all'Unione europea per agevolare la cooperazione tra le rispettive autorità giudiziarie, nonché coordinare le loro azioni. Si tiene conto, per gradi successivi, dei seguenti elementi di collegamento:

- si tratta dello Stato membro nel cui territorio sono stati commessi i fatti,
- l'autore ha la nazionalità di tale Stato membro o vi è residente,
- si tratta dello Stato membro di origine delle vittime,
- si tratta dello Stato membro nel cui territorio è stato trovato l'autore dei reati.

3. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per stabilire la propria giurisdizione anche per i reati di cui agli articoli da 1 a 4 se rifiuta di consegnare o di estradare verso un altro Stato membro o un paese terzo una persona sospettata di uno di tali reati o per esso condannata.

4. Ciascuno Stato membro si adopera affinché sia stabilita la sua giurisdizione nei casi riguardanti un reato di cui agli articoli 2 e 4 commesso anche solo parzialmente nel suo territorio, a prescindere dal luogo in cui l'organizzazione terroristica è basata o svolge le sue attività criminali.

5. Il presente articolo non esclude l'esercizio della giurisdizione penale secondo quanto previsto da uno Stato membro conformemente al diritto nazionale».

⁸⁷Si riporta il testo dell'art. 10, rubricato "*Protezione e assistenza delle vittime*":

«1. Gli Stati membri dispongono che le indagini o l'azione penale relative ai reati contemplati dalla presente decisione-quadro non dipendano da una denuncia o accusa formulata da una vittima del reato in questione, almeno nei casi in cui i reati siano stati compiuti sul territorio dello Stato membro.

2. Oltre alle misure previste dalla decisione-quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, ciascuno Stato membro adotta, se necessario, ogni possibile misura in suo potere per garantire un'appropriata assistenza alla famiglia della vittima».

verrà a sua volta abrogata a seguito dell'entrata in vigore della direttiva 2011/36/UE, sullo stesso tema.

La decisione-quadro si iscrive, però, in un più ampio contesto internazionale: fra gli strumenti internazionali tuttora in vigore (ché, come abbiamo visto, la preoccupazione per questo fenomeno era ampiamente sentita già nei primi decenni del Novecento, e aveva portato all'adozione di accordi e convenzioni *ad hoc*), non possono non essere menzionate, a questo proposito, la *Convenzione di Palermo contro la criminalità transnazionale organizzata* del 12 dicembre 2000 (che si prefigge tra l'altro di prevenire, reprimere e punire la tratta di esseri umani, e in particolare delle donne e dei bambini), e la *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, adottata a Varsavia il 16 maggio del 2005⁸⁸.

Venendo ora all'analisi del testo normativo, l'art. § 1 della decisione-quadro descrive con elevato grado di dettaglio le condotte penalmente rilevanti e le modalità con cui devono essere realizzate (trattandosi, per la maggior parte, di reati a forma vincolata); mentre i successivi §§ 2, 3 e 4 precisano – rispettivamente – che il consenso della vittima allo sfruttamento è irrilevante; che nel caso in cui la vittima del reato sia un minore non è necessaria l'impiego di uno dei mezzi di coartazione descritti dal § 1; e che per “minore” deve

⁸⁸Cfr. in proposito D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 162.

intendersi una persona di età inferiore ai diciotto anni⁸⁹.

L'art. 2 estende la punibilità alle varie forme di istigazione, favoreggiamento e complicità, nonché al tentativo⁹⁰; mentre il successivo art. 3, in tema di trattamento sanzionatorio, prescrive l'adozione di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione e – limitando ulteriormente la discrezionalità del legislatore nazionale – richiede che i reati di cui all'art. 1 siano puniti «con la pena della reclusione in carcere per una durata massima non inferiore agli otto anni» qualora si verifichino gli ulteriori eventi (di danno e di pericolo) in esso descritti o nel caso in cui il

⁸⁹ Ai sensi dell'art. 1, rubricato “*Reati relativi alla tratta degli esseri umani a fini di sfruttamento di manodopera o di sfruttamento sessuale*”,

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti atti siano puniti come reato:

il reclutamento, il trasporto, il trasferimento di una persona, il darle ricovero e la successiva accoglienza, compreso il passaggio o il trasferimento del potere di disporre di questa persona, qualora:

- a) sia fatto uso di coercizione, violenza o minacce, compreso il rapimento; oppure
- b) sia fatto uso di inganno o frode; oppure
- c) vi sia abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità tale che la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima; oppure
- d) siano offerti o ricevuti pagamenti o benefici per ottenere il consenso di una persona che abbia il potere di disporre di un'altra persona
 - a fini di sfruttamento del lavoro o dei servizi prestati da tale persona, compresi quanto meno il lavoro o i servizi forzati o obbligatori, la schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù o alla servitù oppure
 - a fini di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia.

2. Il consenso, presunto o effettivo, da parte di una vittima della tratta degli esseri umani allo sfruttamento è irrilevante qualora si sia ricorsi a uno dei mezzi indicati al paragrafo 1.

3. La condotta di cui al paragrafo 1, qualora coinvolga minori, è punita come reato di tratta degli esseri umani anche se non si è ricorsi ad alcuno dei mezzi indicati al paragrafo 1.

4. Ai fini della presente decisione-quadro per minore s'intende qualsiasi persona di età inferiore ai diciotto anni.

⁹⁰ In base all'art. 2, rubricato “*Istigazione, favoreggiamento, complicità e tentativo*”, «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché l'istigazione, il favoreggiamento, la complicità e il tentativo nella commissione dei reati di cui all'articolo 1, siano puniti come reato».

reato commesso rientri fra le attività di un'organizzazione criminale⁹¹.

Ancora, l'art. 4 delinea in maniera minuziosa i presupposti in presenza dei quali sorge la responsabilità delle persone giuridiche, indipendentemente dalla possibilità di assoggettare a sanzione penale le persone fisiche che hanno materialmente commesso il reato⁹².

All'art. 5, il legislatore europeo si limita invece a richiedere che gli Stati membri introducano sanzioni – anche di carattere non penale – rispettose del

⁹¹Prevede infatti l'art. 3 che

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati di cui agli articoli 1 e 2 siano punibili con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati di cui all'articolo 1 siano punibili con la pena della reclusione in carcere per una durata massima non inferiore agli otto anni quando siano stati commessi in una qualsiasi delle seguenti circostanze:

- a) il reato, commesso intenzionalmente o per negligenza grave, ha messo a repentaglio la vita della vittima;
- b) il reato è stato commesso contro una vittima particolarmente vulnerabile. Una vittima è considerata particolarmente vulnerabile almeno quando non ha raggiunto l'età della maturità sessuale ai sensi della legislazione nazionale e quando il reato è stato commesso a fini di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia;
- c) il reato è stato commesso ricorrendo a violenza grave o ha provocato un danno particolarmente grave alla vittima;
- d) il reato commesso rientra fra le attività di un'organizzazione criminale, come definita nell'azione comune 98/733/GAI a prescindere dall'entità della pena ivi prevista».

⁹²Recita infatti l'art. 4, rubricato “*Responsabilità delle persone giuridiche*”, che:

«1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili dei reati di cui agli articoli 1 e 2 commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto, che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organo della persona giuridica, che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica, basata:

- a) sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica; o
- b) sul potere di prendere decisioni per conto della persona giuridica; o
- c) sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica.

2. A prescindere dai casi di cui al paragrafo 1, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili qualora la mancata sorveglianza o il mancato controllo da parte di un soggetto tra quelli descritti al paragrafo 1 abbia reso possibile la commissione, a vantaggio della persona giuridica, di uno dei reati di cui agli articoli 1 e 2 da parte di una persona sottoposta all'autorità di tale soggetto.

3. La responsabilità delle persone giuridiche ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude l'avvio di procedimenti penali contro le persone fisiche che abbiano commesso uno dei reati di cui agli articoli 1 e 2, abbiano istigato qualcuno a commetterli o vi abbiano concorso.

4. Ai sensi della presente decisione-quadro, per persona giuridica s'intende qualsiasi ente che sia tale in forza del diritto nazionale applicabile, ad eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche».

principio di efficacia-proporzionalità per le persone giuridiche nel cui vantaggio siano stati commessi i reati previsti dalla decisione-quadro, suggerendo la possibilità di adottare, accanto alla tradizionale sanzione pecuniaria, anche sanzioni di tipo interdittivo, puntualmente individuate⁹³.

3.6.6 La decisione-quadro 2004/68/GAI sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile

Come abbiamo visto in precedenza, i reati concernenti lo sfruttamento sessuale dei minori rientrano nell'ambito delle forme di criminalità la cui prevenzione e repressione dev'essere realizzata, ai sensi dell'art. 29 TUE, con modalità uniformi nei vari Stati europei, per creare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che costituisce obiettivo dell'Unione in base all'art. 2 TUE.

Ci soffermeremo su quest'atto in maniera particolarmente approfondita, poiché esso sarà oggetto di particolare riflessione nel nono capitolo, in cui ci occuperemo in generale delle problematiche connesse al rispetto dei principi penalistici da parte degli strumenti internazionali a connotazione penalistica che contengono obblighi di tutela penale.

Come abbiamo ricordato nel primo capitolo, a seguito della Conferenza mondiale di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali del 1996 e dello sconcerto che aveva suscitato, a metà degli anni Novanta, la vicenda belga del cd. "mostro di Marcinelle", si era assistito a una *straordinaria mobilitazione da parte di tutte le istituzioni dell'Unione europea*, allo scopo di mettere a punto una strategia integrata di lotta all'abuso e allo sfruttamento sessuale dei minori.

Il *Parlamento europeo* aveva dunque adottato numerose disposizioni a tutela dell'infanzia, tra le quali meritano di essere ricordate la *Risoluzione del 19 settembre 1996 sui minorenni vittime di violenza*, con la quale esso dichiarava «la lotta allo sfruttamento sessuale dei fanciulli una priorità

⁹³L'art. 5, rubricato "Sanzioni applicabili alle persone giuridiche", prevede invece che «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché alla persona giuridica ritenuta responsabile ai sensi dell'articolo 4 siano applicabili sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, che comprendano ammende penali o non penali e che possano comprendere anche altre sanzioni quali:

- a) misure di esclusione dal godimento di un beneficio o aiuto pubblico; oppure
- b) misure di divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale; oppure
- c) assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; oppure
- d) provvedimenti giudiziari di scioglimento; oppure
- e) chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato».

assoluta per tutti gli Stati, ai cui sforzi deve unirsi l'Unione europea», e la *Risoluzione su misure per la protezione dei minori nell'Unione europea*, adottata il 12 dicembre dello stesso anno, con la quale evidenziava la necessità di pervenire quanto prima all'adozione di azioni comuni in base all'art. K.3 § 2 lett. b) TUE, condannava la pornografia infantile indipendentemente dal fatto che la stessa presupponga «riprese di scene reali o rielaborazioni virtuali», invitava gli Stati membri a introdurre nelle loro legislazioni disposizioni volte a incriminare la produzione e il possesso di materiale pedopornografico e chiedeva infine al Consiglio di adottare proposte che consentano di «prevenire e di lottare contro la diffusione di messaggi a carattere pedofilo su *Internet*».

Proprio a seguito dell'invito mosso dal Parlamento europeo con le citate Risoluzioni, il 27 febbraio 1997 il *Consiglio dell'Unione europea* adottava, ai sensi dell'art. K.3 TUE, la già citata azione comune 97/154/GAI per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, la quale – pur facendo salve le definizioni più specifiche eventualmente presenti nelle legislazioni nazionali – definiva in particolare il concetto di sfruttamento sessuale dei bambini, identificato con uno dei seguenti comportamenti:

- a) incitare o costringere il bambino a dedicarsi a un'attività sessuale illegale;
- b) sfruttare il bambino a fini di prostituzione o di altre pratiche sessuali illegali;
- c) sfruttare il bambino ai fini della produzione di spettacoli o di materiali a carattere pornografico, compresi la produzione, la vendita e la distribuzione o altre forme di traffico, nonché il possesso di tale materiale.

Per quel che concerne l'oggetto della nostra trattazione, è importante sottolineare come già l'azione comune richiedesse agli Stati membri di qualificare come reato *tanto lo sfruttamento quanto l'abuso di minori, anche nella forma tentata e concorsuale*, e così pure di far sì che le persone giuridiche potessero essere ritenute responsabili di tale reato perpetrato per loro conto, secondo modalità da definire nel diritto interno. Si incoraggiavano, inoltre, nella misura più ampia possibile la cooperazione giudiziaria e lo scambio di informazioni sui minori scomparsi e sulle persone condannate per i reati contemplati nell'azione comune, e si raccomandava che le informazioni utili alle indagini e ai procedimenti giudiziari concernenti i suddetti reati fossero conservate in modo da poter essere efficacemente utilizzate e trasmesse agli altri Stati membri.

Proprio in questo filone si inseriva l'azione della *Commissione europea*, che nel 1999, in collaborazione con ENCPAT (acronimo di *End Child Prostitution, Pornography and Trafficking*) avviava in cinque Paesi europei, tra cui l'Italia, un progetto pilota per la creazione di *hotline*, al fine di monitorare la pornografia infantile su internet, e nell'ottobre 1999 si faceva promotrice, insieme al governo statunitense e a quello austriaco, di una Conferenza internazionale sulla pornografia infantile che riuniva i rappresentanti dei governi, delle aziende che operavano su internet, delle organizzazioni internazionali,

delle hotline e delle ONG, la quale si concludeva con l'indicazione di nuovi obiettivi e azioni comuni.

E veniamo dunque alla decisione-quadro 2004/68/GAI, che costituisce l'oggetto specifico del presente paragrafo e che si inserisce nel solco già tracciato dalla poc'anzi menzionata azione comune 97/154/GAI. Sebbene la proposta iniziale della Commissione risalisse al gennaio 2001, essa è stata approvata definitivamente solo il 22 dicembre 2003.

L'obiettivo che le istituzioni europee intendevano perseguire con tale atto era, da un lato, quello di superare le divergenze esistenti tra le impostazioni giuridiche dei vari Stati membri, dall'altro quello di rafforzare la cooperazione giudiziaria⁹⁴.

Passiamo finalmente all'esame dell'articolato.

L'art. 1 adotta una definizione di pedopornografia che per un verso ricalca quella del *Protocollo facoltativo alla Convenzione di New York*, ad essa precedente di appena due anni, e per altro verso va ad arricchire dal punto di vista contenutistico la rappresentazione sessuale del minore a prescindere dal fine lucrativo attraverso l'introduzione del termine «lasciva», senza tuttavia fornire al legislatore – a detta della dottrina prevalente – sicuri canoni interpretativi⁹⁵.

Ai sensi dei detta norma, infatti, per pornografia minorile si intende il «materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente:

- i) un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica; o
- ii) una persona reale che sembra essere un bambino implicata o coinvolta nella suddetta condotta di cui al punto i); o
- iii) immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta».

Come il lettore avrà certamente notato, il legislatore comunitario ha fatto propria l'*equiparazione dei concetti di pornografia apparente* (art. 1 lett. b punto ii) e *pornografia virtuale* (art. 1 lett. b punto iii) a quello

⁹⁴Cfr. sul punto M. LUPO, *I reati sessuali sui minori a seguito delle leggi di riforma in materia. La nuova disciplina sulla pedopornografia alla luce della legge 38/2006: disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia a mezzo internet*, in A. MANNA – S. LORUSSO (a cura di), *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Milano, 2007, p. 25.

⁹⁵In questo senso A. FORZA, *La pedopornografia*, cit., pp. 481 ss.; e così pure G. COCCO, *Nota a Cass. pen., sez. III, sent. 22 marzo 2010, n. 10981*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2073, a parere del quale «occorre riempire di significato il concetto di esibizione lasciva, laddove l'aggettivo non può certamente riferirsi agli effetti sul fruitore, (...) ma alle modalità di esibizione, che possano in quanto tali concretamente turbare il corretto sviluppo psico-fisico del minore».

di *pornografia minorile reale* che, come abbiamo visto nel primo capitolo, costituiva uno dei tratti distintivi della *Convenzione sul cybercrime* adottata a Budapest, nell'ambito del Consiglio d'Europa, l'8 novembre 2001 ed entrata in vigore il 1° luglio 2004: e ciò in ragione dell'esigenza – europea prima ancora che nazionale – di “tenere il passo” rispetto agli ultimi progressi della criminalità informatica, dal momento che attraverso l'utilizzo dei *software* di ultima generazione è ormai possibile la creazione di materiale pornografico raffigurante soggetti solo apparentemente o virtualmente minorenni⁹⁶.

È bene rilevare, tuttavia, come al fine di controbilanciare il rigore punitivo che caratterizza la decisione-quadro in parola, siano state introdotte all'art. 1 lett. b) tre *cause di esclusione della punibilità* che gli Stati membri possono riservarsi di inserire, e che consistono nelle seguenti condotte:

- a) quella di cui all'art. 1 lett. b) punto ii), nel caso in cui la persona sembri essere un bambino ma avesse in realtà un'età almeno pari ai diciotto anni al momento in cui è stata ritratta (cd. *pornografia apparente*);
- b) quella di cui all'art. 1 lett. b) punti i) e ii), laddove le immagini di bambini che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale siano prodotte e detenute con il loro consenso e unicamente a loro uso privato; con la precisazione, tuttavia, che anche laddove sia stata stabilita l'esistenza del consenso, lo stesso non possa essere considerato valido se l'autore del reato l'ha ottenuto avvalendosi della propria superiorità in termini di età, maturità, stato sociale, posizione ed esperienza, ovvero abusando dello stato di dipendenza della vittima dall'autore;
- c) quella di cui all'art. 1, lett. b), punto iii), qualora sia dimostrato che si tratta di produzione e possesso unicamente a uso privato, purché per la produzione del suddetto materiale non sia stato utilizzato il materiale pornografico di cui all'art. 1 lett. b) punti i) e ii), e purché l'atto non comporti rischi quanto alla diffusione del materiale suddetto.

Nello stesso senso opera anche l'art. 5 § 4 della decisione quadro, il quale prevede che nell'ipotesi di *pornografia totalmente virtuale* – e dunque nel caso in cui si tratti di materiale pornografico raffigurante immagini di bambini inesistenti – gli Stati possano applicare *sanzioni o misure di carattere non penale*.

Un simile approccio dimostra la complessità del problema: se da un lato, infatti, è molto forte l'esigenza di prevenire e reprimere qualunque tipo di condotta che possa, direttamente, indirettamente o anche solo virtualmente porre in pericolo l'integrità fisio-psichica del minore, dall'altro si ravvisa

⁹⁶Si può infatti distorcere una semplice fotografia trasformandone il contenuto da innocuo a indecente combinando immagini innocenti con altre oscene, oppure riproducendo ex novo il corpo di un fanciullo impegnato in pratiche sessuali. Cfr. sul punto F. DI LUCIANO, *Lineamenti critici del reato di pedopornografia virtuale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2627.

la necessità di evitare un'eccessiva anticipazione della tutela penale, per garantire altri diritti e principi costituzionali (nel linguaggio della dottrina italiana, in particolare, quello di *offensività*). Si tratta di aspetti sui quali torneremo nell'ultimo capitolo⁹⁷.

3.7 Il via libera agli obblighi di criminalizzazione di primo pilastro: gli interventi della Corte di giustizia del 2005 e del 2007

Si è detto in precedenza che l'assenza, nel Trattato sulla Comunità europea, di una base giuridica idonea a legittimare l'intervento della medesima in materia penale aveva a lungo sostenuto la convinzione che agli strumenti normativi di primo pilastro fosse preclusa la possibilità di porre richieste di penalizzazione esplicite all'indirizzo dei Parlamenti nazionali.

È d'obbligo rilevare, per inciso, come autorevoli commentatori fossero giunti a conclusioni diverse *almeno per quel che concerneva la tutela degli interessi finanziari* della Comunità, rispetto alla quale l'art. 209 A TCE nella versione di Maastricht prima e l'art. 280 TCE nella versione di Amsterdam poi testimoniavano l'esistenza di una competenza comunitaria in materia penale⁹⁸.

⁹⁷La portata innovativa della decisione-quadro 2004/68/GAI ha reso urgente l'esigenza di un profondo intervento di riforma dei reati introdotti con la l. 269 del 1009 ad opera del legislatore italiano; intervento che è consistito nell'emanazione della l. 38 del 2006, il cui tratto distintivo principale è rappresentato proprio da *un ulteriore arretramento della soglia della rilevanza penale* rispetto a quanto stabilito dalla legge del 1998.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio l'intervento legislativo, per l'analisi del quale si rinvia a M. LUPO, *I reati sessuali sui minori*, cit., p. 36 e ad A. PECCIOLI, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 935 ss.

Bisogna peraltro rilevare, per inciso, come la disciplina italiana in tema di pedopornografia prevista dalla l. n. 269 del 1998 e dalla l. n. 38 del 2006 non appaia del tutto conforme a quella sovranazionale, e in particolare a quella dettata dalla decisione-quadro in commento: in primo luogo perché il legislatore ha mancato di introdurre un'espressa definizione di pornografia, lasciando così all'interprete il compito di effettuare un'interpretazione dei reati che contemplano questo concetto che si mostri conforme alle fonti sovranazionali; in secondo luogo perché non v'è traccia delle cause di non punibilità contemplate tanto dalla decisione-quadro quanto dalla Convenzione sul *cybercrime* (ovverosia le ipotesi in cui le immagini di minori che abbiano già raggiunto l'età del consenso sessuale siano prodotte e detenute con il loro consenso ed unicamente a uso privato e quelle in cui il produttore di materiale pedopornografico sia, a sua volta, un minore che abbia già compiuto i 13 anni, e la differenza tra i due non sia superiore a tre anni), ciò che avrebbe evitato che la cd. pornografia intima o privata fosse oggetto di intrusione da parte del diritto penale; e, infine, perché la semplice visione di materiale illecito online, anch'essa idonea ad alimentare lo sfruttamento sessuale dei minori, rimane del tutto impunita.

⁹⁸Cfr. sul punto G. GRASSO, *Il Corpus Juris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, cit., p. 19, il quale sottolinea come anche la Convenzione PIF e i suoi Protocolli fossero stati adottati sulla base dell'art. K.3 TUE, e non sulla base

Questa posizione, nondimeno, è stata definitivamente superata solo di recente dalla Corte di giustizia, con due fondamentali sentenze del settembre 2005 e dell'ottobre 2007⁹⁹.

Nella *prima* delle pronunce ora citate¹⁰⁰, la Corte ha accolto il ricorso per annullamento proposto dalla Commissione contro la decisione-quadro 2003/80/GAI in tema di tutela penale dell'ambiente, che prevedeva obblighi di penalizzazione del tutto analoghi a quelli già contenuti nella proposta di direttiva presentata nel marzo 2001. La tesi avanzata dalla Commissione e dal parlamento europeo era che, in tal modo, si sarebbe demandato agli strumenti normativi di terzo pilastro l'intervento su materie, come l'ambiente, che certamente rientravano tra quelle di competenza della Comunità.

La Corte ha accolto tale impostazione, rilevando che, seppure «in linea di principio la legislazione penale, come del resto le norme di procedura penale, non è di competenza della Comunità» (punto 47), «quest'ultima constatazione non osta tuttavia a che il legislatore comunitario, ove l'applicazione di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive, ad opera delle autorità nazionali competenti, costituisca una misura indispensabile per contrastare violazioni ambientali gravi, possa adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente» (punto 48). Di conseguenza, essa ha annullato gli artt. 1-7 della suddetta decisione-quadro, che «in ragione tanto delle loro finalità quanto del loro contenuto», avendo «ad oggetto principale la protezione dell'ambiente [...] avrebbero potuto validamente essere adottati sul fondamento dell'articolo 175 TCE» (punto 51).

Come è stato rilevato immediatamente dopo la pronuncia in esame – anche dalla Commissione, nell'importante *Comunicazione* del 23 novembre 2005¹⁰¹ – i principi statuiti in quell'occasione dalla Corte di Giustizia *travalicano ampiamente la materia ambientale*, potendosi applicare nella loro interezza anche alle altre politiche comuni e alle quattro libertà (di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali).

Guardando allora alla portata generale del *dictum* dei giudici di Lus-

dell'art. 209 A TCE.

⁹⁹Come sottolinea G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2308, le conclusioni della Corte di Giustizia nelle sentenze in esame, che hanno di fatto anticipato le previsioni del Trattato di Lisbona, hanno aperto una fase nuova dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto penale.

Cfr. sul punto D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit. pp. 39-40.

¹⁰⁰*Commissione e Parlamento c. Consiglio*, sent. 13 settembre 2005 (causa C-176/03), in relazione alla quale cfr. G. MANNOZZI – F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, pp. 899 ss.

¹⁰¹*Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio COM(2005) 583 in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio)*, adottata a Bruxelles il 23 novembre 2005.

semburgo, è possibile affermare in sintesi che, in assenza di una espressa attribuzione di competenze penali alla Comunità, l'azione di quest'ultima in materia penale deve trovare fondamento in una *competenza implicita*, connessa con una specifica base giuridica: l'adozione di sanzioni penali è dunque possibile, nell'ambito del primo pilastro, *solo su base settoriale*, e solo nella misura in cui le stesse si mostrino *necessarie a garantire la piena efficacia di una politica comunitaria o l'effettiva garanzia di una libertà*.

Di qui, la seguente ripartizione delle competenze penali tra il primo e il terzo pilastro:

- a) rientrano nel *primo pilastro* le disposizioni penali necessarie all'effettiva attuazione del diritto comunitario: non vi è più bisogno di ricorrere, dunque, al meccanismo cd. del doppio testo (*id est*, direttiva o regolamento cui si affianca una decisione-quadro);
- b) le disposizioni orizzontali di diritto penale volte a favorire la cooperazione giudiziaria e di polizia e le misure di armonizzazione del diritto penale in sede di creazione dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia *che non presentino connessioni con l'attuazione delle politiche o delle libertà fondamentali comunitarie* ricadono nel terzo pilastro.

È opportuno notare, da ultimo, che nella sentenza del 2005 la Corte non ha ravvisato ragioni ostative alla determinazione, da parte del legislatore comunitario, anche della natura e del regime delle sanzioni penali; ciò che, invece, è stato espressamente negato dai giudici di Lussemburgo nella successiva pronuncia del 2007.

Prima di passare all'analisi di quest'ultima, vale forse la pena di soffermarsi brevemente sulle conseguenze che la Commissione traeva, nella già menzionata Comunicazione del 23 novembre 2005, dalla sentenza della Corte di Giustizia di due mesi appena precedente.

L'organo esecutivo dell'Unione rilevava, in primo luogo, come numerose decisioni quadro contenenti obblighi di penalizzazione fossero state adottate *in forza di una base giuridica errata*, e proponeva pertanto di procedere a un riesame degli strumenti normativi vigenti per ripristinare la base giuridica corretta, in ossequio al principio della certezza del diritto. Si proponeva, invece, di rettificare le proposte pendenti sulla base della ripartizione delle competenze penali fra primo e terzo pilastro delineata dalla Corte di Giustizia.

In secondo luogo, essa decideva di proporre ricorso per annullamento avverso la decisione-quadro 2005/667/GAI del Consiglio del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, essendo in quel caso ancora pendenti i termini per la proposizione del medesimo.

Si trattava, appunto, del ricorso che avrebbe dato l'abbrivio al procedimento conclusosi con la sentenza *Commissione c. Consiglio* dell'ottobre 2007¹⁰².

La Commissione sosteneva in quella sede che, alla luce della precedente sentenza della Corte, la suddetta decisione-quadro – che introduceva l'obbligo per i legislatori nazionali di prevedere sanzioni penali per la violazione delle prescrizioni contenute nella direttiva 2005/35/CE, in tema di inquinamento navale – violava la ripartizione di competenze tra primo e terzo pilastro stabilita dall'art. 47 TUE, dal momento che l'art. 80 co. 2 TCE attribuiva alle istituzioni comunitarie la competenza ad introdurre le misure opportune per migliorare la sicurezza della navigazione marittima e aerea.

La grande sezione della Corte – pronunciandosi sul ricorso di annullamento proposto dalla Commissione – accoglieva la tesi di quest'ultima, rilevando come gli obblighi di penalizzazione funzionali al rafforzamento dell'efficacia delle norme di sicurezza dei trasporti marittimi avrebbero potuto (e dovuto) essere adottati mediante un atto di primo pilastro, sulla base del citato art. 80 co. 2 TCE (punto 60).

Essa ribadiva, dunque, l'*approccio funzionalistico* adottato in occasione della precedente sentenza del settembre 2005, escludendo tuttavia che il legislatore comunitario potesse spingersi sino ad individuare il tipo e l'entità della sanzione penale che gli Stati membri avrebbero dovuto adottare: «per quanto riguarda invece la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili» – statuivano infatti in quell'occasione i giudici di Lussemburgo – «occorre evidenziare che questa non rientra nella competenza della Comunità, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione» (punto 70). E poiché, nella decisione-quadro 2005/667/GAI, le norme che fondavano l'obbligo di criminalizzazione erano inscindibilmente legate a quelle che determinavano le tipologie e i livelli di pena, la Corte la annullava per intero.

3.8 La quarta fase (2005-2009): dal via libera agli obblighi di criminalizzazione di terzo pilastro all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

I *dicta* della Corte di Lussemburgo hanno dunque aperto nuove possibilità per il legislatore europeo, che – com'era ragionevole attendersi - non ha esitato a far uso della competenza penale accessoria di primo pilastro finalmente riconosciutagli in via pretoria.

Nei paragrafi seguenti provvederemo, dunque, ad analizzare gli strumenti di primo pilastro a connotazione penalistica adottati nel periodo compreso tra le sentenze appena citate e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (che ha sostanzialmente confermato l'impostazione della Corte di Lussemburgo,

¹⁰² *Commissione c. Consiglio*, sent. 23 ottobre 2007 (causa C-440/05), per la sintetica analisi della quale cfr. la sintesi di P. CHIARAVIGLIO in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 352.

abolendo però, al contempo, la distinzione in pilastri: sicché mentre le direttive che andremo ora ad esaminare recano ancora la sigla CE, che indica sinteticamente il primo pilastro, quelle adottate post-Lisbona recano invece la sigla UE, a significare che tale distinzione è stata superata).

Anche in quest'occasione procederemo secondo un ordine rigorosamente cronologico.

3.8.1 La direttiva 2008/99/CE in materia di tutela penale dell'ambiente

La *direttiva 2008/99/CE in materia di tutela penale dell'ambiente* si apre con una nutrita serie di considerando, che per buona parte si prefiggono di esplicitare le ragioni per le quali la richiesta di sanzioni penali è necessaria per garantire l'effettiva attuazione della politica comunitaria in materia di ambiente, che trova fondamento nell'art. 174 § 2 TCE¹⁰³.

Di primaria importanza è il *terzo considerando*, nel quale si legge che «l'esperienza dimostra che i sistemi sanzionatori vigenti non sono sufficienti per garantire la piena osservanza della normativa in materia di tutela dell'ambiente», e che «tale osservanza può e dovrebbe essere rafforzata mediante la disponibilità di sanzioni penali, che sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile»: la direttiva pare dunque implicitamente enfatizzare l'effetto di prevenzione generale positiva della sanzione penale, che attraverso una più accentuata stigmatizzazione del comportamento vietato sarebbe maggiormente in grado di orientare il comportamento dei consociati.

Assai rilevante è anche il *quarto considerando*, che da un punto di vista più pragmatico mette in luce come «l'introduzione di regole comuni sui reati consente di usare efficaci metodi d'indagine e di assistenza, all'interno di uno Stato membro o tra diversi Stati membri»: le misure di armonizzazione in materia di diritto penale sostanziale parrebbero assumere almeno in parte, dunque, carattere servente rispetto alle esigenze della cooperazione giudiziaria, garantendo in particolare che autorità omogenee si interfaccino tra loro.

Il quattordicesimo considerando precisa che la direttiva, in ottemperanza al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 TUE, «si limita a quanto è

¹⁰³Cfr. sul punto A.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99 CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, p. 458 ss.; C. L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it; V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 918 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 232 ss.; C. PERINI, *La direttiva 2008/99/CE come fattore di armonizzazione e rinnovamento del lessico penalistico in materia di tutela dell'ambiente*, Relazione al convegno *Giuristi, lingua ed Unione Europea: la circolazione dei concetti in un mondo multilingua*, Como, 14 luglio 2011 (dattiloscritto in corso di pubblicazione).

In generale, sulle politiche dell'Unione nella materia ambientale, cfr. F. STORELLI, *Diritto penale comunitario*, cit., pp. 98 ss.

necessario» per conseguire l'obiettivo di una più efficace tutela dell'ambiente, che «non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri»; ciò non osta, nondimeno, alla possibilità – espressamente contemplata dal dodicesimo considerando – che gli Stati «membri mantengano in vigore o adottino misure più stringenti», purché le stesse siano compatibili con il Trattato. Si esplicita, dunque, che la direttiva detta soltanto uno *standard minimo di tutela*, che potrà naturalmente essere innalzato dagli Stati membri laddove gli stessi lo ritengano opportuno¹⁰⁴.

Venendo ora al testo della direttiva, merita senz'altro menzione l'art. 3, che pone in capo agli Stati membri l'obbligo di attribuire rilevanza penale ad un'ampia serie di condotte minuziosamente descritte (che vanno dallo scarico di sostanze inquinanti, alla produzione di sostanze nucleari, all'uccisione di animali appartenenti a specie protette) laddove le stesse «siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza»¹⁰⁵; il

¹⁰⁴Si rimanda in proposito alla perspicua analisi di M. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (Note a margine del d. lgs. n. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in corso di pubblicazione in *Riv. giur. ambiente*.

¹⁰⁵Pare opportuno riportare il testo dell'art. 3:

«Ciascuno Stato membro si adopera affinché le seguenti attività, qualora siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza, costituiscano reati:

- a) lo scarico, l'emissione o l'immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora;
- b) la raccolta, il trasporto, il recupero o lo smaltimento di rifiuti, comprese la sorveglianza di tali operazioni e il controllo dei siti di smaltimento successivo alla loro chiusura nonché l'attività effettuata in quanto commerciante o intermediario (gestione dei rifiuti), che provochi o possa provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora;
- c) la spedizione di rifiuti, qualora tale attività rientri nell'ambito dell'articolo 2, paragrafo 335, del regolamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativo alle spedizioni di rifiuti (1), e sia effettuata in quantità non trascurabile in un'unica spedizione o in più spedizioni che risultino fra di loro connesse;
- d) l'esercizio di un impianto in cui sono svolte attività pericolose o nelle quali siano depositate o utilizzate sostanze o preparazioni pericolose che provochi o possa provocare, all'esterno dell'impianto, il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora;
- e) la produzione, la lavorazione, il trattamento, l'uso, la conservazione, il deposito, il trasporto, l'importazione, l'esportazione e lo smaltimento di materiali nucleari o di altre sostanze radioattive pericolose che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora;
- f) l'uccisione, la distruzione, il possesso o il prelievo di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette, salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile

successivo art. 4, invece, attrae nell'area della punibilità il favoreggiamento e l'istigazione a commettere intenzionalmente tali attività.

Sul fronte sanzionatorio, l'art. 5 ribadisce la necessità che i reati di cui agli articoli precedenti vengano puniti con *sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive*.

Ampio spazio è dedicato, poi, alla *responsabilità delle persone giuridiche*, che ai sensi dell'art. 6 – indipendentemente dall'avvio di un'azione penale nei confronti delle persone fisiche che abbiano commesso il reato in prima persona o ne siano state complici – dovranno essere chiamate a rispondere dei reati ambientali commessi a loro vantaggio da un soggetto in posizione apicale o da un sottoposto, sempreché, in quest'ultimo caso, sia imputabile ad un soggetto apicale una carenza di sorveglianza o di controllo¹⁰⁶.

L'art. 7 vincola gli Stati firmatari ad adottare le misure necessarie affinché esse siano «passibili di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive», evitando dunque di etichettare le stesse tout court come “penali”¹⁰⁷.

di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie;

- g) il commercio di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette o di parti di esse o di prodotti derivati, salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie;
- h) qualsiasi azione che provochi il significativo deterioramento di un habitat all'interno di un sito protetto;
- i) la produzione, l'importazione, l'esportazione, l'immissione sul mercato o l'uso di sostanze che riducono lo strato di ozono».

¹⁰⁶Recita infatti l'art. 6 che «Gli Stati membri provvedono affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili dei reati di cui agli articoli 3 e 4 quando siano stati commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica, individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, in virtù:

- a) del potere di rappresentanza della persona giuridica;
- b) del potere di prendere decisioni per conto della persona giuridica; o
- c) del potere di esercitare un controllo in seno alla persona giuridica.

2. Gli Stati membri provvedono altresì affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di un soggetto di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la commissione di un reato di cui agli articoli 3 e 4 a vantaggio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità.

3. La responsabilità delle persone giuridiche ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude l'azione penale nei confronti delle persone fisiche che siano autori, incitatori o complici dei reati di cui agli articoli 3 e 4».

¹⁰⁷Il legislatore italiano ha dato attuazione a questa direttiva e a quella di cui parleremo nel paragrafo successivo con il d. lgs. n. 121 del 2011. In relazione a tale intervento normativo si rimanda alle considerazioni di L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva europea*, cit.; C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, 2011,

3.8.2 La direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi

Presenta significativi punti di contatto con quella ora esaminata anche la *direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi*, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio per colmare il vuoto normativo conseguente alla sentenza *Commissione c. Consiglio* dell'ottobre 2007.

Nei vari considerando che precedono il testo della direttiva sono infatti esplicitati i riferimenti al principio di sussidiarietà, all'importanza di un approccio comune sul piano sostanziale per facilitare la cooperazione giudiziaria e di polizia e alla maggiore efficacia generalpreventiva delle sanzioni penali rispetto a quelle di carattere amministrativo¹⁰⁸: nel terzo, in particolare, si legge che «le sanzioni penali, che indicano una disapprovazione sociale qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative, rafforzano il rispetto della normativa in vigore sull'inquinamento provocato dalle navi e dovrebbero rivelarsi sufficientemente severe da scoraggiare i potenziali inquinatori dal commettere qualsiasi violazione».

Nel nono e nel decimo considerando, invece, si afferma il principio per certi versi innovativo secondo cui *i cd. casi "di minore gravità" possono in linea di principio rimanere esenti da pena*, salvo che gli stessi presentino un carattere seriale (che, cioè, «si verifichino ripetutamente e provo[chi]no, non singolarmente bensì nel loro insieme, un deterioramento della qualità dell'acqua»)¹⁰⁹.

Passando ora all'analisi dell'articolato, l'art. 4 della direttiva prevede che gli scarichi di sostanze inquinanti effettuati dalle navi «siano considerati violazioni se effettuati intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave», ritenendo dunque sufficiente sul piano soggettivo la sussistenza del *dolo eventuale* o della *colpa grave*.

Il successivo art. 5 individua – attraverso una *complicata serie di rinvii* – una serie di casi in cui lo scarico di sostanze inquinanti non integra una

in www.penalecontemporaneo.it; A. MADEO, *Un recepimento solo parziale della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 9, p. 1055 ss.

Sulla legge delega cfr. altresì A. L. VERGINE, *Rossi di vergogna, anzi paonazzi... leggendo la legge comunitaria 2009*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2011, p. 132 ss.; nonché E. LO MONTE, *Uno sguardo sullo Schema di Legge Delega per la riforma dei reati in materia di ambiente: nuovi «orchestrali» per vecchi «spartiti»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, p. 54 ss.

¹⁰⁸Convincimento, questo, espresso nel terzo considerando, dove si legge che «Le sanzioni penali, che indicano una disapprovazione sociale qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative, rafforzano il rispetto della normativa in vigore sull'inquinamento provocato dalle navi e dovrebbero rivelarsi sufficientemente severe da scoraggiare i potenziali inquinatori dal commettere qualsiasi violazione».

¹⁰⁹Il nono considerando afferma, infatti, che «Non è necessario che i casi meno gravi di scarico illecito di sostanze inquinanti, effettuato dalle navi che non provocano un deterioramento della qualità dell'acqua, siano considerati reati», con ciò apparentemente non ostando alla previsione, da parte del legislatore nazionale, di sanzioni penali volte a colpire i casi di minore gravità anche laddove gli stessi non presentino carattere seriale.

violazione ai sensi dell'art. 4¹¹⁰, mentre l'art. 5 *bis* impone che le condotte che assurgono a violazione in base agli artt. 4 e 5 siano considerate reati, salvo che per i casi di minore gravità «qualora l'atto commesso non provochi un deterioramento della qualità dell'acqua»¹¹¹.

Il § 3 estende poi l'obbligo di penalizzazione ai «casi di minore entità che si verificano ripetutamente e che provocano, non singolarmente bensì nel loro insieme, un deterioramento della qualità dell'acqua» purché gli stessi siano commessi intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave.

Ai sensi dell'art. 5 *ter*, l'istigazione, il favoreggiamento e il concorso debbono rientrare nell'area del penalmente rilevante soltanto laddove abbiano ad oggetto le condotte non qualificabili come casi di minore entità (l'istigazione soltanto laddove gli atti di cui all'art. 5 *bis* siano intenzionali)¹¹², mentre l'art. 8 effettua il consueto richiamo alla necessità che i suddetti reati siano puniti con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive.

Infine, l'art. 8 *bis* richiede che venga affermata la responsabilità anche delle persone giuridiche, laddove sussistano le stesse condizioni che già abbiamo richiamato analizzando il testo della direttiva 2008/99/CE, e che qualora le stesse siano ritenute responsabili vengano punite con sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

3.8.3 La direttiva 2009/52/CE 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

Nell'ambito degli interventi di armonizzazione di primo pilastro merita un cenno, infine, la *direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009, 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*.

¹¹⁰Pare opportuno riportare il testo dell'art. 5: «1. Lo scarico di sostanze inquinanti in una delle aree di cui all'articolo 3, paragrafo 1, non è considerato una violazione se soddisfa le condizioni di cui all'allegato I, norme 15, 34, 4.1 o 4.3, o all'allegato II, norme 13, 3.1.1 o 3.1.3, della convenzione Marpol 73/78. 2. Lo scarico di sostanze inquinanti nelle aree di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere c), d) ed e), non è considerato una violazione da parte del proprietario, del comandante o dell'equipaggio se soddisfa le condizioni di cui all'allegato I, norma 4.2, o all'allegato II, norma 3.1.2, della convenzione Marpol 73/78.»

¹¹¹Recita infatti l'art. 5 *bis*: «Gli Stati membri provvedono affinché le violazioni ai sensi degli articoli 4 e 5 siano considerate reati.

2. Il paragrafo 1 non si applica ai casi di minore entità qualora l'atto commesso non provochi un deterioramento della qualità dell'acqua.

3. I casi di minore entità che si verificano ripetutamente e che provocano, non singolarmente bensì nel loro insieme, un deterioramento della qualità dell'acqua sono considerati reati se sono commessi intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave».

¹¹²Questo il testo della norma: «Gli Stati membri provvedono affinché l'istigazione a commettere gli atti intenzionali di cui all'articolo 5 bis, paragrafi 1 e 3, o il favoreggiamento e il concorso nel commetterli siano punibili come reati.»

L'imposizione di obblighi di criminalizzazione di determinate condotte è, come vedremo tra breve, *strettamente funzionale all'effettiva attuazione della politica comunitaria della regolazione dei flussi migratori*¹¹³.

Ai sensi dell'art. 9, gli Stati membri si impegnano a prevedere come reato la violazione intenzionale del divieto di assunzione illegale sancito dall'art. 3¹¹⁴ nel caso in cui – alternativamente – la violazione prosegua o sia reiterata in modo persistente, riguardi l'impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, sia accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento, sia commessa da un datore di lavoro che ricorre al lavoro o ai servizi di un cittadino di un paese terzo nella consapevolezza che esso è vittima della tratta di esseri umani o, infine, riguardi l'assunzione illegale di un minore.

Il § 2 di detta norma estende poi l'obbligo di incriminazione all'istigazione, al favoreggiamento e alla complicità a commettere intenzionalmente i suddetti atti.

Sul fronte sanzionatorio, merita menzione l'art. 10 § 2, a norma del quale «a meno che ciò non sia precluso dai principi generali del diritto, le sanzioni penali di cui al presente articolo possono essere applicate ai sensi della legislazione nazionale fatte salve altre sanzioni o misure di natura non penale, e possono essere accompagnate dalla pubblicazione della decisione giudiziaria pertinente al caso». Si ammette dunque espressamente la possibilità di un *cumulo di sanzioni* sul piano civile, amministrativo, disciplinare e penale, così come pure la possibilità che la pena principale sia accompagnata dalla pubblicazione della sentenza di condanna (che nel nostro ordinamento sarebbe configurabile quale pena accessoria).

Similmente, l'art. 12 – posto a chiusura di un gruppo di norme che disciplinano la responsabilità delle persone giuridiche per i reati commessi a loro vantaggio da soggetti in posizione apicale o da sottoposti, qualora sia ravvisabile in questo secondo caso un *deficit* di controllo – dispone che «gli Stati membri possono decidere di rendere pubblico un elenco di datori di lavoro aventi personalità giuridica e dichiarati responsabili del reato di cui all'articolo 9».

¹¹³Recita infatti il secondo considerando che «Un fattore fondamentale di richiamo dell'immigrazione illegale nell'Unione europea è la possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo status giuridico richiesto. È quindi opportuno che l'azione contro l'immigrazione e il soggiorno illegali comporti misure per contrastare tale fattore di richiamo».

¹¹⁴Così recita l'art. 3, rubricato «*Divieto di assunzione illegale*»:

«1. Gli Stati membri vietano l'assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

2. Alla violazione di tale divieto si applicano le sanzioni e i provvedimenti previsti dalla presente direttiva.

3. Uno Stato membro può decidere di non applicare il divieto di cui al paragrafo 1 ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare e il cui allontanamento è stato differito e che sono autorizzati a lavorare conformemente alla legislazione nazionale».

Tanto per le persone fisiche quanto per le persone giuridiche, poi, l'art. 7 prevede la possibilità che il datore di lavoro che viene meno al divieto di assunzione illegale, anche nei casi in cui tale violazione non sostituisce reato, sia assoggettato a sanzioni interdittive, puntualmente individuate dal legislatore europeo nei loro contenuti¹¹⁵; *sanzioni interdittive che* – per inciso – *si affiancano ad altre sanzioni di carattere finanziario* (tra cui il pagamento dei costi di rimpatrio dei cittadini stranieri assunti illegalmente) e *civilistico* (tra cui il pagamento delle retribuzioni arretrate).

Meritano un cenno, infine, l'art. 13, che prefigura l'istituzione di meccanismi volti a garantire ai cittadini di Paesi terzi che siano stati assunti illegalmente la possibilità di sporgere denuncia nei confronti dei loro datori da lavoro¹¹⁶ e l'art. 14, che impone agli Stati membri di effettuare un numero

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 7

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché un datore di lavoro sia anche soggetto, se del caso, ai seguenti provvedimenti:

- a) esclusione dal beneficio di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, compresi i fondi dell'Unione europea gestiti dagli Stati membri, per un periodo fino a cinque anni;
- b) esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici definiti nella direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, per un periodo fino a cinque anni;
- c) rimborso di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, inclusi fondi dell'Unione europea gestiti dagli Stati membri, concessi al datore di lavoro fino a dodici mesi prima della constatazione dell'assunzione illegale;
- d) chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti in cui ha avuto luogo la violazione, o ritiro temporaneo o permanente della licenza d'esercizio dell'attività economica in questione, se giustificata dalla gravità della violazione.

2. Gli Stati membri possono decidere di non applicare il paragrafo 1 laddove i datori di lavoro siano persone fisiche e l'impiego sia a fini privati».

¹¹⁶ Ai sensi di detto articolo: «1. Gli Stati membri provvedono affinché siano disponibili meccanismi efficaci per consentire ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente di presentare denuncia nei confronti dei loro datori di lavoro, sia direttamente sia attraverso terzi designati dagli Stati membri, quali sindacati o altre associazioni o un'autorità competente dello Stato membro, qualora previsto dalla legislazione nazionale.

2. Gli Stati membri provvedono affinché i terzi aventi, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, un interesse legittimo a garantire che la presente direttiva sia rispettata possano, per conto o a sostegno di un cittadino di un paese terzo assunto illegalmente, e con il suo consenso, avviare tutte le procedure amministrative o civili previste ai fini dell'applicazione della presente direttiva.

3. L'assistenza fornita ai cittadini dei paesi terzi per presentare denuncia non è considerata favoreggiamento di soggiorno illegale ai sensi della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

4. Per quanto riguarda il reato di cui all'articolo 9, paragrafo 1, lettere c) o e), gli Stati membri definiscono ai sensi della legislazione nazionale le condizioni alle quali possono essere concessi, caso per caso, permessi di soggiorno di durata limitata, commisurata a quella dei relativi procedimenti nazionali, ai cittadini di paesi terzi implicati, con modalità comparabili

congruo di ispezioni all'anno e di comunicarne i risultati alla Commissione¹¹⁷.

Nell'impianto della direttiva 2009/52/CE, dunque, l'attivazione dei meccanismi della giustizia penale è limitata ai casi di maggiore gravità, e presenta pertanto *carattere selettivo*. Essa si legittima, nondimeno, in quanto – come si legge nel ventunesimo considerando – «l'esperienza ha mostrato che *i sistemi di sanzioni esistenti si sono rivelati insufficienti* per garantire il pieno rispetto dei divieti di assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, fra l'altro, probabilmente, perché le sole sanzioni amministrative non sono un deterrente abbastanza forte per certi datori di lavoro senza scrupoli».

3.9 Le competenze penali dell'Unione europea previste dal Trattato di Lisbona

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia nelle sentenze del settembre 2005 e dell'ottobre 2007 hanno in buona misura anticipato le novità introdotte dal *Trattato di Lisbona*, che per la prima volta ha sancito una *espressa competenza dell'Unione europea in materia penale*¹¹⁸.

Prima di passare all'analisi delle norme che più direttamente interessano la materia penale, pare opportuno soffermarsi brevemente sulle importanti conseguenze dell'*abolizione della distinzione in pilastri*, una delle più rilevanti modifiche di carattere generale apportate dal Trattato di Lisbona; conseguenze che – come è stato condivisibilmente affermato in dottrina – possono definirsi rivoluzionarie¹¹⁹.

a quelle applicabili ai cittadini di paesi terzi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/81/CE».

¹¹⁷Ai sensi dell'art. 14:

«1. Gli Stati membri garantiscono che siano effettuate ispezioni efficaci e adeguate sul loro territorio ai fini del controllo dell'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Tali ispezioni si basano anzitutto su una valutazione dei rischi effettuata dalle autorità competenti degli Stati membri.

2. Al fine di rendere più efficaci le ispezioni, gli Stati membri, sulla base di una valutazione dei rischi, identificano periodicamente i settori di attività in cui si concentra nel loro territorio l'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Relativamente a ciascuno di tali settori, gli Stati membri, entro il 1 o luglio di ogni anno, notificano alla Commissione il numero di ispezioni effettuate l'anno precedente, espresso come numero assoluto e come percentuale dei datori di lavoro in ciascun settore, e ne riferiscono i risultati».

¹¹⁸Cfr. sul punto G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2316., e M. PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea*, in S. Vinciguerra - F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, pp. 673 ss.

¹¹⁹Così G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2317, il quale evidenzia anche che, a seguito della "comunitarizzazione" dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, le disposizioni adottate nell'ambito dell'*ex* terzo pilastro sono ora sottoposte al *principio di preminenza*, il quale – pure in assenza di una previsione esplicita – continua a regolare i rapporti tra diritto dell'Unione e diritto nazionale: in caso di

L'area dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia è anzitutto *soggetta al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia* sulla base dei criteri ordinari: vengono meno, dunque, le consistenti limitazioni imposte dal Trattato di Amsterdam, che avevano dato luogo a un *deficit* giurisdizionale dell'Unione¹²⁰.

Inoltre, il procedimento legislativo da seguire per l'approvazione degli strumenti normativi dell'*ex* terzo pilastro è quello ordinario, che vede la tendenziale pariordinazione del Parlamento europeo al Consiglio e richiede il voto a maggioranza (e non più all'unanimità) in seno a quest'ultimo.

Perde significato, infine, la ripartizione delle competenze penali fra primo e terzo pilastro delineata dalla Corte in esito all'*actio finium regundorum* effettuata nelle sentenze del 2005 e del 2007, anche se – come vedremo – il primo e il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE rispettivamente ricalcano, in buona sostanza, quelle che prima del Trattato di Lisbona erano le competenze penali rispettivamente di terzo e di primo pilastro.

3.9.1 Le coordinate dell'intervento dell'Unione in materia penale delineate dall'art. 83 TFUE

La norma cardine ai fini della nostra analisi è rappresentata dall'art. 83 TFUE, che sviluppa notevolmente quanto statuito dall'art. 31 TUE (nella versione precedente al Trattato di Lisbona)¹²¹.

Il primo paragrafo dell'art. 83 TFUE prevede la possibilità che il Parlamento e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possano stabilire «*norme minime* relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in *sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale* derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni»; sfere di criminalità elencate nell'elenco tassativo del secondo alinea, che possono tuttavia essere ampliate mediante una decisione adottata all'unanimità dal Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo.

contrasto non superabile in via interpretativa tra una norma interna e una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile, i giudici interni saranno dunque tenuti a disapplicare la disposizione nazionale, dando contestualmente applicazione a quella di fonte UE.

È da rilevare, tuttavia, come questa importante ricaduta non riguardi le direttive (che, come vedremo, sono gli strumenti chiamati a veicolare le misure di armonizzazione in materia di diritto penale sostanziale): essa potrebbe invece riguardare i regolamenti comunitari che, ai sensi degli artt. 86 § 1 e/o 325 § 4 TFUE, introducessero fattispecie penali comuni, direttamente operative in tutti gli Stati membri. Si tratta, tuttavia, di uno scenario solo futuribile.

¹²⁰Cfr. ancora G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2318, e l'ulteriore bibliografia ivi citata.

¹²¹L'art. 31 co. 1 lett. e) TUE ricomprendeva nell'area della cooperazione giudiziaria in materia penale «la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti». Il testo integrale della norma è riportato alla nota

La circostanza che il ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali sia funzionale al contrasto della criminalità grave di rilevanza transnazionale e che i cd. *Euro crimes* siano stati in passato oggetto di convenzioni, azioni comuni e decisioni-quadro rivelano come la previsione in esame sistematizzi quelle che, prima del Trattato di Lisbona, erano le *competenze penali di terzo pilastro* dell'UE¹²².

Il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE prevede invece che, sempre attraverso il ricorso a direttive, possano essere introdotte «*norme minime* relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» laddove il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari nazionali si riveli «*indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione* in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione»¹²³: è evidente la continuità con le misure di armonizzazione adottate nell'ambito dell'*ex* primo pilastro, sulla base delle indicazioni rese dalla Corte di Giustizia nelle sentenze del settembre 2005 e dell'ottobre 2007¹²⁴.

Vi è, in dottrina, chi ritiene di poter denominare questa seconda forma di competenza penale indiretta dell'Unione come "accessoria", dal momento che – pur essendo la stessa «disancorata dalle esigenze di cooperazione di polizia e giudiziaria» al pari di quella di cui al § 1 -, da un lato, essa non è «espressiva del "nucleo duro" della politica criminale europea, il quale dovrebbe verosimilmente concernere l'azione di contrasto alle manifestazioni criminali a carattere transnazionale» e, dall'altro, «le "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni" svolgerebbero una funzione di completamento (...) riguardo alle rispettive misure extrapenali di armonizzazione, consentendo che nei rispettivi settori normativi il processo di ravvicinamento investa anche il versante sanzionatorio»¹²⁵.

Altri preferisce parlare, invece di competenze "originarie" dell'UE a proposito di quelle delineate dal primo paragrafo dell'art. 83 TFUE e di competenze "derivate" – in quanto funzionali al perseguimento di uno scopo previsto dai Trattati – per quelle di cui al secondo paragrafo di detta norma¹²⁶.

Esaurita l'analisi dei § 1 e 2 dell'art. 83 TFUE, occorre spendere ora qualche sintetica considerazione a proposito dell'espressione "norme minime",

¹²²Cfr. sul punto L. DE MATTEIS, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia dopo il Trattato di Lisbona: profili penalistici (Incontro di formazione per i magistrati organizzato dal CSM e tenutosi a Roma il 28 settembre 2011)*, § IV.

¹²³Sintetizza efficacemente A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., p. 4, che la competenza penale indiretta prevista dall'art. 83 § 2 TFUE «mira a garantire l'*effetto utile* dei precetti di fonte comunitaria, e al contempo ad impedire che taluni Paesi dell'Unione – in assenza di adeguate misure punitive nazionali volte a colpire le più gravi violazioni di tali precetti – si trasformino in veri e propri "paradisi criminali" capaci di vanificare l'opera di prevenzione penale svolta dagli altri Paesi UE».

¹²⁴Cfr. sul punto anche L. DE MATTEIS, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, cit., § IV.

¹²⁵Così A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., p. 5.

¹²⁶Così L. DE MATTEIS, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, cit., IV.

ripetuta in entrambi.

Si è condivisibilmente osservato che la stessa – ripresa dal già citato art. 31 TUE nella versione precedente al Trattato di Lisbona – vuole evidentemente configurare l'intervento dell'Unione in materia penale «in termini ridotti e limitati»¹²⁷ (in ossequio al cd. *principio di armonizzazione minima*), senza tuttavia fornire «parametri chiari e vincolanti quanto al livello di incisività e di dettaglio concesso alla normativa europea»¹²⁸.

La formulazione inequivoca della norma in esame consente di escludere che i limiti all'azione di armonizzazione riguardino i *profili sanzionatori*: un importante profilo di discontinuità rispetto alla più volte citata sentenza dell'ottobre 2007 è dato, infatti, dalla previsione della possibilità, per il legislatore europeo, di esprimere indicazioni vincolanti per i Parlamenti nazionali *anche in merito alla tipologia e all'entità delle sanzioni*; e ciò in base alla considerazione che l'obiettivo di volta in volta perseguito potrebbe, in effetti, essere frustrato da un'eccessiva disparità di livelli sanzionatori, pur in presenza di una comune opzione di penalizzazione di determinate condotte¹²⁹.

La disposizione pare allora escludere soltanto «un intervento di tipo “orizzontale” sulla parte generale, un intervento cioè sganciato dalle singole materie indicate nell'art. 83»¹³⁰: il legislatore europeo potrà dunque adottare misure di armonizzazione che incidano su istituti di parte generale; ma esse dovranno necessariamente avere carattere settoriale, e presentare uno stretto legame con la materia oggetto dell'intervento.

Una simile interpretazione si era, peraltro, già fatta strada a proposito dell'art. 31 TUE – ovvero sia la norma che costituisce l'antecedente più prossimo dell'art. 83 TFUE – la quale aveva ad esempio fornito la base giuridica per l'azione di armonizzazione in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche¹³¹.

È d'obbligo analizzare brevemente, infine, la *procedura delineata dall'art. 83 co. 3 TFUE*, ai sensi del quale «qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 *incida su aspetti fondamentali del suo ordinamento giuridico penale*, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione»: in tal caso, la procedura legislativa ordinaria viene sospesa, e se il Consiglio europeo non si pronuncia nel termine di quattro mesi, un terzo degli Stati membri possono chiedere di istituire

¹²⁷Cfr. ancora G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2331.

¹²⁸R. SICURELLA, *La tutela “mediata”*, in G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 385.

¹²⁹Cfr. ancora G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2331.

¹³⁰Così, G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2331.

¹³¹Cfr. ancora G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2331.

una cooperazione rafforzata (senza necessità di approvazione da parte del Consiglio, che si considera concessa)¹³².

3.9.2 La competenza penale “diretta” dell’Unione in tema di protezione degli interessi finanziari prefigurata dall’art. 86 TFUE

L’art. 86 TFUE prefigura l’*istituzione, a partire da Eurojust, di una Procura europea* «competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione»¹³³.

Perché ciò accada, è necessaria l’*emanazione di un regolamento* secondo una procedura legislativa speciale, che richiede l’unanimità in seno al Consiglio e l’approvazione del Parlamento europeo. Il regolamento istitutivo della Procura europea dovrebbe, altresì, *definire i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione* (recita infatti il § 1 dell’art. 86 TFUE che la Procura europea sarebbe «competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, *quali definiti nel Regolamento previsto nel paragrafo 1*»): di qui – a detta di parte della

¹³²L’art. 83 § 3 attribuisce in sostanza a ciascuno Stato membro un potere di veto rispetto alle iniziative di armonizzazione in materia di diritto penale sostanziale; potere di veto che, nondimeno, è controbilanciato dalla previsione di modalità più “snelle” per l’attivazione di una cooperazione rafforzata.

La dottrina ha rilevato come, da un lato, il “freno di emergenza” di cui all’art. 83 § 3 TFUE sia farraginoso e stravolga il procedimento legislativo ordinario, e, dall’altro, come il ricorso alla cooperazione rafforzata non si mostri efficace, perché l’introduzione di norme penali che siano funzionali a garantire l’attuazione di una politica dell’Unione ha senso solo se coinvolge tutti gli Stati membri, e non solo alcuni di essi: così C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione Europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 1156. In senso conforme, G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2332.

Siamo dell’avviso che la possibilità che gli Stati membri facciano effettivamente ricorso a tali strumenti sia peregrina, ma che la mera “minaccia” dell’attivazione del freno di emergenza e/o dell’avvio di una cooperazione rafforzata possa avere una qualche utilità in fase di negoziazione, nella misura in cui solleciti la ricerca di soluzioni quanto più possibile condivise e rispettose del punto di vista di ciascuno Stato membro, e in particolar modo dei più riluttanti all’adozione di una disciplina penale su una data materia (aspetti, questi, su cui torneremo nell’ultimo capitolo).

Per altro verso, nondimeno, essa potrebbe dare l’abbrivio ad una ricerca di compromessi al ribasso: in nome dell’unanimità nelle decisioni di politica criminale (un’unanimità più di facciata che di sostanza, per vero), le istituzioni europee potrebbero infatti cedere ai veti incrociati degli Stati, introducendo atti meno incisivi rispetto alla proposta di partenza (ad esempio perché ricchi di clausole di esclusione della punibilità, di obblighi di criminalizzazione condizionati e di meri inviti a criminalizzare determinate condotte)

¹³³Come è stato rilevato in dottrina, il Trattato di Lisbona ha in sostanza raccolto una delle proposte più significative contenute nel progetto del “*Corpus Juris*”, poi confluita nel progetto di Costituzione per l’Europa (nel quale, tuttavia, la competenza della Procura europea era estesa anche alla «lotta alla criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale»).

dottrina – l’attribuzione al legislatore europeo di una *competenza penale “diretta”*, sia pur circoscritta a una specifica materia¹³⁴.

Tale conclusione non appare, per vero, pacifica. Alcuni tra i più autorevoli commentatori concordano nel ritenere, ad esempio, che una simile attribuzione – definita addirittura «“eversiva” degli attuali rapporti tra diritto dell’Unione Europea e diritto penale»¹³⁵ – dovrebbe fondarsi su una base giuridica assai più solida dell’attuale art. 86 TFUE¹³⁶.

Vi sarebbe, poi, un ostacolo di tipo linguistico: confermerebbe infatti la carica di ambiguità insita nella norma in commento la circostanza che, nelle versioni francese e spagnola del Trattato, il participio passato “definiti” si può riferirsi solo agli interessi finanziari, e non ai reati lesivi di questi ultimi, perché in francese e spagnolo il termine “reato” è di genere femminile¹³⁷; e poiché tutte le versioni linguistiche hanno identico valore giuridico – e, aggiungiamo noi, l’art. 33 co. 4 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati afferma che quando un trattato è autenticato in più lingue «si presume che i termini [in esso impiegati] abbiano lo stesso significato nei diversi testi autentici» – è ragionevole ritenere che il suddetto regolamento non potrebbe spingersi a configurare le fattispecie di reato lesive degli interessi finanziari dell’Unione, ma dovrebbe limitarsi esclusivamente a individuare gli interessi “meritevoli” e “bisognosi” di tutela penale¹³⁸.

3.9.3 La competenza di cui all’art. 325 § 4 TFUE ad adottare misure (anche di carattere penale) a tutela degli interessi finanziari dell’Unione

La considerazione esposta al termine del paragrafo precedente è in qualche modo rafforzata se si prende in esame la disposizione di cui all’art. 325 § 4 TFUE, a norma della quale «il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte

¹³⁴Così, ad es., 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 prospettive di attuazione*, Padova, 2004, p. 80.

¹³⁵Così, letteralmente, G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2345, il quale sostiene altresì che nel panorama europeo il termine “definire” – impiegato all’art. 86 TFUE – non fa riferimento alla descrizione di una fattispecie, ma alla mera indicazione del nomen iuris attribuito a certe condotte. In questo senso anche R. SICURELLA, *La tutela “mediata”*, in G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni*, cit., p. 392.

¹³⁶Sostengono questa tesi G. Grasso, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2345, e C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p.

¹³⁷Così C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 1163-1164. In senso adesivo anche G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2345.

¹³⁸Le recenti prese di posizione della Commissione sul tema della protezione degli interessi finanziari di cui si dirà fra breve, nondimeno, fanno apparire tutt’altro che inverosimile l’ipotesi che le istituzioni comunitarie possano esercitare nel prossimo futuro una simile competenza, in qualche modo forzando la lettera dell’art. 86 TFUE.

dei Conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi, organismi dell'Unione».

La portata della stessa è – come quella dell'art. 86 TFUE, cui è idealmente collegata – alquanto controversa.

Secondo alcuni commentatori, l'art. 325 TFUE rappresenterebbe «una specifica “base giuridica” per la creazione di un diritto penale europeo posto a presidio degli interessi finanziari comuni, immediatamente operativo quanto a norme (e sanzioni) di diritto penale sostanziale, alla stregua di quelle delineate nel *Corpus Juris*»¹³⁹.

Più prudentemente, altri ritengono che l'ambiguità della disposizione – che non legittima *expressis verbis* un intervento diretto delle istituzioni europee in materia penale – le impedirebbe di giocare un simile ruolo: l'art. 325 TFUE si limiterebbe dunque a consentire l'armonizzazione delle disposizioni penali degli Stati membri in tema di protezione degli interessi finanziari dell'Unione anche al di fuori dei limiti posti dall'art. 83 § 2 TFUE. Non sarebbe, dunque, necessaria la comprovata “indispensabilità” dell'intervento ai fini di assicurare l'efficace attuazione di una politica dell'Unione; e, per altro verso, esso potrebbe spingersi oltre la fissazione di “regole minime”¹⁴⁰ venendo ad esempio ad incidere in maniera più significativa su istituti della parte generale del diritto penale. Laddove – com'è verosimile che accada, al di là della bontà degli argomenti a supporto della tesi opposta – fosse la prima di queste due linee interpretative ad imporsi nella prassi, il Consiglio e il Parlamento europeo potrebbero spingersi fino al punto di approvare *regolamenti* contenenti fattispecie penali a tutela degli interessi finanziari dell'Unione, come tali immediatamente applicabili negli Stati membri¹⁴¹.

¹³⁹Così L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000*, cit., pp. 85-86.

¹⁴⁰In questo senso G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., p. 2347.

¹⁴¹Volendo azzardare una previsione, è anzi ragionevole ritenere che sarà proprio la norma in commento – che prevede l'adozione della procedura legislativa ordinaria, nella quale è sufficiente il raggiungimento della maggioranza dei voti in seno al consiglio – a legittimare i primi interventi diretti delle istituzioni comunitarie in materia penale. Tanto più che – a differenza dell'art. 86 TFUE, che ricollega l'intervento sulle disposizioni sostanziali all'istituzione della Procura europea – l'art. 325 TFUE è una disposizione immediatamente operativa.

3.9.4 Le coordinate dell'intervento dell'Unione in materia di procedura penale dettate dall'art. 82 TFUE

Non possiamo, infine, non gettare un rapido sguardo all'art. 82 TFUE¹⁴², che costituisce la norma cardine in materia di procedura penale e detta le coordinate dell'intervento dell'Unione in quest'ambito.

Rispetto al testo del vecchio art. 31 TUE, vigente prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, «la differenza più evidente è il riferimento al principio del “riconoscimento reciproco” quale base fondante del sistema di circolazione delle sentenze e delle altre decisioni giudiziarie»¹⁴³.

¹⁴²Recita l'art. 82 TFUE: «1. La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a:

- a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria;
- b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri;
- c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari;
- d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni.

2. Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Esse riguardano:

- a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri;
- b) i diritti della persona nella procedura penale;
- c) i diritti delle vittime della criminalità;
- d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

L'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone.

3. Qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata».

¹⁴³Così L. DE MATTEIS, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, cit., § III.

Il primo ambito di competenza dell'Unione riguarda proprio gli strumenti idonei a permettere il riconoscimento delle decisioni giudiziarie in uno Stato membro diverso da quello nel quale sono state pronunciate (§ 1 lett. a).

Il successivo § 2, in particolare, fonda la competenza dell'Unione a dettare «norme minime» al fine di riavvicinare le legislazioni processuali, così da aumentare il tasso di fiducia reciproca tra gli Stati membri e di conseguenza facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle altre decisioni giudiziarie¹⁴⁴.

Tre le aree di intervento specificamente individuate dalla norma: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità.

Si tratta, peraltro, di un *elenco non tassativo*, poiché il § 2 lett. d) dà la possibilità di estendere il riavvicinamento ad ulteriori settori della procedura penale¹⁴⁵.

A tale competenza si aggiungono quelle a dettare norme volte a facilitare la cooperazione giudiziaria tra le autorità dei diversi Stati membri, tanto nel corso del procedimento penale quanto nell'esecuzione delle decisioni (lett. d), a prevenire e a risolvere i conflitti di giurisdizione tra Stati membri (lett. b) e così pure a «sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari» (lett. c).

3.10 La quinta fase (2009-2011): dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ai giorni nostri

Ed è giunto il momento di analizzare rapidamente i due strumenti a connotazione penalistica finora adottati sulla base dell'art. 83 TFUE, che significativamente affrontano entrambi il tema della tutela delle vittime vulnerabili: la direttiva 2011/36/UE in tema di tratta di esseri umani dello scorso 5 aprile 2011, e la recentissima direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011.

3.10.1 La direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime

La direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, adottata in base agli artt. 82 § 2 e 83 § 1 TFUE, costituisce il primo atto normativo contenente obblighi

¹⁴⁴Cfr. ancora L. DE MATTEIS, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, cit., § III B.

¹⁴⁵Cfr. L. DE MATTEIS, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, cit., § III B.

di penalizzazione successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁴⁶. Essa viene, pertanto, a sostituire la decisione-quadro 2002/629/GAI sulla stessa materia (che a sua volta, come abbiamo ricordato in precedenza, aveva sostituito un'azione comune avente ad oggetto sia la tratta che lo sfruttamento sessuale dei minori).

L'art. 2 della direttiva individua in modo estremamente dettagliato le *condotte* che devono essere assoggettate a repressione penale¹⁴⁷: la discrezionalità del legislatore statale risulta dunque impregiudicata solo verso l'alto, tanto nei casi più gravi quanto in quelli meno gravi (fermo restando, ovviamente, il limite implicito del rispetto del principio di proporzione)¹⁴⁸.

Il terzo paragrafo della norma dispone, inoltre, che la pena debba essere più grave laddove il fatto venga commesso *da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni*, introducendo dunque un'apposita circostanza aggravante.

Non si specifica, nondimeno, a quanto debba ammontare l'aggravamento di pena, forse perché un simile intervento avrebbe travalicato il limite della natura minimale dell'intervento del legislatore europeo ai sensi dell'art. 83 TFUE, dal momento che in molti ordinamenti penali sono previste norme di parte generale che fissano in linea generale l'aumento di pena conseguente all'applicazione di una circostanza aggravante.

Assai più sviluppata rispetto alla decisione-quadro 2002/629/GAI è, poi, l'attenzione alle vittime del reato di tratta.

¹⁴⁶Per un'analisi sintetica ma efficace dei contenuti della direttiva, si rinvia a R. SICURELLA, *Prosegue l'azione dell'Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴⁷Pare opportuno riportare il testo integrale della norma, rubricata "Reati relativi alla tratta di esseri umani":

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili i seguenti atti dolosi: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento.

2. Per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima.

3. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi.

4. Il consenso della vittima della tratta di esseri umani allo sfruttamento, programmato o effettivo, è irrilevante in presenza di uno dei mezzi indicati al paragrafo 1.

5. La condotta di cui al paragrafo 1, qualora coinvolga minori, è punita come reato di tratta di esseri umani anche in assenza di uno dei mezzi indicati al paragrafo 1.

6. Ai fini della presente direttiva per «minore» si intende la persona di età inferiore ai diciotto anni».

¹⁴⁸Notevole, peraltro, l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i casi più gravi (da otto anni a dieci anni di reclusione).

L'art. 8¹⁴⁹ prevede, anzitutto, che gli Stati membri debbano prendere le misure necessarie per consentire che le stesse non siano soggette a persecuzione penale né a sanzioni di carattere penale per le «attività criminali che sono state costrette a compiere come conseguenza diretta di uno degli atti di cui all'articolo 2», introducendo dunque un preciso obbligo di non perseguire e di non punire i soggetti che si trovino in tali condizioni.

L'art. 9¹⁵⁰ richiede, poi, che il procedimento penale per tratta possa continuare anche qualora la vittima ritratti una propria precedente dichiarazione (§ 1); che vengano adottate le misure necessarie perché i reati di cui agli artt. 2 e 3 «possano essere perseguiti per un congruo periodo di tempo dopo che la vittima ha raggiunto la maggiore età» (§ 2); e che gli appartenenti ai corpi di polizia incaricati di eseguire le indagini ricevano la formazione necessaria (§ 3) per individuare le vittime effettive o potenziali della tratta e per occuparsene¹⁵¹.

Ancora, l'art. 11 individua le misure di assistenza e sostegno che devono essere assicurate alle vittime della tratta «prima, durante e per un congruo periodo di tempo successivamente alla conclusione del procedimento penale» indipendentemente dal fatto che le vittime medesime abbiano manifestato o meno la volontà di collaborare nelle indagini penali, nel procedimento giudiziario o nel processo¹⁵².

¹⁴⁹La norma – rubricata “*Mancato esercizio dell'azione penale o mancata applicazione di sanzioni penali alle vittime*” – prevede che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente ai principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici, per conferire alle autorità nazionali competenti il potere di non perseguire né imporre sanzioni penali alle vittime della tratta di esseri umani coinvolte in attività criminali che sono state costrette a compiere come conseguenza diretta di uno degli atti di cui all'articolo 2».

¹⁵⁰Questo il testo dell'art. 9: «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le indagini o l'azione penale relative ai reati di cui agli articoli 2 e 3 non siano subordinate alla querela, alla denuncia o all'accusa formulate da una vittima e il procedimento penale possa continuare anche se la vittima ritratta una propria dichiarazione.

2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, qualora richiesto dalla natura dell'atto, i reati di cui agli articoli 2 e 3 possano essere perseguiti per un congruo periodo di tempo dopo che la vittima ha raggiunto la maggiore età.

3. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le persone, le unità o i servizi incaricati delle indagini o dell'azione penale per i reati di cui agli articoli 2 e 3 ricevano la formazione necessaria.

4. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le persone, le unità o i servizi incaricati delle indagini o dell'azione penale per i reati di cui agli articoli 2 e 3 dispongano di strumenti investigativi efficaci, quali quelli utilizzati contro la criminalità organizzata o altri reati gravi».

¹⁵¹Cfr. altresì il venticinquesimo considerando.

¹⁵²Recita l'art. 11, rubricato “*Assistenza e sostegno alle vittime della tratta di esseri umani*” che:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le vittime ricevano assistenza e sostegno prima, durante e per un congruo periodo di tempo successivamente alla conclusione del procedimento penale, per permettere loro di esercitare i diritti sanciti dalla decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio e dalla presente direttiva.

2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché una persona riceva assistenza

3.10.2 La direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile

Il secondo strumento a connotazione penalistica adottato nel periodo post-Lisbona è la *direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, e che sostituisce la *decisione quadro 2004/68/GAI*¹⁵³.

Essa aggiorna significativamente l'apparato di norme in materia di diritto sostanziale, criminalizzando in particolare le condotte dell'adescamento dei minori su internet e il turismo sessuale a danno di minori, sulla scorta di quanto già effettuato nell'ambito del Consiglio d'Europa dalla Convenzione adottata il 25 ottobre 2007 a Lanzarote (il cui *iter* di ratifica è ancora in corso), la quale si segnala come un importante punto di riferimento in materia perché:

a) è il primo atto internazionale, sia pur a vocazione regionale, ad includere tra gli illeciti sessuali oggetto di specifici obblighi di criminalizzazione

e sostegno non appena le autorità competenti abbiano un ragionevole motivo di ritenere che nei suoi confronti sia stato compiuto uno dei reati di cui agli articoli 2 e 3.

3. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché l'assistenza e il sostegno alla vittima non siano subordinati alla volontà di quest'ultima di collaborare nelle indagini penali, nel procedimento giudiziario o nel processo, fatte salve la direttiva 2004/81/CE o norme nazionali analoghe.

4. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per predisporre adeguati meccanismi di rapida identificazione, di assistenza e di sostegno delle vittime, in cooperazione con le pertinenti organizzazioni di sostegno.

5. Le misure di assistenza e sostegno di cui ai paragrafi 1 e 2 sono fornite su base consensuale e informata e prevedono almeno standard di vita in grado di garantire la sussistenza delle vittime, fornendo loro un alloggio adeguato e sicuro e assistenza materiale, nonché le cure mediche necessarie, compresi l'assistenza psicologica, la consulenza e le informazioni e, se necessario, i servizi di traduzione ed interpretariato.

6. Le informazioni di cui al paragrafo 5 riguardano, se del caso, informazioni sul periodo di riflessione e ristabilimento ai sensi della direttiva 2004/81/CE e informazioni sulla possibilità di concedere protezione internazionale ai sensi della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (1) e della direttiva 2005/85/CE del Consiglio, del 1 o dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato (2) o di altri strumenti internazionali o disposizioni nazionali analoghe.

7. Gli Stati membri tengono conto delle esigenze specifiche delle vittime, derivanti in particolare dall'eventuale stato di gravidanza, dallo stato di salute, da eventuali disabilità, disturbi mentali o psicologici, o dalla sottoposizione a gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale».

¹⁵³Per l'analisi della proposta di direttiva, dalla quale la versione finale non si è significativamente discostata, si rinvia alla sintesi di A. VERRI, *Il testo approvato dal Parlamento europeo della nuova direttiva sugli abusi sessuali contro i minori e la pedopornografia*, in www.penalecontemporaneo.it.

tutte le diverse forme di abuso sessuale commesse con violenza, costrizione o minaccia in danno dei bambini: e dunque non solo gli abusi sessuali (art. 18), la prostituzione infantile (art. 19), la pedopornografia (art. 20), la partecipazione forzata di bambini e adolescenti a spettacoli pornografici (artt. 20 e 21), ma anche il cd. *grooming* (o «*solicitation of children for sexual purposes*»), ovvero la manipolazione psicologica dei minori per scopi sessuali, analiticamente definita all'art. 23¹⁵⁴;

- b) essa ha sollecitato l'introduzione di organismi nazionali di monitoraggio dei suddetti fenomeni, che si facciano carico di raccogliere i dati ad essi relativi, e così pure l'istituzione di fondi speciali con finalità di prevenzione e assistenza alle vittime dei reati di abuso sessuale (sul modello del già esistente art. 17 della legge italiana n. 269 del 1998).

A tale Convenzione si allinea, ora, la normativa della “piccola Europa”, proprio con la direttiva in commento.

Tra le disposizioni più significative figura l'art. 2 lett. b), che definisce l'«età del consenso sessuale» come quella «al di sotto della quale è vietato compiere atti sessuali con un minore ai sensi della normativa nazionale»: si tratta, dunque, di una *definizione aperta*, che evita di impegnare gli Stati su questa delicata questione.

Gli artt. 3, 4, 5 e 6 avanzano una richiesta di penalizzazione, rispettiva-

¹⁵⁴Il testo integrale della Convenzione in lingua inglese è consultabile sul sito del Ministero per le pari opportunità, all'indirizzo www.pariopportunita.gov.it.

mente, dei reati di abuso sessuale¹⁵⁵, dei reati di sfruttamento sessuale¹⁵⁶,

¹⁵⁵Recita l'art. 3:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punite le condotte intenzionali di cui ai paragrafi da 2 a 6.

2. Chiunque, per scopi sessuali, induce un minore, che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, ad assistere anche senza partecipare ad atti sessuali, è punito con una pena detentiva massima di almeno un anno.

3. Chiunque, per scopi sessuali, induce un minore, che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, ad assistere anche senza partecipare ad abusi sessuali è punito con una pena detentiva massima di almeno due anni.

4. Chiunque compie atti sessuali con un minore che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale è punito con una pena detentiva massima di almeno cinque anni. 5. Chiunque compie atti sessuali con un minore, e a tal fine:

i) abusa di una posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza sul minore, è punito con una pena detentiva massima di almeno otto anni, se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno tre anni, se il minore ha raggiunto tale età;

ii) abusa della situazione di particolare vulnerabilità del minore, dovuta soprattutto a disabilità fisica o psichica o a uno stato di dipendenza, è punito con pena detentiva massima di almeno otto anni, se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno tre anni, se il minore ha raggiunto tale età; oppure

iii) fa uso di coercizione, forza o minaccia, è punito con una pena detentiva massima di almeno dieci anni, se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno cinque anni se il minore ha raggiunto tale età.

6. Chiunque costringe, con l'uso di violenza o minaccia, un minore a compiere atti sessuali con un terzo è punito con una pena detentiva massima di almeno dieci anni, se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno cinque anni se il minore ha raggiunto tale età».

¹⁵⁶Recita l'art. 4:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punite le condotte intenzionali di cui ai paragrafi da 2 a 7.

2. Chiunque induce un minore a partecipare a spettacoli pornografici, ovvero lo recluta o ne trae profitto o altrimenti lo sfrutta a tali fini, è punito con una pena detentiva massima di almeno cinque anni se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno due anni se il minore ha raggiunto tale età.

3. Chiunque costringe o fa uso di violenza nei confronti di un minore affinché partecipi a spettacoli pornografici, ovvero lo minaccia a tali fini, è punito con una pena detentiva massima di almeno otto anni se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno cinque anni se il minore ha raggiunto tale età.

4. Chiunque consapevolmente assiste a spettacoli pornografici ai quali partecipano minori è punito con una pena detentiva massima di almeno due anni se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno un anno se il minore ha raggiunto tale età.

5. Chiunque induce un minore a partecipare alla prostituzione minorile, ovvero lo recluta o ne trae profitto o altrimenti lo sfrutta a tali fini, è punito con una pena detentiva massima di almeno otto anni se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno cinque anni se il minore ha raggiunto tale età.

6. Chiunque costringe o fa uso di violenza o minaccia nei confronti di un minore a fini di prostituzione minorile, è punito con una pena detentiva massima di almeno dieci anni se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno cinque anni se il minore ha raggiunto tale età.

7. Chiunque compie atti sessuali con un minore, ricorrendo alla prostituzione minorile,

dei reati di pornografia minorile¹⁵⁷ e dell'adescamento di minori¹⁵⁸ per scopi sessuali, mentre il successivo art. 7 estende come di consueto l'area della punibilità all'istigazione, al favoreggiamento e al concorso nella commissione dei reati suddetti.

Inedita è, la previsione di una sorta di *condizione obiettiva di punibilità* all'art. 6 § 1 secondo alinea, che richiede che l'adescamento su internet costituisca reato soltanto nel caso in cui la proposta dell'adulto sia stata seguita da atti materiali finalizzati all'incontro con il minore, e così pure la *causa di esclusione della punibilità* in senso stretto di cui all'art. 14, il quale chiede agli Stati membri di adottare, conformemente ai loro ordinamenti giuridici, «le misure necessarie per conferire alle autorità nazionali competenti il potere di non perseguire, né imporre sanzioni penali, alle vittime minorenni

è punito con una pena detentiva massima di almeno cinque anni se il minore non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, e con una pena detentiva massima di almeno due anni se il minore ha raggiunto tale età. »

¹⁵⁷Dispone l'art. 5:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punite le condotte intenzionali, allorché non giustificate, di cui ai paragrafi da 2 a 6.

2. L'acquisto o il possesso di materiale pedopornografico è punito con una pena detentiva massima di almeno un anno.

3. L'accesso consapevole, a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a materiale pedopornografico è punito con una pena detentiva massima di almeno un anno.

4. La distribuzione, la diffusione o la trasmissione di materiale pedopornografico è punita con una pena detentiva massima di almeno due anni.

5. L'offerta, la fornitura o la messa a disposizione di materiale pedopornografico è punita con una pena detentiva massima di almeno due anni.

6. La produzione di materiale pedopornografico è punita con una pena detentiva massima di almeno tre anni.

7. Rientra nella discrezionalità degli Stati membri decidere se il presente articolo si applichi ai casi di pornografia minorile, di cui all'articolo 2, lettera c), punto iii), qualora la persona che sembra un minore abbia avuto in realtà diciotto anni o più al momento in cui è stata ritratta.

8. Rientra nella discrezionalità degli Stati membri decidere se i paragrafi 2 e 6 del presente articolo si applichino ai casi in cui si accerti che il materiale pornografico quale definito all'articolo 2, lettera c), punto iv) è prodotto e posseduto dal produttore unicamente a uso privato, a condizione che non sia stato utilizzato ai fini della sua produzione alcun materiale pornografico di cui all'articolo 2, lettera c), punti i), ii) e iii), e purché l'attività non comporti alcun rischio di diffusione del materiale. »

¹⁵⁸Recita l'art. 6:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punita la seguente condotta intenzionale: Se un adulto propone, a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a un minore che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale di incontrarlo con l'intento di commettere i reati di cui all'articolo 3, paragrafo 4, e all'articolo 5, paragrafo 6, e ove tale proposta sia stata seguita da atti materiali finalizzati a tale incontro, il fatto è punito con una pena detentiva massima di almeno un anno.

2. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che sia punito il tentativo, per mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, di commettere i reati di cui all'articolo 5, paragrafi 2 e 3, da parte di un adulto il quale adeschi un minore che non abbia raggiunto l'età del consenso sessuale per fornire materiale pedopornografico che ritragga tale minore».

di abuso e sfruttamento sessuale coinvolte in attività criminali che sono state costrette a compiere come conseguenza diretta degli atti di cui all'articolo 4, paragrafi 2, 3, 5 e 6, nonché all'articolo 5, paragrafo 6».

Sempre nell'ottica di evitare il rischio di una *over-criminalization* si iscrive, poi, l'art. 8, il quale rimette alla discrezionalità del legislatore nazionale la decisione se criminalizzare o meno le seguenti tipologie di reati di abuso sessuale, in presenza del consenso del minore:

- a) gli «atti sessuali consensuali tra coetanei, vicini per età, grado di sviluppo e maturità psicologica e fisica, purché tali atti non comportino abusi»;
- b) gli «spettacoli pornografici che hanno luogo nell'ambito di rapporti consensuali ove il minore abbia raggiunto l'età del consenso sessuale, ovvero tra coetanei, vicini per età, grado di sviluppo o maturità psicologica e fisica, purché tali atti non comportino abusi o sfruttamento e purché non comportino dazione di somme di denaro o di altri vantaggi o utilità a titolo di pagamento per lo spettacolo pornografico»;
- c) la produzione, l'acquisto o il possesso di «materiale pedopornografico in cui sono coinvolti minori che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale nei casi in cui tale materiale è prodotto e posseduto con il consenso di tali minori e unicamente a uso privato delle persone coinvolte, purché l'atto non implichi alcun abuso».

La norma rivolge, dunque, al legislatore nazionale non un obbligo ma *un mero invito a criminalizzare* tali condotte.

La direttiva in commento è, probabilmente, non solo lo strumento di diritto dell'Unione che prevede il maggior numero di fattispecie di criminalizzazione, ma anche quello che più presta attenzione al profilo della *proporzione della pena rispetto alla gravità del fatto* (intesa come concetto ancipite, che idealmente individua il minimo e il massimo edittale): ciò è esplicitato, in particolare, nell'undicesimo considerando, in cui si legge che «poiché la presente direttiva contiene un numero eccezionalmente elevato di reati differenti e al fine di rispecchiarne i vari gradi di gravità, [essa] richiede una *differenziazione nel livello delle pene che va al di là di quanto normalmente previsto negli strumenti giuridici dell'Unione*».

Il successivo dodicesimo considerando evidenzia, poi, l'esigenza che le sanzioni adottate debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive, mentre il considerando n. 13 – rivolgendosi, ineditamente, al giudice – richiede che «la pena detentiva massima prevista dalla presente direttiva per i reati a cui essa fa riferimento» si applichi (l'inglese è «*should*», che come noto non corrisponde al nostro «dovrebbe») «almeno alle forme più gravi di tali reati».

Tutto ciò sembrerebbe in contrasto con quanto disposto dal successivo quindicesimo considerando, il quale sibillantemente recita: «La presente direttiva non crea obblighi per quanto riguarda l'applicazione di tali sanzioni, o di

altri sistemi di applicazione della legge disponibili, in casi specifici» (almeno a voler ritenere che tale formulazione alluda alle possibili definizioni alternative del procedimento, che non comportino l'irrogazione della pena).

Al giudice, oltre che al legislatore, si rivolge anche il ventunesimo considerando, il quale dispone che «Gli Stati membri dovrebbero prevedere delle circostanze aggravanti nel loro diritto nazionale in conformità con le norme stabilite dai loro ordinamenti giuridici in materia di circostanze aggravanti e dovrebbero provvedere affinché i magistrati possano avvalersene all'atto di determinare la pena, pur non avendo l'obbligo di applicarle».

Il diciassettesimo considerando, ancora, elenca talune *clausole di liceità espressa* che valgono a riempire l'espressione «allorché non giustificate» contenuta all'art. 5 § 1 (per quanto esso faccia riferimento all'espressione affine «senza diritto», e dunque vi sia un difetto di coordinamento con quest'ultima norma, probabilmente dovuto a un problema di traduzione).

Parimenti incisive, ma più in linea con modelli ormai sperimentati negli atti dell'Unione, sono anche le disposizioni in tema di sequestro e confisca (art. 11), responsabilità delle persone giuridiche (artt. 12-13), che pertanto non vale qui la pena di analizzare.

Merita un cenno, infine, l'art. 15, il quale rafforza in termini negativi l'obbligo di criminalizzazione dei reati previsti dalla direttiva inibendo l'introduzione di condizioni di procedibilità e stabilendo che le indagini in relazione ai suddetti reati debbano continuare anche laddove la vittima ritratti tali dichiarazioni.

3.11 Un quadro di sintesi

E' venuto il tempo di tracciare, sia pur solo a larghe pennate, un quadro di sintesi, evidenziando:

- le peculiarità degli obblighi di tutela penale di fonte UE nel panorama internazionale;
- le linee evolutive dei rapporti tra l'armonizzazione in materia di diritto penale sostanziale e la cooperazione giudiziaria, nel quadro normativo antecedente e successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona;
- la particolare attenzione per la tutela delle vittime dei reati nel diritto di fonte UE;
- le *rationes* del ricorso agli strumenti della giustizia penale da parte delle istituzioni europee.

3.11.1 Le peculiarità degli obblighi di tutela penale di fonte UE nel panorama internazionale

E veniamo dunque al primo dei profili ora delineati: quello delle peculiarità degli obblighi di tutela penale di fonte UE nel panorama internazionale.

E' senz'altro banale osservare, anzitutto, che gli strumenti a connotazione penalistica adottati nell'ambito dell'Unione europea siano presidiati da un sistema di *enforcement* incomparabilmente più efficace rispetto a quello proprio del diritto internazionale pattizio¹⁵⁹.

Si tratta, nondimeno, di un'osservazione della massima importanza pratica, poiché il livello di cogenza degli obblighi di tutela penale di fonte UE è estremamente più elevato rispetto a quello dei corrispondenti obblighi sanciti dal diritto internazionale pattizio: ciò che spiega il perché della frequente "stratificazione" di obblighi di contenuto pressoché identico nella medesima materia (*rectius*, della sovrapposizione di quelli di matrice "eurounitaria" a quelli emanati nell'ambito del diritto internazionale pattizio tradizionalmente inteso).

Un rilievo altrettanto scontato, ma parimenti d'importanza cruciale, è dato dalla *tipologia degli atti normativi destinati a veicolare le richieste di tutela penale*: se nel corso degli anni Novanta gli obblighi di criminalizzazione erano contenuti in Convenzioni (si pensi alla Convenzione PIF) – ovverosia, in strumenti tipici del diritto internazionale pattizio – ben presto si sono affacciati sulla scena atti del tutto sconosciuti a quest'ultimo (azioni comuni, decisioni-quadro); e – a partire dallo sdoganamento degli *input* di penalizzazione di primo pilastro ad opera della Corte di giustizia, sono ormai le stesse direttive – ossia l'atto normativo dell'Unione per eccellenza, insieme al regolamento – a convogliare gli obblighi di tutela penale.

Più in generale – se si eccettuano gli obblighi *impliciti* che possono essere desunti dalle norme dei Trattati (quali quelli enunciati dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza sul mais greco prima e in quelle del settembre 2005 e dell'ottobre 2007 poi) – l'"involucro" degli obblighi di tutela penale di fonte UE è costituito da *atti di diritto derivato dell'Unione*, che presentano *caratteristiche specifiche* rispetto ai tradizionali strumenti del diritto internazionale.

Un'altra peculiarità attiene alla *contemporanea vigenza di ciascun atto normativo* grossomodo *in tante versioni linguistiche quanti sono i Paesi membri*, mentre nel panorama del diritto internazionale classico le lingue ufficiali sono, al più, sei (arabo, cinese, francese, inglese, russo e spagnolo): il che, naturalmente, determina frequenti problemi di coordinamento tra le une e le altre, e dà spesso luogo a difficoltà interpretative.

Ancora, il sistema dell'Unione vede la *contemporanea operatività delle tre tecniche dell'assimilazione, dell'armonizzazione e della cooperazione giu-*

¹⁵⁹Si veda, in proposito, il § 8.7.1 del capitolo otto.

diziaria (mentre la prima ha, nell'ambito del diritto internazionale pattizio tradizionale, uno spazio assai più ridotto).

Infine, a differenza dei corrispondenti obblighi discendenti dai settori del diritto internazionale classico, gli obblighi di tutela penale di fonte UE si inquadrano in un (sia pur embrionale) *sistema penale* europeo, almeno nella misura in cui per «sistema penale» si intenda non «un ordinamento completo di norme che regolano il diritto sostanziale e la procedura», ma – più modestamente – «un *corpus* di norme dotate comunque di una propria coerenza interna, di un obiettivo condiviso, inserite all'interno di un quadro caratterizzato dall'esistenza di atti di «indirizzo politico» e di un meccanismo di controllo giurisdizionale»¹⁶⁰.

3.11.2 Il rapporto tra l'armonizzazione in materia di diritto penale sostanziale e la cooperazione giudiziaria

Nel quadro precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non vi era dubbio che il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di diritto penale sostanziale non rappresentasse, di per sé, uno degli obiettivi del Trattato sull'Unione, ma fosse percepito essenzialmente come *uno strumento volto a facilitare la cooperazione giudiziaria* tra gli Stati membri¹⁶¹.

Pur in presenza di qualche ambiguità, la subordinazione dell'armonizzazione del diritto sostanziale alle esigenze di cooperazione giudiziaria era resa evidente dalla formulazione e dalla stessa struttura del titolo VI del Trattato sull'Unione: quest'ultimo era intitolato molto significativamente «*Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*», mentre l'unica disposizione in materia di diritto penale – l'art. 29 – affermava esplicitamente che il ravvicinamento dovesse essere perseguito soltanto «ove necessario» e nei limiti stabiliti dal Trattato medesimo, e l'art. 31, dal canto suo, attraeva «la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti» nell'alveo degli strumenti idonei a realizzare «l'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale»¹⁶².

Non a caso, la base giuridica invocata a sostegno delle iniziative di armonizzazione e di cooperazione giudiziaria era spesso costituita, congiuntamente,

¹⁶⁰Così L. SALAZAR, *Di un sistema penale europeo (e dei suoi attori) prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 730.

¹⁶¹In questo senso D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 110.

¹⁶²Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 111.

dagli artt. 29¹⁶³ e 31¹⁶⁴ TUE, i quali evidenziavano lo *stretto nesso funzionale* esistente tra le une e le altre¹⁶⁵.

Prima del 1° dicembre 2009, in sintesi, la competenza penale dell'Unione era «prioritariamente finalizzata alle esigenze di coordinamento tra le autorità deputate a contrastare i reati»¹⁶⁶ (anche se parte della dottrina evidenziava come tale impostazione di fondo conoscesse limitate ma significative eccezioni in materia di lotta al terrorismo e alla xenofobia)¹⁶⁷.

¹⁶³Sembra opportuno riportare ancora una volta, per comodità, il testo dell'art. 29 TUE nella versione consolidata successiva alle modifiche apportate dal Trattato di Nizza:

«Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia.

Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode, mediante: - una più stretta cooperazione fra le forze di polizia, le autorità doganali e le altre autorità competenti degli Stati membri, sia direttamente che tramite l'Ufficio europeo di polizia (Europol), a norma degli articoli 30 e 32, - una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e altre autorità competenti degli Stati membri, anche tramite l'Unità europea di cooperazione giudiziaria (Eurojust), a norma degli articoli 31 e 32, - il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'articolo 31, lettera e)».

¹⁶⁴Ai sensi dell'art. 31 TUE, nella versione consolidata successiva all'entrata in vigore del Trattato di Nizza, «L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende:

- a) la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri, ove appropriato anche tramite Eurojust, in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni;
- b) la facilitazione dell'extradizione fra Stati membri;
- c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione;
- d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri;
- e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti.

Il Consiglio incoraggia la cooperazione tramite Eurojust:

- a) mettendo Eurojust in condizione di contribuire al buon coordinamento tra le autorità nazionali degli Stati membri responsabili dell'azione penale;
- b) favorendo il concorso di Eurojust alle indagini riguardanti i casi di criminalità transnazionale grave, in particolare ove si tratti di criminalità organizzata, tenendo segnatamente conto delle analisi di Europol;
- c) agevolando una stretta cooperazione fra Eurojust e la Rete giudiziaria europea, in particolare allo scopo di facilitare l'esecuzione delle rogatorie e delle domande di estradizione.

¹⁶⁵Cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., p. 2.

¹⁶⁶Così A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., p. 2.

Cfr. sul punto anche S. MANACORDA, *Introduction. L'integration pénale indirecte, une première définition*, in G. GIUDICELLI-DELAGE – S. MANACORDA, (a cura di) *L'integration pénale indirecte. Interactions entre droit pénale et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Parigi, 2005, pp. 21 ss., e L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO – R. SICURELLA, (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, pp. 395 ss.

¹⁶⁷Cfr. per tutti C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1150 e, in senso adesivo, A.

L'idea che il ravvicinamento delle disposizioni di diritto sostanziale fosse non soltanto servente rispetto alle esigenze della cooperazione giudiziaria, ma non rappresentasse neppure il principale strumento per far fronte a queste ultime, era stata inoltre affermata con particolare forza nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999, in cui il *mutuo riconoscimento* veniva eretto a "pietra angolare" della costruzione dello spazio giudiziario europeo¹⁶⁸.

Pochi anni dopo, con l'adozione della decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo, il principio del mutuo riconoscimento riceveva la sua prima e più importante concretizzazione¹⁶⁹, e si compiva definitivamente «la parabola della "proceduralizzazione" dello spazio penale europeo, cominciata circa dieci anni prima»: come scrive lucidamente Stefano Manacorda, «le fattispecie penali interne, che rappresentano il sostrato materiale del mandato, la "sponda di rimbalzo", il punto fermo lungo il quale corrono i provvedimenti restrittivi che liberamente circolano in ambito europeo, non [erano] direttamente oggetto di un intervento di razionalizzazione da parte della decisione quadro e [venivano] viceversa assunte come elemento pre-dato negli ordinamenti interni. Il nuovo strumento [operava] tra autorità giudiziarie degli Stati membri, trascurando volutamente gli assetti interni

BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., p. 2, in particolare nt. 5.

¹⁶⁸Le Conclusioni sono reperibili nella traduzione italiana sul sito ufficiale del Parlamento europeo, all'indirizzo www.europarl.europa.eu.

Pare opportuno riportare per esteso:

- il punto 33: «Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie»;

- il punto 37: « Il Consiglio europeo invita il Consiglio e la Commissione ad adottare, entro il dicembre 2000, un programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento. Tale programma dovrebbe anche prevedere l'avvio di lavori su un titolo esecutivo europeo e sugli aspetti del diritto procedurale per i quali sono repute necessarie norme minime comuni per facilitare l'applicazione di detto principio, nel rispetto dei principi giuridici fondamentali degli Stati membri»;

- il punto 48: « Fatti salvi i settori più ampi previsti nel trattato di Amsterdam e nel piano di azione di Vienna, il Consiglio europeo ritiene che, per quanto riguarda le legislazioni penali nazionali, gli sforzi intesi a concordare definizioni, incriminazioni e sanzioni comuni dovrebbero incentrarsi in primo luogo su un numero limitato di settori di particolare importanza, come la criminalità finanziaria (riciclaggio di denaro, corruzione, falsificazione dell'euro), il traffico di droga, la tratta di esseri umani e in particolare lo sfruttamento delle donne, lo sfruttamento sessuale dei minori, la criminalità ad alta tecnologia e la criminalità ambientale».

¹⁶⁹Cfr. sul punto F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione europea in materia penale*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 171 ss.

di diritto penale sostanziale: [era] un meccanismo “a diritto costante” che [rischiava], entro certi limiti, di risultare impermeabile alle forme concrete della penalizzazione»¹⁷⁰.

Al mandato d’arresto hanno fatto per vero seguito «numerosi altri strumenti normativi, che concorrono a tracciare le linee evolutive del paradigma del mutuo riconoscimento nel quadro europeo»¹⁷¹; ma esso rimane, allo stato attuale, l’unico compiutamente recepito nei diversi Stati membri, con tutte le *tensioni rispetto al principio di legalità penalistica* – e in particolare alla dimensione della conoscibilità *ex ante* delle conseguenze penali – che sono state debitamente evidenziate in dottrina¹⁷² nonché messe in luce nel rinvio pregiudiziale di validità *ex art. 35 TUE* proposto nel luglio 2005 dalla Corte costituzionale belga¹⁷³ cui ha fatto seguito nel maggio 2007 la nota sentenza *Advocaten voor de Wereld* della Corte di Giustizia¹⁷⁴ (ritenuta dai commentatori non realmente decisiva)¹⁷⁵.

Se questo era il quadro pre-Lisbona, la definizione dei rapporti tra armonizzazione e cooperazione giudiziaria che risulta dal nuovo assetto delineato dal Trattato entrato in vigore il 1° dicembre 2009 appare *più incerta*¹⁷⁶.

¹⁷⁰Così S. MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo*, cit., p. 790.

¹⁷¹Quali la decisione-quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003, relativa all’esecuzione nell’Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, la decisione-quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008 sul mandato europeo di ricerca delle prove, e la decisione-quadro 2009/829/GAI del 23 ottobre 2009 che applica il mutuo riconoscimento alle misure cautelari, solo per limitarci alle più importanti.

Cfr. in proposito F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità*, cit., p. 173.

¹⁷²Cfr. S. MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo*, cit., in particolare p. 790; R. CALVANO, *Mandato d’arresto e problemi costituzionali in relazione alla giurisdizione della Corte di Giustizia ai sensi dell’art. 35 TUE*, in R. CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d’arresto europeo*, Napoli, 2007, pp. 31-32; E. SELVAGGI – O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato d’arresto europeo*, in Cass. pen., 2002, p. 453 ss.

Fr. altresì F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità*, cit., pp. 177-178, la quale sottolinea opportunamente come «la *ratio* fondante della previsione bilaterale del fatto, lungi dall’essere individuata nella tutela del principio di legalità, quale essenziale garanzia dell’individuo, deve più propriamente essere ravvisata nella salvaguardia del principio di sovranità dello Stato e delle sue scelte di incriminazione», sicché il mantenimento della stessa si sarebbe rivelato disfunzionale all’obiettivo della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il quale «presuppone la tendenziale disponibilità di ciascuno Stato membro a rinunciare alle sue tradizionali prerogative e a cedere porzioni di sovranità», ma nondimeno ravvisa le implicazioni fortemente negative di questo strumento sul versante della legalità sostanziale.

¹⁷³Cfr. in proposito ancora F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità*, cit., p., 180, in particolare nt. 30.

¹⁷⁴Corte di Giustizia CE, sent. 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05.

¹⁷⁵Cfr. in proposito ancora F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità*, cit., p., 181, e gli ulteriori riferimenti bibliografici ivi citati.

¹⁷⁶Cfr. in proposito F. SPIEZIA, *Le linee evolutive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo*, in E. APRILE - F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale dell’Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Assago, 2009.

L'attuale art. 82 § 1 TFUE consacra, infatti, il ruolo centrale del principio del mutuo riconoscimento, affermando enfaticamente che «la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'art. 83».

Tale disposizione sembra, dunque, «collegare (...) il ravvicinamento delle disposizioni incriminatrici in materia penale alla cooperazione giudiziaria ed al mutuo riconoscimento delle decisioni penali», ribadendo il rapporto di subordinazione dell'armonizzazione sostanziale alle esigenze della cooperazione giudiziaria: così che, in un curioso ribaltamento di prospettive, le norme di diritto sostanziale sarebbero serventi rispetto a quelle procedurali.

E tuttavia, anche a prescindere dalle maggiori ambiguità che caratterizzano altre versioni linguistiche della norma (e in particolare la versione inglese, francese e tedesca)¹⁷⁷, essa non si coordina perfettamente con l'art. 83 TFUE, il quale – a differenza degli artt. 29 e 31 TUE – non fa alcun cenno alla necessità che l'armonizzazione delle disposizioni sostanziali sia motivata da esigenze di cooperazione giudiziaria e/o limitata al soddisfacimento di queste ultime: di qui la conclusione, condivisa dalla prevalente dottrina penalistica, che la competenza penale dell'Unione abbia «assunto una spiccata autonomia funzionalista»¹⁷⁸.

Ciò non starebbe, naturalmente, a significare che la cooperazione giudiziaria possa ora essere dissociata dall'armonizzazione, dal momento che la stessa è fortemente ostacolata dalle differenze o addirittura dalle incompatibilità tra le legislazioni penali e procedurali nazionali (nella definizione dei reati e nei criteri di attribuzione della responsabilità penale e della determinazione della sanzione, ad esempio, ma anche nell'individuazione soggetti deputati a condurre le indagini o nella valutazione delle prove raccolte)¹⁷⁹.

Semplicemente, verrebbe superata l'idea che le misure di armonizzazione delle discipline sostanziali non possano essere concepite *se non in funzione della cooperazione*, e il ravvicinamento delle norme di diritto penale sostanziale

¹⁷⁷Cfr. in proposito F. RUGGIERI, *Dal principio del mutuo riconoscimento alle nuove prospettive della cooperazione in materia penale alla luce del Trattato di Lisbona. Il plus valore della creazione del Pubblico Ministero europeo*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 461 ss.

¹⁷⁸Così A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., p. 2.

In questo stesso senso, L. ARROYO ZAPATERO – M. MUÑOZ DE MORALES, *Droit pénal européen net Traité de Lisbonne: le cas de l'harmonisation autonome*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Parigi, 2011, in corso di pubblicazione, nonché R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2625 nt. 85.

¹⁷⁹A questo proposito ancora A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., p. 2 parla condivisibilmente di «virtuose sinergie tra armonizzazione penale e cooperazione giudiziaria», che non sarebbero state in alcun modo rinnegate dal Trattato di Lisbona.

verrebbe, dunque, ad affrancarsi dal carattere servente che l'aveva sin qui caratterizzato.

Le tensioni rispetto al principio di legalità evidenziate in dottrina e in giurisprudenza rispetto al mandato d'arresto europeo hanno, in effetti, riaperto il dibattito sulla praticabilità della strada imboccata con la decisione quadro 2002/584/GAI *in assenza di un intervento di armonizzazione sostanziale*, sulla cui necessità convergono pressoché tutti gli studiosi di questi temi, anche fra i processualpenalisti: non si potrebbe, dunque, continuare a supporre che vi sia una tendenziale convergenza delle scelte di penalizzazione dei diversi Stati membri in relazione alla lista dei reati di cui all'art. 2 della citata decisione-quadro (non foss'altro perché dietro lo stesso *nomen juris* potrebbero celarsi norme dalla formulazione profondamente differente), ma sarebbe indispensabile armonizzare le legislazioni nazionali, anche sul piano sostanziale, così che si possa «pervenire a risposte repressive tendenzialmente omogenee all'interno degli ordinamenti degli Stati membri»¹⁸⁰.

Appare facile profezia, poi, quella che vede nell'istituzione del Pubblico Ministero europeo *un importante fattore per il rilancio del processo di armonizzazione/unificazione delle normative penali sostanziali*, a cominciare dal settore della protezione degli interessi finanziari dall'Unione: non è neppure pensabile che il PME operi sulla base di ventisette normative penali differenti.

Per usare le parole di Francesca Ruggieri, si entrerebbe «nella logica dell'armonizzazione (...) non per avvicinare legislazioni di più ordinamenti ma per creare una (nuova) legislazione comune»¹⁸¹, sul modello di quella prefigurata dal *Corpus Juris* (la cui lungimiranza può perfino sorprendere): il *plus valore* dell'istituzione del PME starebbe allora non tanto «nella maggiore efficienza nella lotta alla criminalità, che, oggi, potrebbe pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione e, domani, coinvolgere la maggior parte dei reati transnazionali», ma proprio «nella regolamentazione comune, e, quindi, nella comune condivisione di valori, anche nell'ambito della giustizia penale»¹⁸².

Per altro verso, «le procedure di cooperazione e/o di assistenza, (...) in qualunque forma si sviluppino o si siano sviluppate, diventerebbero inutili di fronte ai poteri della procura europea di muoversi liberamente in tutto lo spazio dell'Unione»¹⁸³, con ciò ulteriormente ridimensionando il fenomeno della “proceduralizzazione” del diritto penale europeo.

¹⁸⁰ Così, ancora F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità*, cit., p. 191.

Cfr. altresì L. SALAZAR, *Di un sistema penale europeo*, cit., p. 730, e L. KUHL, *Spazio giudiziario di cooperazione o di integrazione penale?*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 725.

¹⁸¹ Così F. RUGGIERI, *Dal principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 472.

¹⁸² Così ancora F. RUGGIERI, *Dal principio del mutuo riconoscimento*, cit., pp. 472-473.

¹⁸³ Così ancora F. RUGGIERI, *Dal principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 472.

3.11.3 Gli strumenti a tutela delle vittime dei reati

L'attenzione nei confronti della vittima del reato, e in particolare dei reati violenti, è uno dei tratti distintivi del diritto penale europeo. Dobbiamo allora almeno menzionare due strumenti adottati nell'ultimo decennio che ben esprimono questo peculiare approccio, in quale non si riscontra invece da parte di altre *international agencies*.

La *decisione-quadro 2001/220/GAI* e la *direttiva 2004/80/CE*, sulla scorta di quanto già fatto in precedenza dalla *Convenzione del Consiglio d'Europa* del 24 novembre 1983, hanno per vero convogliato la propria attenzione *su aspetti che solo marginalmente lambiscono il diritto penale sostanziale*, ovvero sia – rispettivamente – i *diritti di partecipazione della vittima nel processo penale* e il *risarcimento del danno*; nondimeno, esse consentono di gettare luce sulla funzione *lato sensu* soddisfattoria che il procedimento penale e la pena inflitta in esito a quest'ultimo svolgono nei confronti della vittima del reato, che l'art. 1 della *decisione-quadro 2001/220/GAI* definisce come «la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro».

Nell'ambito della *decisione-quadro 2001/220/GAI*, costituiscono un preciso indizio in tal senso il fatto che la vittima abbia la possibilità di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova (art. 3) e che debba essere informata, se lo desidera, «del seguito riservato alla sua denuncia», «degli elementi pertinenti che, in caso di azione penale, le consentono di conoscere lo svolgimento del procedimento penale contro la persona perseguita per i fatti che la riguardano, salvo i casi in cui ciò potrebbe pregiudicare il corretto svolgimento del procedimento» e «della sentenza pronunciata dal giudice» (art. 4 § 3).

E lo stesso può dirsi per la disposizione di cui all'art. 4 § 3, ai sensi della quale «gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare, almeno nei casi in cui esiste un pericolo per la vittima, che, al momento del rilascio dell'imputato o della persona condannata per il reato, sia possibile decidere di informare la vittima, se necessario»: un'interpretazione *a contrario* della stessa consente, infatti, di affermare che anche laddove non esista un pericolo per la vittima medesima le autorità procedenti debbano poter essere nelle condizioni, laddove lo reputino opportuno, di informare quest'ultima dell'avvenuto rilascio dell'imputato o del condannato.

Dall'art. 17 della *direttiva 2004/80/CE* – che afferma *expressis verbis* la possibilità per gli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli a vantaggio di queste ultime o di qualsiasi altra persona lesa da un reato – si evince, d'altra parte, che il risarcimento del danno o l'indennizzo non esauriscono l'elenco dei meccanismi di riparazione delle vittime, venendo a costituire esclusivamente uno *standard* minimale.

Per comprendere ancor meglio il rapporto che intercorre tra la funzione

della pena e la vittima del reato occorre, però, tener conto anche delle implicazioni della sentenza *Gueye e Sánchez* del settembre 2011¹⁸⁴, con cui la Corte di Giustizia ha escluso che quest'ultima abbia il potere di incidere sulle scelte punitive degli Stati membri avanzando la propria rinuncia all'irrogazione della pena accessoria nei confronti del reo (o, *a fortiori*, la rinuncia alla sanzione penale *tout court* in favore di forme di giustizia conciliativa).

I giudici di Lussemburgo sono pervenuti a questa conclusione non solo negando che dal diritto dell'UE – e in particolare dalla poc'anzi menzionata decisione quadro 2001/220/GAI – discenda un simile diritto, ma anche sottolineando che, come è stato efficacemente sintetizzato in dottrina, «l'intervento punitivo che si manifesta nell'astratta comminatoria edittale e nella concreta irrogazione della pena da parte del giudice risponde ad interessi nazionali di marca pubblicistica rispetto a cui l'interesse della singola persona offesa a porre in luce la dimensione “privata” e “interpersonale” del conflitto è, anche nel sistema del diritto dell'Unione, destinato a soccombere»¹⁸⁵.

Per quanto l'art. 10 della suddetta decisione-quadro dimanda agli Stati membri la scelta dei reati per i quali sia possibile promuovere la mediazione, imponendo loro soltanto di adottare criteri oggettivi per determinare le tipologie ne sono escluse, è inoltre quantomeno lecito dubitare che la Corte di Giustizia possa in futuro ritenere suscettibili di mediazione i più gravi reati contro la vita e l'incolumità pubblica (almeno se, come sembra preferibile, solo il bene giuridico leso dal reato, e non anche la qualità della persona offesa, debba guidare la scelta del legislatore nazionale nella scelta dei reati a ciò “idonei”) ¹⁸⁶.

3.11.4 Brevi riflessioni sulle ragioni del ricorso agli strumenti penalistici e sulle funzioni della pena

E veniamo, dunque, ad abbozzare alcune provvisorie considerazioni in relazione alle logiche sottese all'utilizzo degli strumenti della giustizia penale nel diritto dell'Unione europea; considerazioni che riprenderemo e approfondiremo nel settimo capitolo, in cui affronteremo tale tematica in maniera trasversale.

A partire dalla sentenza della Corte di giustizia sul caso del mais greco, è emersa anzitutto la convinzione delle istituzioni europee che taluni interessi dell'Unione (*in primis*, gli interessi finanziari) potessero essere adeguatamente

¹⁸⁴Corte giust., 15 settembre 2011, cause C 483/09 e C 1/10, *Gueye e Sánchez*.

¹⁸⁵Così, letteralmente, R. CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo* post *Lisbona*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it.

Cfr. i §§ 61 e 62 della sentenza *Gueye e Sánchez*, nel primo dei quali si legge che «la tutela penale contro gli atti di violenza domestica che uno Stato membro garantisce esercitando il proprio potere repressivo è volta a proteggere non solo gli interessi della vittima come questa li percepisce, bensì parimenti altri interessi più generali della collettività».

¹⁸⁶Cfr. su questo punto ancora R. CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa*, cit., p. 8.

protetti da determinate categorie di aggressione perpetrate a livello nazionale *soltanto mediante l'opzione penale*: il primo concetto a venire in rilievo è stato dunque quello dell'*effettività* della tutela.

Proprio in quest'ottica vanno letti i frequenti riferimenti, nei *consideranda* che precedono gli atti normativi di fonte UE, alla maggiore capacità dissuasiva delle sanzioni penali (cd. prevenzione generale negativa) e alla loro funzione *lato sensu* "pedagogica" (cd. prevenzione generale positiva), dal momento che esse «sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di tipo civile».

In seconda battuta, si è manifestata in seno all'Unione l'esigenza di evitare la creazione di *safe heavens*, attraverso la predisposizione di strumenti uniformi di contrasto alla criminalità transnazionale da parte di tutti gli Stati membri, senza esclusioni di sorta.

Per altro verso, l'armonizzazione delle discipline sostanziali si dimostrava *funzionale ad una più efficace cooperazione tra le autorità giudiziarie e di polizia* nazionali: di qui la subordinazione della prima alle esigenze della seconda, e il già menzionato fenomeno della "proceduralizzazione" del diritto europeo.

Come abbiamo detto, quest'ultima prospettiva sarà, verosimilmente, destinata a mutare nel prossimo futuro, quando l'azione di contrasto alla criminalità transnazionale e alle aggressioni agli interessi dell'Unione si sposterà, almeno in parte, dal piano nazionale a quello europeo (in primo luogo attraverso l'istituzione della Procura europea «a partire da Eurojust», qualunque cosa tale espressione significhi)¹⁸⁷: l'armonizzazione sostanziale (*rectius*, un'armonizzazione sostanziale particolarmente spinta) si renderà allora necessaria per consentire alle istituzioni europee di operare efficacemente in tal senso, e occuperà un posto di primo piano, ancor più rilevante di quello rivestito dalle misure di cooperazione giudiziaria.

Se tutte queste *rationes* si caratterizzano per un forte pragmatismo, la dottrina non ha mancato di metterne in luce altre, di tipo ideale/simbolico.

In primo luogo, l'esercizio dello *jus puniendi*, che rappresenta una delle più autentiche espressioni della sovranità statale, sarebbe di per sé un *fattore di (auto)legittimazione* dell'Unione europea, che non è uno Stato ma in qualche modo aspira a diventare qualcosa che ci somiglia molto da vicino.

In secondo luogo, è il *principio di uguaglianza*, unitamente al concetto di *cittadinanza europea*, a reclamare l'adozione di scelte di politica criminale in larga misura uniformi su tutto il territorio dell'Unione, per evitare che il *locus commissi delicti* incida profondamente sulle conseguenze penali della stessa condotta (o, peggio, ne determini la rilevanza o l'irrilevanza penale)¹⁸⁸.

¹⁸⁷F. RUGGIERI, *Dal principio del mutuo riconoscimento*, cit., pp. 465 ss., nonché L. KUHLMANN, *Spazio giudiziario di cooperazione*, cit., p. 725.

¹⁸⁸Secondo A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., pp. 2-3, attraverso l'esercizio della competenza penale si realizzerebbe «un comune sentimento di giustizia,

Sulla base di quanto accennato nel paragrafo precedente, è infine possibile sostenere che al diritto di fonte UE non possa ritenersi del tutto estranea l'attenzione per la funzione *lato sensu* soddisfattoria del procedimento e del processo penale nei confronti della vittima del reato (che caratterizza, in modo assai più accentuato, il settore della *human rights law*): la stessa svolge, tuttavia, un ruolo soltanto ancillare, e non vale a mettere in ombra le funzioni di stampo pubblicistico (né tantomeno ad azzerarle laddove l'una e le altre portino a esiti divergenti).

3.12 Le prospettive future della politica criminale dell'Unione europea

Pare opportuno, al termine di questo lungo *excursus* sulle influenze tra diritto dell'Unione europea e diritto penale, soffermarsi brevemente sulle prospettive della politica criminale europea, prendendo in considerazione:

- il *Manifesto sulla politica criminale europea* elaborato da quattordici studiosi di diritto penale provenienti da dieci Paesi europei immediatamente prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che contiene significativi spunti in proposito¹⁸⁹;
- la *Comunicazione della Commissione COM(2011) 293 sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale e le indagini amministrative*; e soprattutto
- La *Comunicazione COM(2011) 573 sulle linee programmatiche per lo sviluppo di una politica penale europea* (la quale peraltro in più punti richiama espressamente il *Manifesto*).

A tali documenti va, inoltre, idealmente accostato il *Programma di Stoccolma (2010-2014)*¹⁹⁰, che a partire dalla considerazione della dimensione sempre più globale assunta dalla criminalità organizzata insiste, in particolar modo, sulla necessità di adottare una strategia articolata di contrasto alla suddetta forma di criminalità, inserendola tra le priorità dell'Unione.

un ideale di equità punitiva teso ad affermare la sostanziale eguaglianza tra i cittadini dell'Unione nella loro duplice, possibile veste di autori e di soggetti passivi», nonché – in una dimensione latamente simbolica e identitaria – «un “sentimento di appartenenza all'Europa in quanto insieme politico, giuridico e culturale” espressivo di valori omogenei e volto a colpire con fermezza quei comportamenti che, per la loro intrinseca gravità, massimamente ne oscurano l'immagine di “entità di diritto”».

¹⁸⁹ AA. VV., *European criminal policy initiatives. Manifesto sulla politica criminale europea*, tradotto in lingua italiana e pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1263 ss.

¹⁹⁰ *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, 4 maggio 2010.

Il Programma è reperibile in inglese sul sito ufficiale del Programma di Stoccolma all'indirizzo www.se2009.eu.

3.12.1 *Il Manifesto sulla politica criminale europea*

Il *Manifesto sulla politica criminale europea* muove dalla constatazione che le istituzioni europee si occupano in maniera relevantissima di politica criminale, senza tuttavia che quest'ultima venga riconosciuta come autonoma politica europea: esse non seguono, dunque, una concezione di politica criminale in sé coerente¹⁹¹.

Di qui l'esigenza che in futuro venga riservata una *maggior attenzione alla coerenza della politica criminale adottata*, e che in particolare:

- vengano rispettati il principio dell'esistenza di un legittimo scopo di tutela e quello di *ultima ratio* (il che significativamente comporta la sussistenza, in capo al legislatore europeo, di obblighi di adeguata motivazione della scelta in favore dell'opzione penale); e
- in base al principio di sussidiarietà, siano coinvolti quanto più possibile i Parlamenti nazionali (posto che «l'ordine dei valori penalistico degli Stati membri è da annoverare nella loro "identità nazionale", che l'Unione è tenuta a salvaguardare *ex art. 6 TUE*»).

Torneremo su questi aspetti nel nono capitolo. Vale la pena di sottolineare fin d'ora, però, il *metodo* adottato dai redattori del *Manifesto*: dopo aver enunciato i suddetti principi, essi hanno infatti analizzato un nutrito gruppo di strumenti dell'Unione europea a connotazione penalistica e li hanno sottoposti a una rigorosa verifica in ordine al rispetto di questi ultimi, evidenziandone gli eventuali profili problematici¹⁹². Un approccio *case by case* che, come esplicheremo a tempo debito, ci sembra particolarmente proficuo.

3.12.2 **La Comunicazione della Commissione COM(2011) 293 sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale e le indagini amministrative**

La *Comunicazione COM(2011) 293* del 26 maggio 2011 muove dalla constatazione, da un lato, dell'*inadeguatezza degli strumenti normativi ad oggi in vigore* per combattere le frodi e le altre attività criminose che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e, dall'altro, dell'*insufficiente implementazione di questi ultimi a livello nazionale*.

La Convenzione PIF del 1995 e i Protocolli ad essa collegati, pure ritenuti «incompleti», sono stati infatti pienamente attuati da soli cinque Stati membri sui ventisette che compongono l'Unione europea: «le indagini penali su frodi e altri reati contro gli interessi finanziari dell'Unione» – si legge nella Comunicazione – «sono caratterizzate da un quadro giuridico e procedurale frammentario: nei diversi Stati membri, forze di polizia, pubblici ministeri

¹⁹¹ AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1262.

¹⁹² AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., pp. 1266-1276.

e magistrati decidono se e come intervenire per tutelare il bilancio dell'UE sulla base delle proprie norme nazionali»¹⁹³.

Poiché le tradizioni giuridiche divergono profondamente, esistono *molti approcci diversi ad una realtà unitaria*: il che non consente, ad esempio, di intervenire in modo efficace sui casi che esulano dal contesto nazionale (come dimostra il dato – riportato nella Comunicazione – secondo cui le autorità giurisdizionali interne non danno seguito al 73 per cento delle indagini instaurate in altri Paesi membri)¹⁹⁴.

Soffermandosi in particolare sul versante del diritto sostanziale, la Commissione rileva che le fattispecie penali pertinenti (dalla malversazione all'abuso d'ufficio) sono tipizzate in maniera disomogenea, e che le sanzioni ad esse correlate e i relativi termini di prescrizione variano notevolmente da un Paese all'altro. In alcuni Stati membri, poi, taluni comportamenti manifestamente riprovevoli non hanno rilevanza penale, o comunque sono puniti con pene molto lievi; ciò che determina un'evidente oscillazione dei livelli di deterrenza.

Pongono ulteriori problemi, inoltre, la mancanza di una definizione omogenea di funzionario pubblico nell'ambito delle norme anticorruzione (di modo che uno stesso individuo può vedersi riconosciuta l'impunità in alcuni Stati membri ed essere condannato in altri) e il fatto che solo in alcuni Paesi i dirigenti d'azienda e le persone giuridiche possano essere chiamati a rispondere dei reati imputabili alla società: tale situazione – conclude la Commissione – incoraggia fenomeni di *forum shopping*, che sono di ostacolo ad una tutela efficace ed equivalente degli interessi finanziari dell'Unione¹⁹⁵.

La Comunicazione evidenzia anche le *lacune dei meccanismi di cooperazione giudiziaria*: la mutua assistenza è governata da procedure complesse, che scoraggiano il ricorso alla stessa, e spesso non è sufficientemente sollecita; i risultati delle indagini amministrative svolte dall'OLAF non vengono utilizzati in sede nazionale perché talune norme procedurali restrittive limitano l'uso delle prove raccolte in una giurisdizione straniera, o non sono considerati sufficienti ad instaurare un'indagine penale¹⁹⁶.

Vi è, poi, la tendenza di alcune autorità nazionali ad avviare procedimenti giudiziari soltanto quando gli interessi dell'Unione vengono minacciati esclusivamente sul loro territorio¹⁹⁷; e parimenti si rileva il frequente rifiuto di avviare indagini relative a casi di frode ai danni del bilancio dell'UE sulla base di motivazioni di carattere discrezionale, quali la mancanza di interesse pubblico o la scarsa priorità delle stesse¹⁹⁸.

Le strategie allo studio della Commissione per salvaguardare in maniera più efficace gli interessi finanziari dell'Unione sono molteplici, e passano per

¹⁹³ § 1.

¹⁹⁴ § 3.1.

¹⁹⁵ § 3.1.

¹⁹⁶ §§ 3.2. ss.

¹⁹⁷ § 3.2.3.

¹⁹⁸ § 2.2.

il potenziamento del ruolo dell'OLAF e di Eurojust, per il rafforzamento delle procedure di assistenza e, soprattutto, delle norme di diritto penale sostanziale, attraverso la definizione di nuovi reati chiave (quali la malversazione e l'abuso d'ufficio) e l'introduzione di norme più sistematiche in materia di favoreggiamento, istigazione, tentativo, dolo, colpa, nonché di responsabilità penale dei titolari di cariche pubbliche (eletti e nominati) e delle persone giuridiche¹⁹⁹.

Un esplicito riferimento va, infine, all'*istituzione della Procura europea*, che – si legge – «potrebbe contribuire ad instaurare condizioni paritarie applicando in modo coerente ed omogeneo norme comuni in materia di frode e di altri illeciti lesivi degli interessi dell'Unione, indagando, perseguendo e consegnando alla giustizia gli autori di reati contro gli interessi finanziari dell'Unione e i loro complici»²⁰⁰.

Pare, in definitiva, che le istituzioni europee abbiano intenzione di sfruttare fino in fondo tutti gli strumenti offerti dal Trattato di Lisbona per combattere le attività illegali che ledono gli interessi dell'Unione. E nulla consente di escludere, allo stato, che esse potranno in futuro introdurre, attraverso regolamenti emanati sulla base dell'art. 325 § 4 TFUE, norme penali comuni, che siano direttamente applicabili in tutti gli Stati membri e come tali non necessitino di trasposizione nei vari ordinamenti nazionali: sul modello di quanto si era tentato di fare con la codificazione del *Corpus Juris*, ormai più di quindici anni orsono.

3.12.3 La Comunicazione COM(2011) 573 sulle linee programmatiche per lo sviluppo di una politica penale europea

Di più ampio respiro è la *Comunicazione COM(2011) 573*, adottata dalla Commissione il 20 settembre 2011 per indicare le direttive lungo le quali potrà svilupparsi, nel prossimo futuro, una politica penale dell'Unione europea²⁰¹.

La prima parte della Comunicazione sviluppa una riflessione sulle ragioni di carattere pratico che militano in favore della progressiva creazione di quest'ultima.

L'adozione di misure di diritto penale dell'Unione può, in primo luogo, servire a fare in modo che gli autori dei reati di carattere transnazionale non possano «né nascondersi oltre frontiera né trarre profitto dalle discrepanze tra ordinamenti giuridici nazionali per scopi illeciti»²⁰².

¹⁹⁹ §4.2.

²⁰⁰ § 4.3.

²⁰¹ *Comunicazione COM(2011), Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, adottata a Bruxelles il 20 settembre 2011.

²⁰² *Comunicazione COM(2011), cit.*, p. 3.

Essa è inoltre essenziale *per rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati e tra le magistrature nazionali*, che a sua volta è indispensabile per garantire l'effettivo funzionamento del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari, il quale rappresenta - almeno sulla carta - il caposaldo della cooperazione giudiziaria in materia penale²⁰³.

In molti settori, ancora, il ricorso al diritto penale può risultare necessario *per garantire un'applicazione efficace delle politiche dell'Unione* che dipendono da una loro esecuzione effettiva da parte degli Stati membri: laddove le misure da questi adottate non portino ai risultati attesi e i livelli di compliance rimangano disomogenei, le istituzioni comunitarie possono «stabilire norme comuni relative alle modalità di attuazione, ivi comprese, se necessarie, sanzioni penali per le violazioni del diritto dell'Unione»²⁰⁴.

Gli interventi in materia di diritto penale sostanziale che consentano una lotta più efficace contro la criminalità, accompagnati dall'adozione di norme minime sui diritti processuali nei procedimenti penali e sui diritti delle vittime della criminalità, possono infine rafforzare la fiducia dei cittadini che esercitano i propri diritti di libera circolazione e acquistano beni o servizi da prestatori in altri Stati membri «nel fatto che essi vivono in un'Europa di libertà, sicurezza e giustizia, che il diritto dell'Unione a tutela dei loro interessi è integralmente applicato e rispettato e che, allo stesso tempo, l'Unione agirà in piena ottemperanza alla sussidiarietà e proporzionalità e agli altri principi fondamentali del trattato»²⁰⁵.

La seconda parte della Comunicazione delinea, invece, il percorso che il legislatore europeo dovrà necessariamente seguire per introdurre misure di carattere penale. Esso si articola, idealmente, in due tappe distinte:

- a) la prima attiene alla *valutazione della necessità dell'intervento di carattere penale*: dal momento che il ricorso al diritto penale deve rimanere una misura di *ultima ratio* (in ossequio al principio di proporzionalità di cui all'art. 5 § 4 TUE, declinato in materia penale dall'art. 49 § 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) bisogna verificare se la previsione di sanzioni penali sia essenziale per garantire l'effettiva attuazione della politica dell'Unione che viene in rilievo nel caso concreto, come richiede esplicitamente l'art. 83 § 2 TFUE. Il legislatore europeo deve, in altre parole, valutare se misure diverse da quelle di diritto penale, quali ad esempio sanzioni civili o amministrative, non siano sufficientemente idonee ad assicurare l'implementazione delle politiche europee, attraverso un esame approfondito nelle valutazioni d'impatto che precedono ogni proposta legislativa (il quale dovrà necessariamente comprendere, tra l'altro, una valutazione delle difficoltà riscontrate

²⁰³ Comunicazione COM(2011), cit., p. 3.

²⁰⁴ Comunicazione COM(2011), cit., p. 3.

²⁰⁵ Comunicazione COM(2011), cit., p. 1.

dalle autorità nazionali chiamate ad applicare sul campo il diritto dell'Unione);

- b) una volta dimostrata la necessità dell'intervento penalistico, l'oggetto dell'analisi si sposterà sulle *scelta delle misure da adottare in concreto*, sulla base dei principi di legalità, di necessità e proporzionalità, di diversificazione delle sanzioni in base alla tipologia del reato, nonché di attendibili riscontri empirici e statistici²⁰⁶.

Dovrà inoltre essere rispettato il *principio dell'armonizzazione minima* di cui all'art. 83 § 2 TFUE: ciò che, comunque, non preclude al legislatore europeo la possibilità di descrivere la condotta illecita, le varie forme di complicità, il tentativo, l'elemento soggettivo, le circostanze aggravanti e attenuanti, né di intervenire in tema di responsabilità delle persone giuridiche, giurisdizione e sanzioni²⁰⁷.

L'ultima parte della Comunicazione individua, infine, i *settori di intervento* in cui il ricorso agli strumenti penalistici potrebbe rivelarsi necessario.

La Commissione si sofferma *sulle sole misure di armonizzazione funzionali ad un'efficace attuazione delle politiche dell'Unione*, che già costituivano oggetto di strumenti normativi di primo pilastro e che ora sono disciplinate dall'art. 83 § 2 TFUE: gli interventi che potranno essere adottati, sulla base dell'art. 83 § 1 TFUE, nell'ambito della lotta alla criminalità transfrontaliera appaiono, infatti, già delimitati dall'elenco dei cd. Euro-delitti, sicché non si impongono ulteriori precisazioni.

L'elenco fornito dalla Comunicazione è decisamente ampio: vengono menzionati il *settore finanziario* (in cui le misure di armonizzazione potrebbero avere ad oggetto le manipolazioni del mercato o l'abuso di informazioni privilegiate); la lotta alla frode ai danni degli interessi finanziari dell'Unione europea (sulla scorta di quanto già anticipato nella Comunicazione del 26 maggio 2011, che abbiamo analizzato nel paragrafo precedente); la tutela dell'euro contro la contraffazione mediante il diritto penale.

Ma la Commissione si riserva di valutare ulteriormente «i modi in cui il diritto penale può contribuire alla ripresa economica sostenendo l'azione di contrasto all'economia illegale e alla criminalità finanziaria», e di studiare il possibile impatto degli strumenti penali anche in altri settori (quali il trasporto su strade, la protezione dei dati personali, la normativa doganale, la tutela dell'ambiente, la politica della pesca e le politiche del mercato interno).

²⁰⁶Si ritornerà in maniera più distesa su questi profili nell'ultimo capitolo.

²⁰⁷In relazione a questo punto, la Comunicazione precisa che «con riferimento alle sanzioni, possono essere norme minime i requisiti di alcuni tipi di pene (ad esempio, ammende, reclusione, esclusione), i relativi livelli o la definizione valida per tutta l'Unione di ciò che è da considerarsi circostanza aggravante o attenuante. In ogni caso, lo strumento dell'Unione può solo definire quali sanzioni devono essere come minimo a disposizione dei giudici in ogni Stato membro». Cfr. il § 2.2.2.

Nell'ottica di quanto esposto in precedenza, il legislatore europeo dovrebbe prendere in considerazione, a questo proposito, una pluralità di fattori, quali:

- a) *la gravità e la natura della violazione delle norme* (dal momento che «per alcuni comportamenti illegali considerati particolarmente gravi, una sanzione amministrativa può non essere una risposta sufficientemente forte»; che le sanzioni penalistiche devono essere privilegiate «quando si ritiene importante mettere in risalto la forte riprovevolezza per garantire la deterrenza»; che «la registrazione delle condanne nel casellario giudiziale può avere un particolare effetto deterrente» e che, al contempo, «i procedimenti penali spesso prevedono una maggiore protezione dei diritti dell'imputato, il che riflette la gravità dell'imputazione»);
- b) *l'efficacia del sistema sanzionatorio* (tenendo presente, ad esempio, che «una sanzione di tipo amministrativo può spesso essere comminata ed eseguita in breve tempo, evitando quindi lunghe e costose procedure», e che per tale ragione «le sanzioni amministrative possono essere prese in considerazione in ambiti in cui, ad esempio, gli illeciti non siano particolarmente gravi o siano particolarmente numerosi, nonché in settori in cui, per altre ragioni, le procedure e le sanzioni amministrative appaiono opportune ed efficaci», come nel caso in cui vengano in gioco valutazioni economiche complesse).

3.13 Il ruolo degli obblighi di tutela penale nell'ambito della futura politica criminale dell'UE

A conclusione di questa lunga panoramica, è necessario domandarsi *quale sarà il ruolo degli obblighi di criminalizzazione nell'ambito della futura politica criminale europea*²⁰⁸.

Ora, se si eccettua il settore (d'importanza cruciale, ma pur sempre ristretto) della *tutela degli interessi finanziari* dell'Unione – rispetto al quale è ragionevole attendersi nel futuro più o meno prossimo l'emanazione attraverso regolamenti di fattispecie penali comuni direttamente applicabili negli Stati membri – *la posizione di obblighi di penalizzazione rimarrà il principale strumento di veicolazione delle scelte di politica criminale delle istituzioni europee*.

L'art. 83 §§ 1 e 2 TFUE afferma infatti che l'atto attraverso il quale potranno essere adottate misure di armonizzazione è la *direttiva*, che come

²⁰⁸ Si vedano altresì le riflessioni di C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., pp. 243 ss., e di G. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, pp. 84 ss.

si ricava dall'art. 288 TFUE è in linea di principio priva di effetto diretto e necessita pertanto di una *legge nazionale di trasposizione*²⁰⁹.

Detto altrimenti, nella quasi totalità delle materie che potranno essere oggetto di misure di armonizzazione del diritto penale la competenza dell'UE rimarrà una competenza *indiretta*, ossia una competenza a richiedere ai Parlamenti nazionali l'introduzione di nuove fattispecie penali (o, come talora accade, il rimodellamento di fattispecie già esistenti o l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per esse previsto).

Le politiche criminali dell'Unione potranno dunque essere realizzate soltanto *con la cooperazione degli Stati membri e non contro di essi* (come dimostra la controversa procedura di attivazione del cd. "freno di emergenza" di cui all'art. 83 § 3 TFUE).

Vi è motivo di ritenere, peraltro, che gli Stati saranno più sollecitati nel dar seguito agli *input* di penalizzazione provenienti dalle fonti UE rispetto a quanto non lo fossero in passato, poiché le istituzioni europee dispongono ora di un strumento di pressione che si è dimostrato alla prova dei fatti piuttosto efficace: la "minaccia" dell'apertura di un procedimento per infrazione ai sensi degli artt. 258-261 TFUE, che come noto può concludersi con l'accertamento dell'intervenuta violazione da parte della Corte di Giustizia e, in caso di persistente inadempimento, con l'imposizione di una somma forfettaria o di una penalità²¹⁰.

Se, come tutto fa pensare, ciò contribuirà ad aumentare le *chances* di adempimento "spontaneo" degli obblighi di criminalizzazione da parte degli Stati membri, il nodo problematico dell'attuazione delle richieste di penalizzazione provenienti dalle fonti UE si sposterà in futuro dall'*an* al *quomodo*, poiché le fattispecie penali introdotte a livello interno in ottemperanza ai suddetti obblighi potrebbero non essere idonee a rispondere alle attese del legislatore europeo.

Il margine di discrezionalità che residua ai Parlamenti nazionali nell'adempiere a siffatti obblighi, nondimeno, è sempre più ristretto.

²⁰⁹Sebbene vi siano direttive dotate di effetto diretto – quali, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di Lussemburgo, quelle attributive di posizioni giuridiche favorevoli per i singoli, chiare e precise, di cui sia scaduto il termine di attuazione – è senz'altro da escludersi che una direttiva *self-executing* possa essere utilizzata per sottoporre a sanzione penale (o per assoggettare a un trattamento penale più severo) fatti che non sono penalmente rilevanti per l'ordinamento nazionale (o che sono puniti in maniera più lieve).

Una delle condizioni in presenza delle quali è possibile riconoscere alle disposizioni delle direttive effetto diretto è infatti, come abbiamo ricordato, che le stesse attribuiscono al cittadino posizioni giuridiche di vantaggio, ciò che certamente non accade laddove la direttiva contenga un obbligo di criminalizzazione di una determinata condotta.

Non va dimenticato, peraltro, che la giurisprudenza in questione è nata in funzione *lato sensu* "sanzionatoria" dell'inadempimento degli Stati che non avevano provveduto a trasporre la direttiva nei termini da essa previsti, e che sarebbe pertanto del tutto irragionevole far patire ai cittadini (del tutto impotenti di fronte al ritardo nell'adempimento) conseguenze negative come l'assoggettamento a sanzione penale.

²¹⁰Si veda in proposito il § 8.7.1 dell'ottavo capitolo.

Gli atti normativi più recenti che contemplano obblighi di penalizzazione descrivono, infatti, in modo estremamente dettagliato la *condotta* – o più spesso le condotte alternative – che integrano il fatto di reato; individuano le *condizioni oggettive* (quali l’uso di particolari mezzi di esecuzione del reato) e *soggettive* (come la sussistenza almeno del coefficiente soggettivo della colpa grave) in presenza delle quali la condotta illecita assume rilievo penale; delimitano il novero dei potenziali *soggetti attivi*; e non di rado inibiscono l’azione di talune delle *esimenti* che potrebbero in astratto valere ad escludere la rilevanza penale della condotta (quale ad esempio il consenso della vittima nei reati di tratta di esseri umani, che è sempre irrilevante laddove la vittima medesima sia minorenne).

E’ oramai una costante, poi, l’espressa estensione della punibilità al *tentativo*, al *concorso di persone nel reato*, nonché all’istigazione e al favoreggiamento, come pure la previsione di un microsistema di norme volte a disciplinare la *responsabilità da reato delle persone giuridiche*.

Ma l’evoluzione è ancor più evidente se si guarda al *trattamento sanzionatorio*, posto che tali atti non si limitano – come accadeva in passato – a richiedere l’introduzione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, ma si spingono fino ad individuare il limite sotto il quale il legislatore nazionale non può scendere nella fissazione del massimo edittale, spesso suddividendo idealmente la fattispecie incriminatrice in due o più sotto-fattispecie in rapporto scalare, ciascuna corredata di indicazioni specifiche in relazione al quantum di pena.

L’impressione complessiva è che – forte della nuova competenza espressa in materia penale sancita dall’art. 83 TFUE – il legislatore europeo abbia preso maggiormente sul serio il proprio ruolo, passando dall’abbozzare *semplici “linee guida”* per la trasposizione a livello interno degli obblighi di penalizzazione alla definizione di vere e proprie *fattispecie penali “prototipo”* (o *fattispecie di criminalizzazione*, come le chiameremo nel capitolo sesto), destinate a confluire negli ordinamenti nazionali senza alcuna modifica o con modifiche del tutto marginali.

Per utilizzare una metafora, è come se fosse progressivamente aumentato il grado di definizione delle richieste di criminalizzazione avanzate dagli strumenti normativi di fonte UE: da un’immagine sfuocata (specie ai margini) si è passati a un’immagine più vivida, dai contorni ben delineati, il che certamente non può non avere ricadute positive in relazione al rispetto del principio di precisione, come vedremo più avanti.

Non si può tacere, tuttavia, il pericolo che - attraverso l’introduzione di obblighi di penalizzazione condizionati o alternativi e, soprattutto, di clausole di esclusione della punibilità, che si traducono in altrettante deroghe a questi ultimi (che diverrà in futuro più frequente, in ragione della necessità di giungere “compromessi al ribasso” che scongiurino l’attivazione del meccanismo del freno d’emergenza di cui all’art. 83 § 3 TFUE) – gli strumenti normativi a connotazione penalistica emanati dalle istituzioni europee realizzino solo

un'armonizzazione «*en trompe-l'oeil*», secondo la bella immagine già utilizzata da Daniel Flore a proposito di alcuni degli atti adottati pre-Lisbona²¹¹: ciò svuoterebbe di significato qualunque iniziativa di riavvicinamento normativo e sortirebbe, all'opposto, l'effetto di «istituzionalizzare le divergenze esistenti»²¹².

Quanto ai contenuti, pare in effetti che il timore dell'ipertrofia penalistica da molti paventato alla vigilia dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non sia giustificato, posto che gli interventi finora realizzati si inscrivono nel solco della politica criminale tradizionalmente seguita dall'Unione e sono *volti a contrastare fenomeni criminali di rilevante gravità e di dimensione transnazionale* (peraltro sostituendosi a precedenti atti già emanati nell'ambito del terzo pilastro).

L'altra direttrice, quella della competenza penale accessoria, verrà del tutto presumibilmente sviluppata nel prossimo futuro in relazione alle esigenze di tutela degli *interessi finanziari*, che come è abbiamo visto è stata quella primariamente avvertita dalle istituzioni europee, fin dal 1978; ma è ragionevole pensare – anche sulla scorta della Comunicazione della Commissione sulle linee guida per lo sviluppo della futura politica criminale europea – che difficilmente verranno adottate iniziative peregrine, rispetto alle quali gli Stati membri potrebbero sollevare dinanzi alla Corte di giustizia (fondamente) questioni concernenti il mancato rispetto del principio di sussidiarietà penalistica/*extrema ratio* sulla base dell'art. 263 TFUE.

Ancor più perché, come abbiamo visto, l'imminente istituzione del Pubblico Ministero europeo richiederà agli Stati ulteriori, significativi sforzi nel senso dell'armonizzazione/unificazione delle disposizioni di diritto penale sostanziale, sia pur nei circoscritti ambiti delineati dagli artt. 86 e 325 TFUE; e non sarebbe saggio – nella prospettiva delle istituzioni europee – portare avanti iniziative che non si mostrino strettamente necessarie, rischiando di urtare le diverse sensibilità nazionali: anche la recente autoesclusione della Danimarca e, sia pure in misura minore, del Regno Unito e dell'Irlanda dalle scelte di politica criminale dell'Europa a ventisette fungerà, verosimilmente, da monito per evitare nel prossimo futuro ulteriori strappi²¹³.

²¹¹Cfr. sul punto D. FLORE, *Une justice pénale après Amsterdam*, in *J.T. Dr. Eur.*, 1999, p. 122, nonché *Droit pénal européen*, cit., pp. 257 ss.

²¹²Così F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità*, cit., pp. 189-190.

²¹³Cfr. in proposito L. SALAZAR, *Di un sistema penale europeo*, cit., pp. 736-737.

Capitolo 4

Gli obblighi di tutela penale di matrice giurisprudenziale elaborati nell'ambito del diritto dei diritti umani

Indice

4.1	Introduzione	203
4.2	Gli obblighi di criminalizzazione nella giurisprudenza della Corte EDU	205
4.3	Gli obblighi di persecuzione penale enunciati dalla Corte EDU	213
4.4	Le funzioni della pena nella giurisprudenza di Strasburgo	219
4.5	Gli obblighi di criminalizzazione nella giurisprudenza della Corte IDU	221
4.6	Gli obblighi di persecuzione penale enunciati dalla Corte IDU	226
4.7	Le funzioni della pena nella giurisprudenza di San José	230
4.8	I punti di contatto della giurisprudenza delle due Corti dei diritti	231
4.9	I caratteri peculiari di ciascuna delle due giurisprudenze	233

4.1 Introduzione

La categoria degli obblighi espressi di tutela penale non è certo estranea al diritto dei diritti umani: numerosi strumenti internazionali, a vocazione

universale o regionale, prevedono obblighi siffatti¹.

Basti pensare, nel panorama internazionale, alla *Convenzione sulla schiavitù* elaborata sotto l'egida della Società delle Nazioni nel 1926 o alla *Convenzione ONU contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* del 1984; o ancora, a livello regionale, alla *Convenzione interamericana sulla sparizione forzata* del 1994 e alla *Convenzione interamericana per prevenire e sanzionare la tortura* del 1985 (mentre non contempla obblighi di tutela penale la *Convenzione per la prevenzione della tortura* adottata nel 1987 nell'ambito del Consiglio d'Europa, che si limita a istituire un sistema di controllo non giurisdizionale).

Il presente capitolo avrà, nondimeno, ad oggetto gli obblighi di incriminazione, di persecuzione penale e di effettiva punizione *di matrice giurisprudenziale* elaborati dalle due Corti regionali dei diritti – quella di Strasburgo e quella di San Josè di Costarica – a partire da atti che, al più, contemplano obblighi *impliciti* di tutela penale: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali del 1950 (di seguito CEDU) e la Convenzione americana sui diritti umani del 1969 (di seguito CADU).

Si tratta, come vedremo, di una giurisprudenza fortemente creativa, anche se non priva di addentellati nel testo dei rispettivi strumenti di riferimento. Utilizzando il consueto approccio di tipo cronologico, guarderemo prima all'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo (alla quale, d'ora in avanti, ci riferiremo più spesso utilizzando l'espressione Corte EDU) e soltanto dopo a quella della Corte interamericana dei diritti umani (che chiameremo di seguito Corte IDU).

Ci soffermeremo poi sulle ragioni fondanti del ricorso agli strumenti della giustizia penale e sulle funzioni che la pena riveste in questo importante settore del diritto internazionale, per procedere quindi ad evidenziare i numerosissimi punti di contatto che è dato registrare tra le due esperienze, come pure le (limitate, ma significative) peculiarità di ciascuna.

¹In relazione al «cambio di paradigma nei rapporti tra diritto penale e diritti fondamentali», passati dall'essere oggetto di tutela *dal* diritto penale ad oggetto di tutela *mediante* il diritto penale, cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2645 ss., e prima ancora in *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES – G. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 49 ss.

Aveva profeticamente intuito che ciò si sarebbe verificato, fin dal momento dell'affermazione del primo obbligo di tutela penale sancito dalla Corte EDU nella sentenza *X e Y c. Paesi Bassi* del 1985, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986, p. 315. Scriveva l'Autrice a proposito di quella sentenza: «*On observe donc un effet non seulement d'inhibition, mais aussi d'incitation, des droits de l'homme sur le droit pénal comme sur la politique criminelle. (...) c'est dans les modalités d'exercice du droit de punir qu'apparaît un nouveau type de raisonnement qui ne tend jamais à imposer à une norme un contenu précis et fixe, donc à uniformiser les droits nationaux, mais à les mettre en compatibilité*».

4.2 Gli obblighi di criminalizzazione nella giurisprudenza della Corte EDU

Il primo obbligo di criminalizzazione enunciato dalla Corte EDU (sia pure soltanto in termini negativi) porta la data del 1985: nella sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*², i giudici di Strasburgo hanno condannato lo Stato olandese per non aver apprestato una tutela adeguata – di carattere penale – a fronte delle violazioni della libertà sessuale delle persone affette da *handicap* (il caso di specie riguardava, infatti, un episodio di violenza sessuale in danno di una minore affetta da un grave *handicap* mentale).

Su ricorso proposto dal padre della ragazza, la Corte accertava la violazione degli obblighi positivi discendenti dall'art. 8 CEDU (che sancisce il diritto alla vita privata e familiare, di cui la libertà sessuale costituisce un aspetto) in ragione del fatto che, ai sensi dell'art. 248-ter del codice penale olandese, il soggetto passivo del reato doveva sporgere personalmente denuncia, mentre il tutore poteva provvedervi solo laddove la vittima non avesse ancora compiuto i sedici anni: le condizioni personali della ricorrente l'avevano dunque privata di una tutela effettiva, poiché nel "muro di protezione" contro gli abusi sessuali eretto dallo Stato attorno a tutte le persone incapaci di intendere liberamente era riscontrabile una grave lacuna, che avrebbe dovuto essere al più presto colmata dal legislatore.

La Corte ha dunque enunciato in tale occasione un obbligo di criminalizzazione *in termini negativi*, rilevando come la richiesta di una condizione di procedibilità disegnata in maniera tanto rigida determinasse, di fatto, l'inapplicabilità delle norme incriminatrici a tutela della libertà sessuale agli abusi commessi in danno di persone di età superiore ai sedici anni che fossero affette da gravi handicap mentali.

L'argomento speso dai giudici di Strasburgo per motivare la condanna dello Stato olandese era essenzialmente quello dell'*insufficienza dei rimedi extrapenal*, alla luce se non altro delle notevoli difficoltà probatorie che gli stessi presentavano e della necessità di una collaborazione attiva della vittima, che non poteva certo essere assicurata da persone che versassero in condizioni analoghe a quelle della ricorrente: «un'effettiva dissuasione» – si legge nella motivazione della sentenza – «è indispensabile in quest'ambito e può essere raggiunta solo attraverso il ricorso alla legge penale», dalla quale non a caso la materia è normalmente regolata.

²Corte EDU, sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi* (ric. n. 8978/80). Cfr. in proposito ancora M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., pp. 315, la quale si sofferma anche sul seguito di quella decisione; B. EMMERSON – A. ASHWORTH – A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, p. 763-764; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 281; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 61.

La seconda pronuncia in cui la Corte ha sancito obblighi di criminalizzazione in termini negativi è quella resa nel caso *A c. Regno Unito*³ del 1998.

Il caso di specie concerneva un bambino – di soli nove anni all’epoca dei fatti – che era stato ripetutamente colpito con una canna da giardino dal patrigno e aveva riportato numerosi lividi alle gambe e alle natiche. La giuria che aveva giudicato l’uomo aveva, tuttavia, ritenuto che la punizione inflitta al ricorrente non avesse esorbitato dai limiti della *defence* di *reasonable chastisement*, e aveva pertanto mandato assolto l’imputato.

La Corte – dopo aver ribadito che l’obbligo di porre in essere misure volte ad assicurare il rispetto della garanzia dell’art. 3 CEDU comporta la necessità di approntare una legislazione penale adeguata, e affermato il principio secondo cui «*children and other vulnerable individuals are entitled to protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity*» – ha riscontrato una violazione degli obblighi positivi discendenti da detta norma in ragione della vaghezza con cui l’esercizio dello *jus corrigendi* veniva disciplinato dal *common law*: la definizione della suddetta *defence* era infatti così ampia da lasciare un margine di discrezionalità eccessivo alla giuria, con il rischio di inibire l’operatività delle fattispecie penali a presidio dell’integrità fisio-psichica a fronte di trattamenti inumani e degradanti come quello subito dal ricorrente.

Più di recente, nella sentenza *M. C. c. Bulgaria*⁴ del 2003, i giudici di Strasburgo hanno condannato lo Stato convenuto per violazione degli obblighi positivi, discendenti dagli artt. 3 e 8 CEDU, di adottare disposizioni penali che tutelino in maniera effettiva l’autodeterminazione nella sfera sessuale, di modo che sia considerato penalmente rilevante «ogni atto sessuale non consensuale, anche laddove la vittima non abbia opposto resistenza fisica»; ciò che, appunto, non accadeva nell’ordinamento bulgaro, dal momento le norme penali in tema di violenza sessuale richiedevano, invece, che vi fosse la *prova* di quest’ultima.

Le censure della Corte si sono dunque concentrate in questo caso sulla *concreta conformazione del precetto penale*, poiché il suddetto requisito di fatto sottraeva alla sfera della punibilità gli atti sessuali non consensuali rispetto ai quali la vittima non avesse opposto resistenza fisica o comunque non vi fosse prova di una resistenza fisica da parte di quest’ultima.

³Corte EDU, sent. 23 settembre 1998, *A c. Regno Unito* (ric. n. 25599/94).

Cfr. sul punto D. J. HARRIS – M. O’BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, 2009, p. 107; B. EMMERSON – A. ASHWORTH – A. MACDONALD, *Human rights*, cit., p. 747; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., 2007, p. 61; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 276.

⁴Corte EDU, sent. 4 dicembre 2003, *M. C. c. Bulgaria* (ric. n. 39272/98).

Cfr. in proposito E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., pp. 282-283, e F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 62;

Nelle sentenze *Makaratzis c. Grecia*⁵ e *Nachova e altri c. Bulgaria*⁶ del 2005, ancora, i giudici di Strasburgo hanno stigmatizzato l'eccessiva ampiezza delle scriminanti in tema di *uso legittimo delle armi* previste, rispettivamente, dall'ordinamento greco e da quello bulgaro: dalla configurazione delle stesse in termini così estesi discendeva, infatti, l'insufficiente protezione del diritto alla vita dei cittadini a fronte dell'azione della forza pubblica.

Il filone giurisprudenziale si è poi ulteriormente arricchito con le pronunce:

- *Vlaevi c. Bulgaria*⁷, in cui la Corte ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 2 CEDU perché le autorità precedenti non avevano effettuato alcun vaglio di stretta necessità del ricorso alla forza con esiti potenzialmente letali, prescindendo dunque da un'interpretazione convenzionalmente conforme del dato normativo nazionale; e
- *Karandja c. Bulgaria*⁸, relativa all'uccisione di un giovane che aveva tentato di fuggire dalla stazione di polizia dov'era detenuto con l'accusa di furto e guida senza patente: in quell'occasione, la Corte – ribadendo i principi espressi in numerose pronunce, tra le quali la già menzionata sentenza *Nachova e altri c. Bulgaria* – ha affermato che la cause di giustificazione dell'uso delle armi contemplata dal codice penale bulgaro, nell'interpretazione datane dalle Corti nazionali, era eccessivamente ampia, e integrava pertanto una violazione strutturale degli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 CEDU (sottolineando, peraltro, con disappunto come il quadro normativo fosse rimasto identico nonostante le ripetute pronunce di condanna inanellate a Strasburgo dalla Bulgaria in riferimento proprio a questa specifica questione)⁹.

Nelle pronunce *Beyazgül*¹⁰, *Halis Akin*¹¹, *Ölmez*¹², tutte contro la Turchia, la Corte ha invece riscontrato una violazione strutturale dell'art. 2 CEDU in riferimento alla scriminante dell'uso legittimo delle armi *in materia di contrabbando* in vigore nello Stato convenuto al momento del fatto (e successivamente riformata prima nel 2003 e poi nel 2007), la quale non

⁵Corte EDU, sent. 20 dicembre 2004, *Makaratzis c. Grecia* (ric. n. 50385/99).

Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 62.

⁶Corte EDU, sent. 6 giugno 2005, *Nachova e altri c. Bulgaria* (ric. nn. 43577/98 e 43579/98).

Cfr. in proposito B. EMMERSON – A. ASHWORTH – A. MACDONALD, *Human rights*, cit., p. 755, e F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 6.

⁷Corte EDU, sent. 2 settembre 2010, *Vlaevi c. Bulgaria* (ric. n. 272/05 e 890/05).

⁸Corte EDU, sent. 7 ottobre 2010, *Karandja c. Bulgaria* (ric. n. 69180/01).

⁹Sia consentito in proposito il rinvio ad A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, pp. 205-206.

¹⁰Corte EDU, sent. 22 settembre 2009, *Beyazgül c. Turchia* (ric. n. 27849/03)

¹¹Corte EDU, sent. 13 gennaio 2009, *Halis Akin Turchia* (ric. n. 30304/02)

¹²Corte EDU, sent. 9 novembre 2010, *Ölmez e altri c. Turchia* (ric. n. 22746/03).

prevedeva il requisito della proporzione e conseguentemente non garantiva protezione sufficiente al diritto alla vita dei consociati (che pure versavano *in re illicita*, trattandosi di contrabbandieri)¹³.

Da ultimo, nella sentenza *Alikaj c. Italia*¹⁴ del 2011 i giudici di Strasburgo hanno rilevato, tra l'altro, la violazione sostanziale dell'art. 2 CEDU poiché il legislatore italiano non aveva ottemperato all'obbligo, discendente dalla Convenzione, di *regolamentare l'uso delle armi da parte degli agenti della forza pubblica* in conformità con le direttrici tracciate dagli strumenti internazionali *ad hoc*, e in particolare dai *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials* adottati nell'ambito dell'ONU nel 1990.

Numerosissime sono, poi, le sentenze in cui la Corte – a partire dai leading cases *Bati e altri c. Turchia*¹⁵ e *Abdülsamet Yaman c. Turchia*¹⁶, entrambe del 2004 – ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 3 CEDU in ragione dell'intervenuta prescrizione del reato¹⁷: tra queste, si segnalano nella giurisprudenza più recente le sentenze *Erdal Aslan c. Turchia*¹⁸, *Voiculescu c. Romania*¹⁹, *Kesere e Kömürkü c. Turchia*²⁰, *Alkes c. Turchia*²¹, *Aşici c. Turchia*²².

Nelle pronunce *Ali e Ayşe Duran*²³, *Erdogän Yılmaz*²⁴ e *Müdet Kömürçü*²⁵, tutte rese contro la Turchia, la Corte ha invece affermato che, a fronte delle

¹³Cfr. ancora A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il diritto alla vita*, cit., pp. 205-206.

¹⁴Corte EDU, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia* (ric. n.).

Sia consentito in proposito il rinvio ad A. COLELLA, *La Corte "condanna" l'Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 Cedu in relazione all'uccisione di un diciannovenne albanese ad opera di un agente di polizia*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵Sent. 3 giugno 2004, *Bati e altri c. Turchia* (ric. n. 33097/96 e 57834/00).

¹⁶Corte EDU, sent. 2 novembre 2004, *Abdülsamet Yaman c. Turchia*, (ric. n. 32446/96).

¹⁷Cfr. sul punto A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, p. 224. e A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale (parte I)*, in *La Comunità internazionale*, 2005, pp. 278-279.

Quanto agli sviluppi più recenti di quella giurisprudenza, sia consentito in proposito il rinvio ad A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, pp. 230-236.

¹⁸Corte EDU, sent. 2 dicembre 2008, *Erdal Aslan c. Turchia* (ric. n. 25060/02 e 1705/03).

¹⁹Corte EDU, sent. 3 febbraio 2009, *Voiculescu c. Romania* (ric. n. 5325/03).

²⁰Corte EDU, sent. 23 giugno 2009, *Keser e Kömürkü c. Turchia* (ric. n. 5981/03).

²¹Corte EDU, sent. 16 febbraio 2010, *Alkes c. Turchia* (ric. n. 3044/04).

²²Corte EDU, sent. 16 marzo 2010, *Aşici c. Turchia* (ric. n. 26625/04).

²³Corte EDU, sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.

²⁴Corte EDU, sent. 14 ottobre 2008, *Erdogän Yılmaz e altri c. Turchia* (ric. n. 19374/03).

²⁵Corte EDU, sent. 21 luglio 2009, *Müdet Kömürçü c. Turchia n. 2* (ric. n. 40160/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1943.

violazioni degli artt. 2 e 3 CEDU, in linea di principio, la concessione di un'*amnistia* o di *indulto* non dev'essere permessa; mentre nella sentenza *Turan Cakir c. Belgio*²⁶ del 2009 i giudici di Strasburgo hanno effettuato un'importante precisazione di ordine generale sul tema dell'incidenza delle *cause di estinzione del reato e della pena*, stabilendo che i procedimenti penali aventi ad oggetto reati commessi da pubblici agenti che ricadono entro lo spettro di applicazione dell'art. 3 CEDU devono necessariamente concludersi *con una sentenza che accerti, nel merito, le eventuali responsabilità* degli stessi, e *non con una sentenza di tipo meramente procedurale* (quali – per limitarsi alle ipotesi più frequenti – la sentenza di assoluzione per intervenuta prescrizione o in applicazione di un provvedimento di amnistia o di indulto)²⁷.

Tutte le sentenze finora menzionate sono accomunate dal fatto che la Corte ha enunciato i suddetti obblighi di criminalizzazione *in termini negativi*, rilevando a seconda dei casi che *l'eccessiva ampiezza di talune cause di giustificazione*, la *concreta conformazione del precetto*, la *previsione di una condizione di procedibilità*, il *decorso dei termini di prescrizione* o *l'intervento di un provvedimento di clemenza* avessero di fatto ristretto indebitamente l'area del penalmente rilevante, in violazione degli obblighi positivi di tutela che ricadono sulle autorità nazionali (e in primo luogo sul potere legislativo, chiamato a predisporre un quadro normativo adeguato).

Nonostante la mancanza di una norma che imponga al legislatore nazionale di apportare tutte le modifiche all'ordinamento interno che si rendano necessarie per ottemperare all'obbligo di rispettare i diritti dell'uomo discendente dall'art. 1 CEDU (norma che è invece presente, come vedremo, nella Convenzione americana dei diritti dell'uomo), la Corte EDU ha, inoltre, sancito – in due occasioni soltanto, finora – un vero e proprio obbligo di criminalizzazione *in termini positivi* a fronte di condotte lesive del diritto fondamentale di non essere sottoposti a schiavitù, servitù e lavoro forzato di cui all'art. 4 CEDU.

Il *leading case* è la pronuncia *Siliadin c. Francia*²⁸, con la quale nel 2005 la seconda sezione ha condannato la Francia per la mancata previsione di

²⁶Corte EDU, sent. 10 marzo 2009, *Turan Cakir c. Belgio* (ric. n. 44256/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 850-851.

²⁷In quell'occasione, invero, la violazione procedurale dell'art. 3 appariva macroscopica, posto che il giudizio d'appello promosso dal ricorrente avverso il provvedimento di non luogo a procedere non era stato fissato se non a distanza di sei anni dall'impugnazione, quando il termine di prescrizione era ormai maturato.

Cfr. ancora A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il divieto di tortura*, cit., pp. 230 – 231, nonché, più sinteticamente, F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, cit., p. 31.

²⁸Corte EDU, sent. 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01).

Si vedano in proposito J. HARRIS – M. O'BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention*, cit., p. 118; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., pp. 282-283; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p., 62, nonché, volendo, A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, pp. 252-253.

una norma che incriminasse espressamente le condotte vietate dalla norma suddetta.

La pronuncia è ancora più significativa se si considera che la legislazione francese in vigore all'epoca dei fatti prevedeva, agli artt. 225-13 e 225-14 c.p., norme incriminatrici che, sia pur con qualche forzatura, consentivano di reprimere le condotte poste in essere dagli autori materiali della violazione (una coppia di cittadini francesi che per anni avevano tenuto in stato di servitù domestica una ragazza togolese di quindici anni e sette mesi, facendola lavorare senza sosta per quindici ore al giorno senza mai concederle una giornata di riposo, senza retribuzione, senza regolarizzare la sua situazione amministrativa e senza permettere la sua scolarizzazione). Si trattava tuttavia – come la Corte non ha mancato di rilevare – di fattispecie volte a prevenire lo sfruttamento del lavoro e l'assoggettamento a condizioni di vita e lavoro contrarie alla dignità umana, *che presentavano parametri così incerti da consentire interpretazioni diverse da tribunale a tribunale e che, soprattutto, non erano corredate da sanzioni proporzionate alla gravità del fatto*: il che era stato già stigmatizzato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella *Raccomandazione 1523 (2001)*, che per vero si doleva del fatto che nessuno degli Stati membri del Consiglio d'Europa – e dunque non solo la Francia – avesse introdotto nel proprio ordinamento penale il reato di schiavitù domestica²⁹.

L'*iter* motivazionale seguito dalla Corte in quell'occasione ruota attorno a due argomenti:

- a) ribadito il carattere di *valore fondamentale, insuscettibile di deroga*, della garanzia prevista dall'art. 4 CEDU, i giudici di Strasburgo rilevano anzitutto come gli obblighi positivi discendenti da tale norma comprendano quello di *criminalizzare e perseguire penalmente in maniera efficace* le condotte volte a mantenere una persona in una forma (più o meno larvata) di schiavitù³⁰: *«the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties»* – si legge al § 148 – *correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies»*;
- b) adottando una prospettiva “vittimocentrica”, i membri del collegio sottolineano poi come – alla luce del quadro normativo vigente e della

²⁹ Cfr. il § 133 della pronuncia.

³⁰ Pare opportuno riportare per esteso il § 112 della pronuncia: *«The Court reiterates that Article 4 enshrines one of the fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 4 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation [...]. In those circumstances, the Court considers that, in accordance with contemporary norms and trends in this field, the member States' positive obligations under Article 4 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any act aimed at maintaining a person in such a situation [...].»*

concreta applicazione giurisprudenziale delle norme – la vittima della violazione non avesse potuto veder condannati in sede penale gli autori della condotta vietata dall'art. 4 CEDU (ma il testo inglese del § 145 – «*The Court observes that, in the instant case, the applicant, who was subjected to treatment contrary to Article 4 and held in servitude, was not able to see those responsible for the wrongdoing convicted under the criminal law*» – è ancor più pregnante, dal momento che il verbo *convict* significa tanto “condannare, giudicare colpevole” quanto “condannare a pena detentiva”).

La Corte EDU ha poi avuto modo di riaffermare il suddetto obbligo di criminalizzazione in termini positivi – sempre in riferimento all'art. 4 CEDU ma in relazione, questa volta, al traffico di esseri umani – nella sentenza *Rantsev c. Cipro e Russia*³¹, resa nel gennaio 2010 all'esito di una complessa vicenda che sintetizzeremo in nota³².

³¹Corte EDU, sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, (ric. n. 25965/04).

³²Il ricorrente era il padre di una ragazza russa, deceduta dopo essersi – all'apparenza – gettata dal sesto piano di un palazzo a Cipro, dove era giunta poche settimane prima con un visto da artista. Più nel dettaglio, una volta arrivata sull'isola la giovane aveva iniziato a lavorare in un locale di cabaret, per poi abbandonare il proprio posto di lavoro e la propria abitazione soltanto tre giorni più tardi, dopo aver manifestato la volontà di tornare in Russia. Il suo datore di lavoro l'aveva trovata in una discoteca alcuni giorni dopo, e – verso le quattro del mattino del 28 marzo 2001 – l'aveva condotta dalla polizia per chiedere che fosse accertata l'illegittimità della sua permanenza a Cipro e fosse, di conseguenza, rimpatriata in Russia. Gli agenti di polizia, dopo un primo sommario esame in cui non avevano riscontrato irregolarità, si erano rifiutati di trattenerla in caserma e avevano chiesto al titolare del locale di cabaret di portarla via e di ritornare con lei più tardi quella stessa mattina per ulteriori accertamenti. La giovane veniva quindi condotta dal suo *ex* datore di lavoro nell'appartamento di un altro dipendente del locale, situato al sesto piano di un palazzo. Verso le 6.30 del mattino il suo cadavere era rinvenuto nella strada sottostante, e una coperta veniva trovata legata a mo' di cappio alla ringhiera del balcone dell'appartamento.

I giudici ciprioti, investiti della vicenda, rilevavano che la ragazza era morta in circostanze anomale, ma che non c'erano i margini per ritenere che qualcuno fosse responsabile della sua morte. La magistratura russa, sollecitata dal padre della giovane uccisa, chiedeva che venisse effettuato un supplemento di indagine, ma le autorità cipriote ribadivano che il caso dovesse considerarsi chiuso.

La Corte, facendo applicazione dei propri principi consolidati, ha anzitutto escluso la sussistenza di una violazione dell'art. 2 CEDU sotto il profilo sostanziale, perché la serie causale sfociata nella morte della figlia del ricorrente non era prevedibile, e sulle autorità cipriote non gravava pertanto l'obbligo positivo di adottare misure idonee a prevenire un rischio per la vita; ha riscontrato, invece, una violazione procedurale di detta norma, perché le indagini condotte dalla magistratura nazionale presentavano molte lacune e zone d'ombra.

Assai più interessanti appaiono, tuttavia, le considerazioni espresse dai giudici di Strasburgo in merito alla presunta violazione dell'art. 4 CEDU, invocato dal ricorrente perché l'*Ombudsman* di Cipro, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e il Dipartimento di Stato degli USA avevano pubblicato dei rapporti nei quali denunciavano la diffusione a Cipro del traffico di esseri umani a fini di sfruttamento economico e sessuale, e il ruolo rivestito nel suddetto dall'industria dello spettacolo, attraverso il rilascio di visti

All'opposto, essa non ha per il momento avuto occasione di affermare a chiare lettere tale principio di diritto in relazione ai fatti di tortura vietati dall'art. 3 CEDU (sebbene una lettura *a fortiori* del *dictum* della Corte nella sentenza *A c. Regno Unito* del 1998 potrebbe forse far ritenere che lo stesso possa ricavarsi implicitamente dalla giurisprudenza della Corte europea).

Nella recente sentenza *Valeriu e Nicolae Roșca c. Moldavia*³³ nondimeno, la Corte ha riscontrato una violazione procedurale dell'art. 3 Cedu in ragione del fatto che gli agenti di polizia responsabili dei maltrattamenti subiti in carcere dai ricorrenti erano sì stati condannati dai giudici nazionali, ma a titolo di abuso di potere e non di tortura, come pure il diritto interno avrebbe consentito di fare.

La circostanza che fosse stata irrogata la pena minima e che questa fosse stata sospesa ha certamente assunto un peso rilevante nella decisione, dalla quale pare, tuttavia, di poter trarre il principio per cui la fattispecie astratta sotto la quale va sussunta la condotta contraria all'art. 3 Cedu dev'essere *specificata e corredata di un apparato sanzionatorio idoneo* a reprimere

da "artista": il padre della ragazza si doleva, infatti, che le autorità russe non avessero adottato le misure necessarie a proteggerla dal rischio di cadere vittima di tale sistema, e che non avessero condotto indagini adeguate per accertare se la giovane fosse effettivamente morta nel tentativo di sottrarsi alla condizione di schiavitù in cui versava.

Sebbene il Governo cipriota avesse riconosciuto la violazione degli art. 2, 3, 4, 5 e 6 della Convenzione, offrendo di risarcire al ricorrente il danno patrimoniale e non patrimoniale e dichiarando di aver incaricato tre esperti indipendenti di far luce sulle circostanze della morte della ragazza e sulle condizioni del suo soggiorno a Cipro, la Corte ha ritenuto di dover procedere comunque all'esame della vicenda, anche in ragione del fatto che la pronuncia sarebbe servita a fare chiarezza sulla questione dell'applicabilità dell'art. 4 CEDU al traffico di esseri umani, poco esplorata nella sua giurisprudenza precedente. Prendendo finalmente una posizione netta sul punto, i giudici di Strasburgo hanno anzitutto affermato il principio per cui il traffico di esseri umani consiste, come la schiavitù, nell'esercizio di poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà, e pertanto ricade nella proibizione dell'art. 4 CEDU: anche in questo caso, infatti, gli esseri umani – sottoposti a una sorveglianza strettissima, e spesso limitati nella libertà di movimento – vengono trattati come merci da comprare e vendere, e sono sovente oggetto di violenze e vessazioni.

Sul fronte degli obblighi positivi che rilevano sul versante sostanziale dell'art. 4 CEDU, la Corte ha poi precisato che gli Stati contraenti sono tenuti a porre in essere tutte le misure idonee a scongiurare il pericolo che gli individui sottoposti alla loro giurisdizione siano ridotti in condizioni di schiavitù o di servitù o costretti al lavoro forzato. Sulla scorta di tale premessa, essa ha dunque riscontrato una violazione, da parte di Cipro, degli obblighi positivi derivanti dall'art. 4 CEDU in ragione del fatto che:

- a) non vi era un quadro normativo e amministrativo adeguato a combattere il traffico di esseri umani contrastando il fenomeno della concessione di visti da artista; e
- b) la polizia non aveva adottato misure operative volte a proteggere la figlia del ricorrente dal rischio per la sua libertà, a dispetto del fatto che le circostanze del caso concreto dessero modo di sospettare che la stessa fosse caduta nella rete dei trafficanti di esseri umani.

³³Corte EDU, sent. 20 ottobre 2009, *Valeriu e Nicolae Roșca c. Moldavia* (ric. n. 41704/02).

adeguatamente il fatto di reato.

E' peraltro verosimile che la Corte possa, in un futuro più o meno prossimo, affermare un obbligo di criminalizzazione in termini positivi – proprio come ha fatto nella sentenza *Siliadin* – in relazione alla mancanza, questa volta nell'ordinamento italiano, di una norma incriminatrice della *tortura*; ciò che integra una violazione strutturale dell'art. 3 CEDU (che, se possibile, sancisce un diritto ancor più fondamentale di quello tutelato dall'art. 4 CEDU, che veniva in rilievo nelle pronunce appena menzionate)³⁴.

4.3 Gli obblighi di persecuzione penale enunciati dalla Corte EDU

Accanto ai suddetti obblighi di criminalizzazione, la Corte EDU ha elaborato – dapprima in riferimento al solo art. 3, per poi “esportare” i medesimi principi anche nell'ambito di applicazione degli artt. 2, 4 e in misura minore 5 CEDU – una serie di *obblighi procedurali* che operano “a valle” della violazione di dette norme e che si compendiano in quello, più generale, di fare piena luce sulle medesime asserite violazioni³⁵.

Nello sviluppare la dimensione procedurale delle suddette norme, peraltro, la Corte ha progressivamente messo in ombra l'art. 13 CEDU, che come noto sancisce il *diritto a un ricorso effettivo*: la giurisprudenza più recente mostra, infatti, come quest'ultimo abbia conservato la propria valenza soltanto in riferimento ai casi in cui vengano in rilievo procedimenti di natura civile o amministrativa (e non penale); sicché una violazione congiunta delle due norme potrà concepirsi soltanto laddove l'ineffettività del processo penale celebrato a livello interno abbia determinato, a cascata, l'ineffettività di tutti gli altri rimedi previsti dall'ordinamento interno (*in primis*, quello civilistico del risarcimento del danno)³⁶.

La *ratio* dell'enucleazione degli obblighi di persecuzione penale ed effettiva punizione è evidente: alla luce del carattere solo sussidiario degli strumenti di *law enforcement* che gravitano attorno alla CEDU, è necessario che siano gli stessi giudici nazionali ad accertare in prima battuta le eventuali violazioni dei diritti e delle libertà di matrice convenzionale, pena altrimenti il crollo dell'intero sistema (che non potrebbe, evidentemente, reggere se la Corte dovesse occuparsene direttamente per tutti e quarantasette gli Stati membri).

³⁴Sia consentito il riferimento ad A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2009, pp. 1801 ss. (e, in particolare, pp. 1838 ss.).

³⁵Sia consentito ancora il rinvio ad A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il divieto di tortura*, cit., pp. 229 ss.

³⁶Cfr. in proposito A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il diritto alla vita*, cit., pp. 215 – 216.

L'obbligo di attivare i meccanismi della giustizia penale sorge, nondimeno, solo a fronte di *violazioni dolose* di tali norme, mentre nelle ipotesi – invero piuttosto rare – di violazioni soltanto *colpose* (essenzialmente in tema di artt. 2 e 3 CEDU, ché per gli artt. 4 e 5 le stesse appaiono difficilmente concepibili) sarà sufficiente la tutela risarcitoria, purché la somma corrisposta al ricorrente in sede nazionale non sia di molto inferiore a quella generalmente accordata dalla Corte a titolo di equa riparazione in casi analoghi³⁷.

E' interessante notare come, per sintetizzare il contenuto degli obblighi procedurali, la Corte EDU faccia in genere ricorso alla medesima espressione: *«the notion of an “effective remedy” entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible, including effective access for the complainant to the investigatory procedure»*³⁸.

La corposa giurisprudenza sviluppatasi in materia, nondimeno, si è fatta carico di precisare ulteriormente la portata del suddetto obbligo, sicché può ritenersi ormai *jus receptum*³⁹ il principio secondo cui è necessario:

- a) che l'inchiesta penale sia *prontamente avviata d'ufficio*, anche laddove manchi la querela del ricorrente, e che la stessa non sia subordinata a condizioni di procedibilità⁴⁰;
- b) che le *indagini* siano *diligenti* (l'eventuale assoluzione per insufficienza di prove potrà, infatti, essere censurata dal giudice europeo laddove sia ravvisabile un difetto di diligenza da parte della pubblica accusa)⁴¹;

³⁷Cfr. sul punto, emblematicamente, Corte EDU, sent. 8 gennaio 2009, *Iribarren Pinillos c. Spagna* (ric. n. 36777/03) e sent. 16 dicembre 2010, *Romokhov c. Russia* (ric. n. 4532/04).

³⁸Cfr. *ex multis* la già citata Corte EDU, sent. 2 novembre 2004, *Abdülsamet Yaman c. Turchia*, (ric. n. 32446/96), § 53.

³⁹Ciò quantomeno a fronte delle violazioni degli artt. 2, 3 e 4 CEDU, dal momento che la giurisprudenza in tema di art. 5 CEDU è decisamente più scarna.

⁴⁰Pertanto, non potranno soddisfare i requisiti richiesti dal diritto vivente di Strasburgo i procedimenti nei quali l'azione penale non ha potuto essere esercitata in ragione della mancata autorizzazione a procedere contro gli ufficiali di polizia coinvolti nella vicenda; ipotesi, questa, assai frequente in Turchia, come testimoniano alcune recenti pronunce tra cui la sentenza *Çağlayan c. Turchia* del 21 ottobre 2008 (ric. n. 30461/02).

⁴¹Di regola, la Corte non sovrappone la propria valutazione del materiale probatorio a quella effettuata dai giudici nazionali (che sono i primi tutori delle garanzie convenzionali, e che senz'altro si trovano in una posizione migliore per valutare la fondatezza della doglianza del ricorrente). Tuttavia, può accadere che essa si spinga a censurare gli apprezzamenti delle Corti interne, laddove questi si mostrino manifestamente contraddittori o superficiali o si fondino su elementi di prova che appaiano *prima facie* inattendibili.

Cfr. ad esempio Corte EDU, sent. 15 ottobre 2009, *Antipenkov c. Russia* (ric. n. 33470/03), nella quale la Corte ha ritenuto inadeguata l'inchiesta interna perché le conclusioni del pubblico ministero si erano basate soprattutto sulle testimonianze dei poliziotti coinvolti nella vicenda di maltrattamenti denunciata dai ricorrenti. Paradigmatica, a questo proposito, anche Corte EDU, sent. 20 gennaio 2009, *Celik c. Turchia n. 1* (ric. n. 39324/02): il ricorrente, percosso violentemente mentre si trovava in visita all'interno

- c) che le indagini *non vengano affidate a soggetti del corpo di appartenenza del sospetto autore* delle violazioni⁴²;
- d) che il processo si svolga *in modo rapido*, e in ogni caso prima che i reati cadano in prescrizione;
- e) che il processo sia trasparente e *garantisca il coinvolgimento delle vittime*;
- f) che la *pena irrogata sia congrua e proporzionata al fatto di reato*;
- g) che chi è sottoposto ad indagini sia *sospeso dal servizio* per tutto il corso del processo e, in caso di condanna, licenziato⁴³.

Meritano di essere approfonditi, poi, i principi in tema di *sentencing* espressi dalla Corte in alcune innovative, recenti pronunce⁴⁴.

Nella sentenza *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria*⁴⁵ la Corte ha ravvisato una violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 Cedu in relazione a una fattispecie di *omicidio preterintenzionale*: i due poliziotti individuati come autori del reato erano stati infatti condannati, soltanto sette anni dopo l'accaduto, a tre anni di reclusione (ossia alla pena minima prevista dal codice penale bulgaro per il delitto in esame); pena che era stata peraltro sospesa in ragione della tenuità dell'elemento soggettivo e della bassa pericolosità sociale degli imputati (sebbene uno dei due fosse stato incriminato per percosse a danno di un detenuto soltanto pochi mesi prima).

Ad analoghe conclusioni sono pervenuti i giudici di Strasburgo nella sentenza *Ali e Ayşe Duran c. Turchia*⁴⁶, relativa alla morte di un detenuto a seguito dei mistreatments subiti in carcere da parte delle guardie carcerarie. Anche in questo caso la Corte – pur riaffermando il principio per cui solo le corti nazionali sono competenti a decidere sulla colpevolezza dell'imputato e a commisurare la pena – ha tuttavia rivendicato il potere di valutare la correttezza della decisione in tutti i casi di manifesta sproporzione tra la

di un istituto carcerario, lamentava la violazione procedurale della norma in esame per l'ineffettività dell'inchiesta interna, dal momento che i testimoni oculari dell'accaduto erano stati sentiti per la prima volta solo dopo tre anni, e al direttore del carcere e ai poliziotti era stata accordata l'impunità in applicazione di una legge che prevede la sospensione dei processi a carico dei poliziotti.

⁴²Lo ha di recente ribadito l'*Opinion of the Commissioner for Human Rights concerning independent and effective determination of complaints against the police* del 12 marzo 2009, pubblicata sul sito del Consiglio d'Europa, www.coe.int.

⁴³Cfr. In proposito Corte EDU, sent. 14 febbraio 2008, *Kobets c. Ucraina*, (ric. n. 16437/04) e sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.

⁴⁴Sia consentito il rinvio ad A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il diritto alla vita*, cit., pp. 213-214.

⁴⁵Sent. 20 dicembre 2007, *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria* (ric. n. 7888/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 345.

⁴⁶Sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia* (ric. n. 42942/02), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 721.

sanzione irrogata e la gravità del fatto: è quanto era accaduto nel caso di specie, in cui la pena era stata quantificata in misura di poco inferiore ai tre anni di reclusione a seguito dell'applicazione di una serie di circostanze attenuanti, per poi venire conseguentemente sospesa.

Ancora, nella sentenza *Fadime e Turan Karabulut c. Turchia*⁴⁷ – relativa all'uccisione ad opera delle forze di polizia di una quattordicenne che non si era fermata all'alt – la Corte ha ritenuto che la condanna dei poliziotti a un anno e otto mesi di reclusione, per di più condizionalmente sospesa, fosse irrisoria, e ha riconosciuto pertanto una violazione procedurale dell'art. 2 Cedu.

Il principio di *proporzione della pena inflitta rispetto alla gravità del fatto* e quello della *congruità della somma corrisposta a titolo di risarcimento* – originariamente enucleati rispetto all'art. 2 Cedu nelle sentenze ora menzionate – sono stati, di recente, trasposti dalla Corte anche in tema di art. 3 Cedu, a riprova del rapporto di reciproca “osmosi” intercorrente tra le due norme⁴⁸.

E' quel che è accaduto, in primo luogo, nella sentenza resa dalla Corte sul celebre caso *Gäfgen c. Germania*⁴⁹, originato da un complessa vicenda che si andrà qui a ripercorrere.

Il ricorrente, sospettato del rapimento del giovane figlio di un banchiere tedesco, veniva arrestato dalla polizia dopo aver ottenuto un riscatto dai genitori del ragazzo. Ritenendo fosse ancora possibile liberare quest'ultimo (che in realtà era già stato ucciso), alcuni poliziotti minacciavano il ricorrente di tortura, così che questi, spaventato, rivelava allora il luogo in cui si trovava il corpo della vittima.

Nel giugno 2008, la quinta sezione, accogliendo l'eccezione del Governo tedesco, aveva escluso che il ricorrente potesse ancora considerarsi “vittima” di una violazione dell'art. 3 Cedu, dal momento che le autorità giurisdizionali interne lo avevano già restituito in integrum attraverso: a) il riconoscimento della contrarietà della condotta posta in essere dagli agenti al divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti; b) la condanna di questi ultimi; c) la sanzione processuale dell'inutilizzabilità (nel processo a suo carico) delle dichiarazioni che aveva reso sotto minaccia di tortura.

La grande camera, ribaltando tale valutazione, ha invece riconosciuto al ricorrente lo status di “vittima” ex art. 34 CEDU, rilevando come: a) la condanna degli agenti a pene pecuniarie di modesta entità, peraltro condizionalmente sospese, fosse manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità della violazione di un diritto fondamentale come quella da essi perpetrata,

⁴⁷Sent. 27 maggio 2010, *Fadime e Turan Karabulut c. Turchia* (ric. n.23872/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1310.

⁴⁸Sia consentito in proposito il rinvio ad A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il divieto di tortura*, cit., pp. 233-234.

⁴⁹Corte EDU, sent. 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania* (ric. n. 22978/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1294; (grande camera) sent. 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* (ric. n. 22978/05), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1311.

e non si mostrasse idonea ad esplicitare un adeguato effetto deterrente; b) gli agenti non fossero stati sospesi dal servizio, ma solo trasferiti; c) a oltre tre anni di distanza dall'instaurazione del procedimento amministrativo per ottenere il risarcimento del danno subito, non fosse stata ancora celebrata alcuna udienza⁵⁰.

Sulla stessa scia si colloca, ancor più di recente, la sentenza *Darraj c. Francia*⁵¹.

Il ricorrente, portato in caserma per l'identificazione dopo essere risultato sprovvisto di documenti, al rifiuto di essere ammanettato era stato malmenato e insultato dagli agenti, e aveva riportato lividi su tutto il corpo, ferite sul viso e sul collo e una frattura al testicolo destro per cui aveva dovuto essere operato d'urgenza. I poliziotti erano stati condannati in primo grado a quattro e otto mesi di reclusione, condizionalmente sospesa, rideterminata in secondo grado in 800 euro di ammenda: la Corte, chiamata a valutare, anche in questo caso, se il ricorrente potesse ancora proclamarsi "vittima" di una violazione della Convenzione ai sensi dell'art. 34 CEDU, ha ritenuto che la pena ad essa inflitta fosse manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto e non esplicitasse pertanto un adeguato effetto deterrente⁵².

⁵⁰La Corte non ha, invece, preso posizione sulla questione della inutilizzabilità delle prove estorte sotto minaccia di tortura, non ritenendolo necessario ai fini del giudizio sul caso di specie, in cui la condanna del ricorrente si fondava non sulle prove materiali viziate, ma sulle confessioni rese dall'imputato in dibattimento dopo essere stato informato del diritto a rimanere in silenzio e dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in precedenza (circostanza per cui il giudice di Strasburgo hanno ritenuto insussistente la violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 CEDU, da Gäfgen lamentata unitamente a quella dell'art. 3 CEDU).

Pur ribadendo che, in linea di principio, le condizioni necessarie a garantire alla vittima di una violazione dell'art. 3 CEDU un'adeguata riparazione ai sensi dell'art. 41 della Convenzione siano il compimento di un'indagine effettiva che conduca all'individuazione e alla punizione dei responsabili, e la possibilità di chiedere e ottenere una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale subito, la Corte ha tuttavia ammesso che, in talune circostanze, si possa e debba individuarne una ulteriore, consistente appunto nell'*inutilizzabilità delle prove ottenute in violazione dell'art. 3 Cedu* (senza però precisare quando ciò può accadere, a parte l'ipotesi in cui le prove siano state effettivamente estorte sotto tortura).

Cfr. in proposito S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum, bene retentum e dottrina del ritrovamento inevitabile in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. CORSO – E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, vol. II, pp. 349 ss.

Sul profilo dell'utilizzabilità delle prove estorte attraverso il ricorso alla tortura, cfr. anche la sentenza *Soyhan c. Turchia* del 6 ottobre 2009 (ric. n. 4341/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 299, in cui la Corte, pur ritenendo il ricorso irricevibile perché tardivo nella parte relativa alla violazione dell'art. 3 CEDU, ha riscontrato una violazione degli artt. 6 § 1 e 3 CEDU, perché i giudici nazionali non hanno compiuto la valutazione sull'ammissibilità delle suddette prove prima di esaminare il merito della vicenda.

⁵¹Corte EDU, sent. 4 novembre 2010, *Darraj c. Francia* (ric. n. 34588/07).

Sia consentito, in proposito, il rinvio ad A. COLELLA, *La Francia condannata a Strasburgo per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione all'uso eccessivo della forza durante un arresto*, 2010, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵²Altri elementi sui quali si è fondato il giudizio di inadeguatezza della reazione approntata

Con la precisazione di cui al § 49 – «*même si on la situe dans la pratique de l'Etat défendeur en matière de condamnation*» – il giudice europeo sembra peraltro aver voluto affermare, in tale occasione, il principio per cui la valutazione sulla proporzione della pena inflitta va effettuata senza tener conto della prassi in materia di *sentencing* affermatasi nel singolo Stato convenuto, e dunque in termini assoluti (e non relativi).

Da ultimo, nella sentenza *Ciğerhun Öner c. Turchia*⁵³ del novembre 2010, la Corte ha riscontrato una violazione procedurale dell'art. 3 CEDU in ragione dell'ineffettività della risposta sanzionatoria approntata dalle autorità giurisdizionali interne (valutando dunque il profilo dell'efficacia deterrente della pena inflitta nel corso dell'esame della vicenda nel merito).

Nel caso di specie il ricorrente, all'epoca dei fatti dodicenne, veniva fermato da due poliziotti per essere identificato ed, essendosi rifiutato di fornire agli agenti le proprie generalità, veniva condotto in caserma: uno dei poliziotti ordinava all'altro di colpirlo al viso, provocandogli un ematoma sopra lo zigomo destro e un'iperemia all'occhio destro. Nei confronti degli agenti veniva instaurato un procedimento penale, in esito al quale l'agente che aveva colpito il ricorrente veniva condannato in primo grado alla pena di tre anni di reclusione, condizionalmente sospesa, mentre l'altro veniva assolto. In secondo grado, invece, anche quest'ultimo veniva condannato a una pena di tre anni di reclusione – ridotti per buona condotta processuale a dispetto del fatto che non avesse mai partecipato alle udienze –, anch'essa condizionalmente sospesa.

In un'ottica di sintesi delle pronunce analizzate nel presente paragrafo, pare opportuno mettere adeguatamente in luce come, nella maggior parte dei casi, il giudice europeo compia le suddette valutazioni sulla congruità della pena rispetto alla gravità del fatto *pronunciandosi sull'eccezione, sollevata dal Governo dello Stato convenuto, secondo cui il ricorrente non potrebbe più proclamarsi "vittima" di una violazione ai sensi dell'art. 34 CEDU* (essendo, appunto, intervenuta a livello interno una pronuncia di condanna in sede penale)⁵⁴: alla luce del principio di sussidiarietà, tale questione è infatti strettamente connessa, da un lato, al *compimento di un'indagine effettiva che conduca all'individuazione e alla punizione dei responsabili* e, dall'altro, alla *entità della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno*.

In relazione a questo secondo profilo, è peraltro opportuno ribadire che quando vengono in rilievo violazioni dolose degli artt. 2, 3 e 4 CEDU la

dallo Stato francese in questa occasione sono stati, da un lato, la mancata irrogazione di sanzioni disciplinari agli agenti di polizia coinvolti, e, dall'altro, la corresponsione al ricorrente di una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale pari a un terzo di quelle in genere riconosciute dalla Corte in casi analoghi (5000 euro a fronte dei 15000 in genere liquidati a Strasburgo in situazioni simili).

⁵³Corte EDU, sent. 23 novembre 2010, *Ciğerhun Öner c. Turquie* (ric. n. 2858/07).

⁵⁴Cfr. per tutte la già menzionata sent. 20 dicembre 2007, *Nikolova e Velichkova c. Bulgaria* (ric. n. 7888/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 345.

restitutio in integrum del ricorrente non può risolversi nella corresponsione a quest'ultimo di una somma di denaro a titolo di risarcimento, per quanto cospicua essa possa essere: la congruità del risarcimento è dunque *condizione necessaria, ma non sufficiente* (coerentemente con la natura di forma minima di tutela insita nello strumento risarcitorio) perché lo Stato convenuto possa affermare di aver reagito in modo adeguato alla violazione della norma convenzionale (con ciò precludendo, in forza del principio di sussidiarietà, l'intervento della Corte europea)⁵⁵.

4.4 Le funzioni della pena nella giurisprudenza di Strasburgo

A conclusione di questa lunga panoramica, appare evidente, dunque, la funzione di prevenzione generale primariamente attribuita dalla Corte europea alla sanzione penale, l'unica ritenuta in grado di rendere i diritti sanciti dalla CEDU *non teorici ed illusori, ma concreti ed effettivi*.

Accanto ad essa, la pena svolge tuttavia anche una funzione *lato sensu* soddisfattoria nei confronti del soggetto passivo del reato, che – sembra dire la Corte – vanta una pretesa legittima a che lo Stato in tutte le sue articolazioni eserciti lo *jus puniendi*, in prima battuta criminalizzando le condotte poste in essere in violazione di quel diritto e in seconda battuta dandovi concretamente applicazione.

E' bene rilevare, peraltro, come le sollecitazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo riguardino – come vedremo meglio nel paragrafo successivo – non solo l'*an*, ma anche il *quantum* di pena: non basta, dunque, una tutela penale purchessia, o – se si vuole – l'utilizzo in chiave meramente simbolica degli strumenti penalistici: il legislatore nazionale è tenuto "a fare sul serio" con il diritto penale, corredando la fattispecie di una cornice edittale adeguata ad esercitare realmente l'effetto di deterrenza (e nel medio e lungo periodo di orientamento culturale) che da essa ci si attende.

L'adeguatezza del quadro normativo rispetto agli *standard* di protezione dei diritti e delle libertà convenzionali (e in particolare di quelle sancite dagli artt. 2, 3, 4 Cedu) costituisce, infatti, il presupposto perché la tutela giurisdizionale approntata a livello interno possa dirsi in linea con la Convenzione e superare, pertanto, il vaglio della Corte (chiamata a pronunciarsi sulle asserite violazioni dei diritti umani solo nel caso in cui le autorità nazionali non si siano mostrate in grado di farlo). Laddove, viceversa, manchi, nell'ordinamento interno, una normativa idonea a "intercettare" le condotte vietate dalle suddette norme e a sanzionarle in modo adeguato, difficilmente le pronunce

⁵⁵Cfr. in proposito ancora A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il diritto alla vita*, cit., pp. 212-213, dove si sottolinea come le più recenti pronunce pongano con decisione l'accento sulla necessità della tutela risarcitoria, a complemento di quella approntata in sede penale.

rese dai giudici interni potranno portare all'irrogazione di pene congrue e proporzionate al fatto di reato, come richiede invece il giudice europeo.

Accanto alla funzione generalpreventiva, la pena viene dunque a svolgere una funzione *lato sensu* soddisfattoria nei confronti della vittima del reato (tanto che, come abbiamo visto, il fatto che l'autore della violazione sia stato condannato a scontare una pena non risibile costituisce uno dei fattori idonei ad escludere in capo al ricorrente lo *status* di vittima ai sensi dell'art. 34 CEDU).

Bisogna peraltro rilevare, per completezza, come in almeno tre sentenze la Corte di Strasburgo abbia – sia pur incidentalmente e in maniera contraddittoria – affrontato la questione, affermando:

- nella sentenza *Perez c. Francia*⁵⁶ del 2004, in riferimento all'art. 6 CEDU, che «*the Convention does not confer any right, as demanded by the applicant, to “private revenge” or to an actio popularis. Thus, the right to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence cannot be asserted independently: it must be indissociable from the victim’s exercise of a right to bring civil proceedings in domestic law, even if only to secure symbolic reparation or to protect a civil right such as the right to a “good reputation”*»;
- nella sentenza *Önerlydiz c. Turchia*⁵⁷, sempre del 2004, in riferimento all'art. 13 CEDU, che «*la nature du droit en jeu a des implications pour le type de recours que l’Etat se doit d’offrir au titre de l’article 13. S’agissant des allégations de violation des droits consacrés par l’article 2, une indemnisation des dommages – matériel aussi bien que moral – est en principe possible et fait partie du régime de réparation devant être mis en place à ce titre (...). En revanche, comme la Cour l’a déjà souligné (...), ni l’article 13 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit à un requérant le droit de faire poursuivre et condamner des tiers ou le droit à la “vengeance privée”*»;
- nella sentenza *Di Sarno e altri c. Italia*⁵⁸ del gennaio 2012, in riferimento agli artt. 6 e 13 CEDU, che «*ni les articles 6 et 13 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantissent à un requérant le droit de faire poursuivre et condamner des tiers ou le droit à la “vengeance privée”*».

Si può discutere sulla portata di tali *dicta* (resi, peraltro, a proposito di vicende che non concernevano ipotesi di violazioni dirette degli artt. 2, 3 o 4 CEDU), che paiono per vero affermazioni tratatizie, *finalizzate probabilmente a negare qualsiasi influenza delle teorie retribuzioniste* sull'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU.

⁵⁶Corte EDU, sent. 12 febbraio 2004, *Perez c. Francia* (ric. n. 47287/99), § 70.

⁵⁷Corte EDU, sent. 30 novembre 2004, *Önerlydiz c. Turchia* (ric. n. 48939/99), § 147.

⁵⁸Corte EDU, sent. 10 gennaio 2012, *Di Sarno e altri c. Italia* (ric. n. 30765/08), § 115.

Esse non valgono, ad ogni modo, a smentire le importanti prese di posizione dei giudici di Strasburgo sulla necessità di una tutela penale a fronte delle violazioni dolose dei più fondamentali tra i diritti fondamentali, e, di conseguenza, sulla funzione riparatoria/satisfattoria che l'irrogazione di una sanzione penale proporzionata alla gravità dei fatti svolge nei confronti della vittima.

E ciò anche in ragione del fatto che – come si può constatare agevolmente leggendo di seguito i passaggi rilevanti delle tre pronunce – le ultime due si limitano a riportare non l'intero § 70 della sentenza *Perez*, ma solo una frase decontestualizzata di quest'ultimo, il quale per vero sembrava ventilare l'idea che un autonomo diritto di vedere assoggettati a persecuzione penale e quindi a pena soggetti terzi potesse essere *inscindibilmente legato ad altre garanzie convenzionali*, diverse dall'art. 6 CEDU (quali, ad esempio gli artt. 2, 3 e 4 CEDU nella loro dimensione procedurale).

Sia come sia, il numero delle pronunce che hanno affermato l'insufficienza dei rimedi extrapenalici a fronte delle violazioni dolose degli artt. 2, 3, 4 (e 8, in riferimento alla sola tutela della libertà sessuale) è talmente elevato da consentirci di relativizzare moltissimo la rilevanza delle affermazioni contenute nelle tre pronunce appena citate.

4.5 Gli obblighi di criminalizzazione nella giurisprudenza della Corte IDU

La Convenzione interamericana contiene una disposizione – l'art. 2 – che, almeno *prima facie*, sembra fornire una solida base giuridica per l'imposizione in via pretoria di obblighi di criminalizzazione: essa recita infatti che «quando l'esercizio di uno dei diritti o delle libertà menzionate dall'art. 1 non sia già assicurato dalla legge o da altre disposizioni interne, gli Stati Parti si impegnano ad adottare, nel rispetto delle rispettive procedure costituzionali e delle norme di questa Convenzione, *le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà*».

A dispetto di ciò, i giudici di San José non hanno, fino a questo momento, avanzato richieste espresse di penalizzazione a fronte di condotte rispetto alle quali il quadro ordinamentale interno non consentiva un'efficace repressione (come invece ha fatto esplicitamente la Corte EDU nei casi *Siliadin* e *Rantsev*, e come potrebbe tornare a fare in futuro in relazione all'assenza, nel sistema penale italiano, di una norma incriminatrice della tortura).

Ciò non significa, nondimeno, che la Corte IDU non si sia occupata dei problemi innescati dal “ritrarsi” della tutela penale, venendo dunque ad enunciare – sia pure *in termini negativi* – obblighi di criminalizzazione (che, come emerge plasticamente anche in questo settore, sono la preconditione per l'adempimento degli ulteriori obblighi di persecuzione penale e di punizione, questi sì affermati in maniera esplicita).

Alludiamo alla giurisprudenza inaugurata nel 2001 con la sentenza *Barrios Altos c. Perù*⁵⁹: nessun provvedimento di amnistia – ha statuito in quell’occasione la Corte di San José – può paralizzare l’esercizio della giurisdizione penale a fronte di violazioni gravi dei diritti *inderogabili* riconosciuti dal diritto internazionale dei diritti umani; violazioni gravi tra le quali certamente si annoverano la tortura, le esecuzioni sommarie, illegali e arbitrarie e le sparizioni forzate.

Dal contrasto della legge nazionale di amnistia con la CADU, e in particolare con il suo art. 2, discende l’impossibilità per i giudici nazionali – chiamati a essere i primi tutori del diritto convenzionale – di darvi applicazione, posto che «l’incompatibilità determina l’invalidità dell’atto, e questa a sua volta implica che tale atto non possa produrre effetti giuridici»⁶⁰.

Nella successiva sentenza *Almonacid Aureliano e altri c. Cile*⁶¹ del settembre 2006 la Corte di San José ha chiarito, in maniera ancor più perspicua, che il potere giudiziario rimane vincolato al dovere di garanzia dei diritti convenzionali di cui all’art. 1 § 1 CADU⁶² anche nel caso in cui il potere legislativo sia venuto meno al proprio compito di sopprimere o non adottare leggi contrarie alla Convenzione; con la conseguenza che l’eventuale esecuzione, da parte dei giudici nazionali o dell’amministrazione pubblica, di una disposizione interna che non abbia superato il cd. “vaglio di convenzionalità”⁶³ (o, se si vuole, il mancato esercizio da parte di questi ultimi del potere/dovere di disapplicazione) esporrà inevitabilmente lo Stato a una responsabilità sul piano internazionale⁶⁴.

Torneremo su questo punto nel § 8.10 dell’ottavo capitolo, quando ci occuperemo dei profili inerenti all’esecuzione delle pronunce della Corte IDU negli ordinamenti interni. Quel che ci interessa chiarire ora è se i principi espressi dalla Corte valgano, in linea di principio, per *tutti i provvedimenti di amnistia o solo per quelli cd. di autoamnistia*, ovvero sia – secondo la

⁵⁹Corte IDU, sent. 14 marzo 2001, *Barrios Altos c. Perù*

⁶⁰Così, letteralmente, al § 15 della sentenza.

⁶¹Corte IDU, sent. 26 settembre 2006, *Almonacid Aureliano e altri c. Cile*. Cfr. in proposito F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*, cit., pp. 2660-2661, in particolare nt. 35.

⁶²Recita l’art. 1 § 1 CADU: «Gli Stati Parti di questa Convenzione *si impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti negli articoli seguenti e ad assicurare a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio di tali diritti e libertà, senza discriminazione per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o altra, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita o ogni altra condizione sociale*».

⁶³Con quest’espressione, più volte utilizzata dalla Corte IDU nelle sue pronunce, si allude all’obbligo per i giudici interni di verificare la compatibilità delle disposizioni nazionali con la Convenzione, tenendo conto anche degli orientamenti maturati in seno alla stessa Corte di San José, cui naturalmente spetta l’ultima parola in merito alle questioni interpretative e applicative della Convenzione.

⁶⁴Ciò in ragione del fatto che gli obblighi discendenti dalla CADU vincolano lo Stato firmatario in tutte le sue articolazioni, e dunque devono essere rispettati da qualsiasi suo organo e potere.

definizione che ne ha dato il giudice García Ramírez nella sua opinione concorrente nel caso *Castillo Páez c. Perù* del 1997⁶⁵ – per le leggi emanate dai detentori del potere durante i regimi dittatoriali per sottrarre se stessi e i loro gregari alla responsabilità penale per i crimini commessi.

Mentre nel menzionato caso *Barrios Altos* il riferimento doveva intendersi – in modo del tutto pacifico – alle sole leggi di *autoamnistia*, alcune delle pronunce successive che si inseriscono nello stesso filone giurisprudenziale sembrano aver superato questa posizione.

Nella sentenza *Almonacid Aureliano*, in particolare, i giudici di San José hanno affermato che «gli Stati non possono sottrarsi all'obbligo di condurre indagini, individuare e punire i responsabili dei crimini contro l'umanità applicando leggi di amnistia o altre tipologie di leggi», apparentemente approdando alla conclusione di ordine generale secondo cui «i crimini contro l'umanità sono delitti per i quali non si può concedere amnistia»⁶⁶. E ciò – si badi – sebbene il provvedimento che veniva concretamente in rilievo nel caso di specie fosse una legge di autoamnistia (come la Corte non ha peraltro mancato di rilevare)⁶⁷.

L'*iter* argomentativo seguito dalla Corte IDU per giungere all'enunciazione dei suddetti principi si articola su due piani paralleli:

- a) da un lato, essa si sofferma a lungo sulla qualificazione del reato contestato agli imputati (omicidio, tortura, ecc.) come *crimine contro l'umanità*, facendo riferimento alle più significative fonti internazionali in materia (a cominciare dallo Statuto di Norimberga): ciò che viene valorizzato in questa sede è il cd. *contest element*, ossia il contesto di attacco generalizzato o sistematico contro una popolazione civile all'interno del quale dev'essere inquadrata la condotta materiale degli imputati⁶⁸. Ma i giudici di San José si spingono ancora oltre, fino ad affermare che vi sono ampi elementi per ritenere che, all'epoca dei fatti, la commissione di crimini contro l'umanità costituisca violazione di una norma imperativa di diritto internazionale e precisando come la proibizione dei suddetti crimini assurga a livello di *jus cogens*: ciò che determina – per quel che qui interessa – l'impossibilità di amnistiarli;
- b) dall'altro, la Corte svolge un ragionamento *tutto interno alla Carta* che essa è chiamata ad interpretare, rilevando come l'adozione e l'applicazione di un provvedimento di amnistia impedisca l'adempimento degli obblighi

⁶⁵Corte IDU, sent. 3 novembre 1997, *Castillo Páez c. Perù*. Cfr. sul punto S. GARCÍA RAMÍREZ, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Città del Messico, 2006, pp. 226 ss., e F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p.2657, in particolare nt. 25.

⁶⁶Così, letteralmente, al § 113 della citata sentenza *Almonacid Aureliano e altri c. Cile*.

⁶⁷Al § 120 della pronuncia.

⁶⁸Cfr. *ex multis* Corte IDU, sent. 26 settembre 2006, *Almonacid Aureliano e altri c. Cile*, §§ 94 ss.

di tutela penale che incombono sugli Stati firmatari della Convenzione; obblighi che – a dispetto dell'apparente silenzio di quest'ultima – trovano fondamento all'interno della CADU nel combinato disposto degli artt. 1 § 1 (che sancisce il *duplice obbligo di «rispettare» e di «garantire» i diritti e le libertà* previsti dalla Convenzione); 2 (che impone invece un *obbligo di adeguamento del sistema giuridico nazionale* a quanto stabilito dalla Convenzione); 8 § 1 (che riconosce, tra le garanzie del *fair process*, il *diritto a essere ascoltati da un giudice imparziale*) e 25 (che accorda alle vittime delle violazioni della Convenzione il *diritto a un ricorso effettivo* per la tutela dei diritti convenzionali davanti a un'autorità giurisdizionale interna).

Conviene approfondire maggiormente quest'ultimo aspetto, inquadrando in termini più chiari il nesso funzionale che lega l'ottemperanza agli obblighi di carattere generale di cui agli artt. 1 § 1 e 2 CADU all'adempimento di quelli *lato sensu* “procedurali” discendenti dagli artt. 8 e 25 CADU.

Come rileva la Corte IDU, l'adozione e la concreta applicazione del provvedimento di amnistia (di cui al decreto legge n. 2.191 del 1978) ha avuto come conseguenza diretta *l'interruzione delle indagini sui crimini contro l'umanità* e l'archiviazione dei rispettivi procedimenti, e ha pertanto determinato *l'impunità dei responsabili* e l'impossibilità, per le vittime e per i loro familiari, di esperire un ricorso effettivo dinanzi alle magistrature nazionali⁶⁹.

L'esistenza di norme di diritto penale sostanziale che consentano un'efficace repressione dei gravi reati contestati agli imputati è dunque vista come pre-condizione perché gli stessi possano essere perseguiti penalmente; ciò che non si verifica, invece, quando «ostacoli di diritto interno» impediscono l'esercizio della giurisdizione penale.

Se si considera la concreta esperienza dei Paesi del Centro e del Sud America, la *concessione di provvedimenti di amnistia* rappresenta certamente l'ostacolo più rilevante⁷⁰; ma la Corte di San José ha enunciato principi del tutto analoghi anche in riferimento al *decorso dei termini di prescrizione*, alle più svariate *esimenti* che abbiano l'effetto di sottrarre le condotte criminose all'area della punibilità e financo ai principi dell'intangibilità del *giudicato*, del *ne bis in idem* e di *irretroattività*⁷¹.

⁶⁹Cfr. *ex multis* Corte IDU, sent. 14 marzo 2001, *Barrios Altos c. Perù*, § 43; sent. 26 settembre 2006, *Almonacid Aureliano e altri c. Cile*, § 126.

⁷⁰Cfr. in proposito N. S. RODLEY, *Impunity and human rights*, cit., pp. 71 ss.

⁷¹Cfr. sul punto M. C. GALVIS– K. SALAZAR, *La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales*, 2007, in www.dplf.org, pp. 14-16; J. P. MAÑALICH RAFFO, *La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?*, in *Revista derecho y humanidades*, 2005, n. 11, pp. 245-258; nonché, in senso estremamente critico, E. MALARINO, *La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos*, 2009, in <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm>.

Andiamo ad esaminare più nel dettaglio questa giurisprudenza.

Nella sentenza sul già citato *Barrios Altos c. Perù*⁷², anzitutto, i giudici di San José hanno stabilito la contrarietà alla Convenzione non solo delle leggi di (auto)amnistia, ma anche delle disposizioni in materia di *prescrizione* e delle *cause di esclusione della punibilità* (latamente intese) che pretendano di impedire il compimento di indagini e la repressione delle gravi violazioni dei diritti umani come la tortura, le esecuzioni sommarie, extralegali o arbitrarie e le sparizioni forzate.

Nella successiva pronuncia *Carpio Nicolle e altri c. Guatemala*⁷³ essi si sono spinti ad affermare che i suddetti obblighi procedurali non vengono meno laddove sui fatti di cui è causa sia intervenuto un *giudicato «fraudolento»*, dovendosi per tale intendersi il giudicato reso in esito a un giudizio non conforme alle regole del giusto processo, specialmente nel caso in cui i giudici nazionali non abbiano operato con indipendenza e imparzialità.

Ancora, nella già menzionata sentenza *Almonacid Aureliano c. Cile*, la Corte IDU ha precisato che la garanzia del *ne bis in idem* – che pure è riconosciuta all'art. 8 § 4 CADU – non costituisce un diritto assoluto, e che pertanto non opera quando:

- a) il processo conclusosi con l'assoluzione degli imputati sia stato celebrato con il solo reale scopo di sottrarre questi ultimi alla responsabilità penale;
- b) vi sia stato un *vulnus* ai principi di imparzialità e di indipendenza del giudice, o – più in generale – non siano state rispettate le garanzie processuali;
- c) non sia stata dimostrata l'intenzione di voler assoggettare alla giustizia i responsabili delle violazioni dei diritti umani neppure nel caso in cui siano emersi nuovi fatti o nuove prove che possano consentire di determinarli.

E ciò – per ricollegarsi a quanto espresso poc'anzi – anche nel caso in cui esista una sentenza definitiva di proscioglimento, «posto che le esigenze della giustizia, i diritti delle vittime e la lettera e lo spirito della Convenzione Americana mette in secondo piano la garanzia del *ne bis in idem*»⁷⁴.

Ancor più di recente, nella sentenza sul caso *La Cantuta c. Perù*⁷⁵ i giudici di San José hanno affermato che neppure il *principio di irretroattività in malam partem* può valere a giustificare la mancata persecuzione penale degli autori dei *core crimes* (per poi ribadire, in un denso paragrafo della

⁷²Corte IDU, sent. 14 marzo 2001, *Barrios Altos c. Perù*, § 41.

⁷³Corte IDU, sent. 14 marzo 2001, *Carpio Nicolle e altri c. Guatemala*, §§ 131 e 132.

⁷⁴Così, letteralmente, Corte IDU, sent. 26 settembre 2006, *Almonacid Aureliano e altri c. Cile*, § 154.

⁷⁵Corte IDU, sent. 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Perù*, § 226.

pronuncia, quanto già affermato in precedenza rispetto all'amnistia, alla prescrizione, al *ne bis in idem*, al giudicato fraudolento e alle esimenti della più varia natura).

Il motivo per cui istituti così diversi – afferenti tanto al diritto penale sostanziale quanto alla procedura penale – sono stati accomunati dalla Corte IDU sotto la comune etichetta di «ostacoli di diritto interno» è presto detto: si tratta, a ben vedere, delle giustificazioni più frequentemente invocate dagli Stati firmatari per motivare l'inadempimento degli obblighi “procedurali” di condurre indagini, sottoporre a giudizio e, se ne ricorrono i presupposti, sanzionare le più gravi violazioni dei diritti umani che discendono dalla CADU (oltre che dalle regole di *jus cogens*); giustificazioni che, nondimeno, non reggono di fronte al principio di diritto internazionale consuetudinario, codificato dall'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati per quel che concerne il diritto internazionale pattizio⁷⁶, secondo cui *nessuno Stato può invocare una legge appartenente all'ordinamento nazionale per sottrarsi alle obbligazioni che ha contratto sul piano internazionale*.

Ancora una volta viene dunque in luce lo stretto *nesso funzionale* intercorrente tra gli obblighi di carattere sostanziale e quelli di carattere procedurale, che saranno oggetto del prossimo paragrafo.

4.6 Gli obblighi di persecuzione penale enunciati dalla Corte IDU

Come abbiamo già anticipato, la Corte IDU ha enunciato a chiare lettere una serie di obblighi procedurali che ricadono sugli Stati firmatari della Convenzione e che – più in generale – discendono dal carattere di *jus cogens* della proibizione dei crimini contro l'umanità, precisando peraltro come neppure le difficili condizioni in cui eventualmente versi lo Stato su cui essi incombono potranno esentarlo dall'adempimento degli stessi, che – vale la pena di sottolinearlo con la dovuta enfasi – sono ben più stringenti di quelli che sorgono a fronte di episodi di criminalità comune proprio perché non possono essere sottoposti a deroga alcuna⁷⁷.

⁷⁶Recita l'art. 27 della Convenzione del 1969 che: «Una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato. Questa regola non pregiudica quanto disposto dall'art. 46» (il quale a sua volta prevede che «il fatto che il consenso di uno Stato a vincolarsi a un trattato sia stato espresso in violazione di una disposizione del suo diritto interno riguardante la competenza a concludere trattati non può essere invocato dallo Stato in questione come viziante il suo consenso, a meno che questa violazione non sia stata manifesta e non riguardi una norma del suo diritto interno di importanza fondamentale», e che «una violazione è manifesta se essa è obiettivamente evidente per qualsiasi Stato che si comporti in materia secondo la pratica abituale e in buona fede»).

⁷⁷Cfr. in proposito ancora M. C. GALVIS – K. SALAZAR, *La jurisprudencia internacional*, cit., p. 9.

La Corte di San José fa ricorso, a questo proposito, alla seguente espressione, molto simile a quella utilizzata in proposito dalla Corte EDU: «*la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los echos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales*»⁷⁸.

Essa ha inoltre dettato una serie di linee guida per orientare l'attività delle autorità inquirenti e giudicanti chiamate a confrontarsi con esecuzioni stragiudiziali, episodi di tortura, sparizioni forzate e altre gravi violazioni dei diritti umani.

A fronte dei suddetti *core crimes*, la Corte IDU ha stabilito anzitutto che le indagini:

- a) debbano essere *iniziate d'ufficio*⁷⁹ non appena le autorità medesime siano venute a conoscenza dei reati contestati⁸⁰;
- b) debbano essere *condotte da autorità imparziali*⁸¹;
- c) debbano essere *diligenti ed orientate a stabilire la verità dei fatti, ad assicurare alla giustizia ed, eventualmente, a sottoporre a sanzione penale gli autori delle gravi violazioni dei diritti umani*, specie laddove gli stessi siano agenti dello Stato. Per meglio definire lo standard di diligenza che dev'essere soddisfatto ai sensi della Convenzione, la Corte IDU ha progressivamente enucleato una serie di «*debidas diligencias*» (o «*actuaciones mínimas*») che gli inquirenti sono tenuti ad adottare, facendo riferimento in particolare al cd. *Protocollo del Minnesota*⁸² e al cd. *Protocollo di Istanbul*⁸³ (strumenti di *soft law* adottati dalle Nazioni Unite in tema – rispettivamente – di esecuzioni stragiudiziali, arbitrarie e sommarie e di tortura)⁸⁴;
- d) debbano essere *effettive*, ossia giungere all'accertamento dei fatti e delle responsabilità. Nei casi di maggior complessità – quali quelli che vedono

⁷⁸Così, *ex multis* la già citata Corte IDU, sent. 26 settembre 2006, *Almonacid Aureliano e altri c. Cile*, § 111.

⁷⁹Cfr. *ex multis*, Corte IDU, sent. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, § 143; sent. 1° luglio 2006, *Caso de las masacres de Ituango c. Colombia*, § 300.

⁸⁰Così, Corte IDU, sent. *Caso del Penal Castro c. Perù*, § 256.

⁸¹Corte IDU, sent. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, § 143

⁸²*Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions*, reperibile in inglese all'indirizzo www.theadvocatesforhumanrights.org.

⁸³*Manuale per un'efficace indagine e documentazione di tortura o altro trattamento o pena crudele, disumano o degradante*, il cui testo in italiano è reperibile sul sito www.meltingpot.org.

⁸⁴Tra le «*debidas diligencias*» figura in particolare – per il caso di sparizione forzata – quella di localizzare, recuperare e consegnare alla famiglia i resti mortali della vittima (cfr. Corte IDU, sent. 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Perù*, § 232).

un alto numero di imputati e di vittime –, la Corte IDU valuta in particolare se le indagini siano state caratterizzate o meno da lacune⁸⁵, ben potendo in caso affermativo condannare lo Stato per violazione degli obblighi procedurali;

- e) debbano essere *complete*, e dunque avere ad oggetto tutti i fatti di causa e coinvolgere tutti i presunti responsabili, specie nel caso in cui questi ultimi abbiano agito in veste ufficiale⁸⁶.

Per quel che concerne invece la fase del giudizio, la Corte IDU ha affermato il principio secondo cui il processo dev'essere celebrato dinanzi a un giudice competente, indipendente e imparziale, escludendo esplicitamente che tali requisiti siano integrati quando venga coinvolta la *giurisdizione penale militare*: «in uno Stato democratico di diritto» – hanno più volte ribadito i giudici di San José – «la giurisdizione penale militare deve avere un'estensione limitata ed eccezionale: essa deve avere ad oggetto solo i delitti e le contravvenzioni commessi da militari che, per la loro stessa natura, violino beni giuridici propri dell'ordine militare»⁸⁷; viceversa, se essa si occupa di fatti che dovrebbero rientrare nella giurisdizione ordinaria viene conculcato il diritto al giudice naturale, e, di conseguenza, subisce un *vulnus* lo stesso canone del *fair process*.

Ancora, la Corte ha stabilito che le indagini e il processo (da intendersi complessivamente come la serie di attività che vanno dal primo atto processuale diretto contro una determinata persona alla pronuncia di una sentenza definitiva e inoppugnabile)⁸⁸ debbano concludersi *in un arco di tempo ragionevole*, per la determinazione del quale devono essere presi in considerazione la complessità del caso, l'attività processuale dell'interessato e la condotta delle autorità giurisdizionali nazionali⁸⁹ (ovverosia criteri del tutto analoghi a quelli elaborati dalla parallela giurisprudenza di Strasburgo).

I giudici di San José hanno inoltre affermato esplicitamente che gli obblighi procedurali discendenti dalla CADU e dallo *jus cogens* non si esauriscono nel *duty to prosecute*, ma si estendono anche al *duty to punish*: non basta, dunque, che i presunti autori delle violazioni dei diritti fondamentali siano assicurati alla giustizia, ma occorre anche che gli stessi siano effettivamente sottoposti a sanzione penale (sempreché, naturalmente, ricorrano nel caso concreto i presupposti per l'infissione della pena). Di qui, le relevantissime implicazioni che abbiamo analizzato nel paragrafo precedente in ordine all'impossibilità che

⁸⁵Cfr. Corte IDU, sent. 1° luglio 2006, *Caso de las masacres de Ituango c. Colombia*, §§ 293 e 294.

⁸⁶Cfr. *ex multis* la già citata Corte IDU, sent. 26 settembre 2006, *Almonacid Aureliano e altri c. Cile*, § 111.

⁸⁷Cfr. *ex multis* Corte IDU, sent. 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Perù*, § 142.

⁸⁸Cfr. *ex multis* Corte IDU, sent. 24 giugno 2005, *Caso Acosta Calderón c. Ecuador*, § 104.

⁸⁹Cfr. Corte IDU, sent. 1° luglio 2006, *Caso de las masacres de Ituango c. Colombia*, §§ 293 e 294.

i più vari «ostacoli di diritto interno» paralizzino il corso della giustizia penale assicurando ai responsabili dei *core crimes* l'impunità per i fatti commessi.

In un'ottica di sintesi, infine, la Corte EDU sottolinea la necessità che il procedimento nel suo insieme sia idoneo a garantire quelli che non esita a definire come «diritto di accesso alla giustizia», «diritto alla verità» e «diritto alla riparazione».

Il *diritto di accesso alla giustizia* – precisa anzitutto la Corte – non è automaticamente soddisfatto a seguito dell'instaurazione di un giudizio interno, laddove lo stesso non persegua realmente la finalità di accertare fatti e responsabilità⁹⁰: l'effettività del procedimento va dunque verificata in concreto, in una dimensione tutt'altro che formalistica.

Quanto al *diritto alla verità*, definito come il «il diritto (...) a ottenere dalle competenti autorità dello Stato chiarimenti in ordine ai fatti posti in essere in violazione della Convenzione e alle relative responsabilità»⁹¹, la Corte IDU ne attribuisce la titolarità alla vittima del reato e ai suoi familiari, ma anche alla società nel suo complesso (al punto da richiedere che i risultati delle indagini e gli esiti del giudizio siano non solo resi pubblici, ma vengano addirittura divulgati)⁹².

Il *diritto alla riparazione* è stato, infine, concretamente assicurato dalla Corte IDU – in tutti i casi in cui le magistrature nazionali non erano state in grado di provvedervi – attraverso tre distinti ordini di rimedi:

- a) la condanna dello Stato convenuto al pagamento di un'*indennità* per la comprensione dei danni materiali e morali da essa subiti;
- b) la cd. *garantía de no repetición* (ovverosia l'adozione di misure preventive tali da impedire la reiterazione delle condotte violative della Convenzione);
- c) l'adozione di strumenti di carattere *lato sensu* soddisfacente, tra i quali figura in particolare l'ordine alle competenti autorità nazionali di effettuare *indagini serie, complete, imparziali, che siano idonee a pervenire a un chiarimento totale dei fatti, all'identificazione dei responsabili e, se ne ricorrono i presupposti, all'imposizione in capo agli stessi di sanzioni penali proporzionate alla gravità dei fatti medesimi; tutto ciò – si badi – con il fine di sradicare l'impunità*⁹³.

E' evidente, dunque, lo stretto legame che unisce il diritto alla verità e quello alla riparazione, posto che la prima e più essenziale forma di riparazione consiste proprio nella possibilità di sapere come sono andate effettivamente

⁹⁰Cfr. sul punto Corte IDU, sent. 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Perù*, § 222.

⁹¹Così, ad esempio, Corte IDU, sent. 26 settembre 2006, *Almonacid Aureliano e altri c. Cile*, § 148; sent. 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Perù*, § 224.

⁹²Cfr. *ex multis* Corte IDU, sent. 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Perù*, § 228.

⁹³Cfr. ancora M. C. GALVIS – K. SALAZAR, *La jurisprudencia internacional*, cit., p. 13.

le cose, nell'individuazione dei responsabili e nella pretesa a che non venga loro garantita l'impunità.

4.7 Le funzioni della pena nella giurisprudenza di San José

Come è stato correttamente rilevato, si assiste dunque in questo settore a una decisa *funzionalizzazione dei meccanismi della giustizia penale* – dalle indagini, al processo, all'infrazione ed esecuzione della pena – *agli interessi della vittima della violazione (e/o dei suoi familiari, specie nel caso in cui essa non sia sopravvissuta)*⁹⁴.

Risulta altrettanto evidente, nondimeno, che nel tutelare il diritto di accesso alla giustizia, il diritto alla verità e il diritto alla riparazione attribuiti alla vittima la Corte IDU difenda contemporaneamente *interessi che trascendono la dimensione individuale*, e che il suo obiettivo primario rimanga quello di «combattere con tutti i mezzi legali disponibili [...] l'impunità» per le violazioni dei più fondamentali tra i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione americana, sul presupposto che l'impunità medesima – che la Corte definisce come «il difetto complessivo di indagini, persecuzione penale, cattura, processo e condanna dei responsabili delle violazioni dei diritti tutelati dalla Convenzione» – «favorisca la ripetizione cronica delle violazioni dei diritti umani, e lasc[i] senza alcuna tutela le vittime e i loro familiari»⁹⁵.

La prospettiva adottata dalla Corte di San José è quindi forse meno “vittimocentrica” di quel che si potrebbe *prima facie* pensare: la protezione degli interessi delle vittime ha infatti carattere strumentale, poiché gli stessi vengono tutelati in quanto coincidono con interessi di carattere generale (come quello di gettare piena luce sul passato per chiudere i conti con esso e porre finalmente le basi per una nuova fase di convivenza pacifica e democratica).

Non a caso – come abbiamo sottolineato poc'anzi – il diritto alla verità ha, nella giurisprudenza della Corte IDU, una duplice dimensione, individuale e collettiva, e la preoccupazione che l'impunità «lasc[i] senza alcuna tutela le vittime e i loro familiari», certamente presente nelle pronunce in materia, viene pur sempre dopo quella per il *deficit* di credibilità del sistema penale nel suo insieme laddove ai responsabili dei crimini internazionali venga garantita nelle più svariate forme l'impunità.

Ciò si riverbera, naturalmente, sulle funzioni attribuite alla sanzione penale: se è innegabile che la pena abbia, qui, una funzione latamente

⁹⁴Così, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2658.

⁹⁵Così Corte IDU, sent. 8 marzo 1998, *Paniagua Morales e altri c. Perù*, § 173; sent. 27 novembre 1998, *Castillo Páez c. Perù*, § 107; sent. 27 novembre 1998, *Loyaza Tamayo c. Perù*, § 170.

satisfattoria delle ragioni della vittima, quella primaria che essa è chiamata a svolgere ha pur sempre carattere *generalpreventivo*.

4.8 I punti di contatto della giurisprudenza delle due Corti dei diritti

Terminata questa lunga panoramica, è ora possibile passare al confronto delle due esperienze, europea e sudamericana.

Il primo evidente punto di contatto delle due giurisprudenze riguarda la stessa fondamentazione teorica degli obblighi di tutela penale da esse enunciati: tanto la Corte di Strasburgo quanto la Corte di San José ricollegano, infatti, gli obblighi di criminalizzazione e di persecuzione penale (nella duplice accezione di *duty to prosecute* e *duty to punish*) alla più generale categoria degli *obblighi positivi*, cui li lega un rapporto di *species ad genus*.

Il presupposto teorico che sta alla base dell'enucleazione di obblighi positivi – rispetto alle norme per le quali gli stessi *non* siano già previsti dal testo delle Convenzioni europea ed americana (come accade invece, ad esempio, per l'art. 6 CEDU o per l'art. 8 CADU) – è, a sua volta, il *principio di effettività*, che costituisce uno dei principali canoni ermeneutici per l'interpretazione e applicazione delle due Carte dei diritti: affinché le garanzie in esse sancite non siano teoriche ed illusorie, ma concrete ed effettive – per riprendere un'espressione ricorrente nelle sentenze della Corte EDU – è necessario che gli Stati contraenti non si limitino ad astenersi da qualsiasi violazione dei diritti e delle libertà convenzionali, ma adottino altresì azioni positive per assicurarne l'effettivo godimento da parte di quanti sono sottoposti alla loro giurisdizione.

I più fondamentali tra i diritti fondamentali previsti dalla CEDU e dalla CADU implicano dunque l'insorgenza, in capo agli Stati, tanto di obblighi negativi (di astensione) quanto di obblighi positivi (di intervento): se non è certamente possibile tracciare una distinzione tra “diritti a contenuto negativo” e “diritti a contenuto positivo” – che sarebbe del tutto priva di senso – è invece essenziale distinguere tra obblighi negativi e obblighi positivi che ad esso si ricollegano, *scomponendo*, per così dire, *ciascun diritto nell'insieme degli obblighi per gli Stati che da esso derivano*, così da definire in maniera più pregnante e con maggior precisione il contenuto del diritto medesimo⁹⁶.

Se si volesse sintetizzare con un'espressione icastica il senso di questa giurisprudenza, si potrebbe riprendere la celebre frase di Shue: «*taking rights seriously means taking duties seriously*»⁹⁷.

⁹⁶Cfr. sul punto A. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, pp. 3 e 223 ss.

⁹⁷Così H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, 1996, p. 167.

Un secondo profilo comune alle due giurisprudenze riguarda il *contenuto degli obblighi di persecuzione*, enunciati dalla Corte EDU e dalla Corte IDU in termini in larga parte coincidenti: entrambe insistono, ad esempio, sulla necessità che le indagini sulle più gravi violazioni dei diritti fondamentali siano attivate d'ufficio, siano condotte da soggetti indipendenti ed imparziali, non presentino lacune né in senso oggettivo (riguardo ai fatti da accertare) né in senso soggettivo (riguardo ai presunti responsabili, specie quando gli stessi siano agenti dello Stato che occupano posizioni di vertice), e siano, infine, diligenti ed effettive (ossia conducano all'individuazione degli autori delle violazioni e, se ne ricorrono i presupposti, alla loro condanna in sede penale); mentre, per quel che concerne la fase più propriamente giudiziale, ambedue sottolineano l'importanza che la stessa sia contenuta in tempi ragionevoli in rapporto alla complessità del caso e tenuto conto della condotta delle diverse parti processuali e che, accanto alle garanzie difensive, sia assicurata anche la partecipazione al processo della vittima della violazione o dei suoi familiari.

Sia pur con accenti diversi, inoltre, tanto la Corte di Strasburgo quanto quella di San José condividono la preoccupazione per la concreta tenuta del sistema penale in tutti i casi in cui la macchina della giustizia abbia, per le più varie ragioni, “girato a vuoto”: fatti giuridici come la concessione di un'amnistia o dell'indulto o il decorso dei termini di prescrizione impediscono che le responsabilità penali vengano accertate nel merito e che gli autori del reato siano chiamati a risponderne, e pertanto *alimentano il senso di impunità* che, a sua volta, costituisce una delle principali motivazioni della frequenza con cui si susseguono, anche negli Stati democratici, le violazioni dei diritti fondamentali.

Più in generale, è possibile rilevare nelle due giurisprudenze parallele un palpabile *scetticismo rispetto all'efficacia dei rimedi extra-penali* (di natura civile, amministrativa o disciplinare per quel che attiene all'esperienza europea, riconducibili invece all'alveo della *transitional justice*⁹⁸ per quel che concerne quella sudamericana). Entrambe le Corti li considerano, in primo luogo, *inidonei ad assicurare l'effetto di deterrenza* che invece esplicano le sanzioni penali, e dunque a tutelare in maniera effettiva il diritto o la libertà convenzionale che viene concretamente in questione: si tratta – si badi – di una valutazione non priva di fondamento empirico, almeno in tutti i casi in cui i ricorrenti lamentano che l'assenza, l'insufficiente estensione o la mancata applicazione di norme incriminatrici a presidio di un determinato bene è stata, indirettamente, causa della sua violazione.

In secondo luogo, tanto la Corte EDU quanto la Corte IDU reputano tali strumenti *inadeguati a soddisfare i diritti (o comunque le legittime pretese) della vittima*, cui pure fanno riferimento con termini diversi. Entrambe rifuggono, in particolare, dalla tentazione di avallare il procedimento di “monetizzazione” dei diritti attraverso la corresponsione di pur laute somme

⁹⁸Vedi *infra*, il § 5.7 del quinto capitolo.

a titolo di risarcimento o indennizzo, sottolineando come quest'ultima sia condizione necessaria, ma non sufficiente, per porre rimedio alle violazioni dei diritti medesimi.

L'accertamento dei fatti e delle responsabilità in sede penale rappresenta, dunque, *la principale forma di riparazione del danno subito dalla vittima*, che vanta appunto, in primo luogo, il diritto a sapere come sono andate effettivamente le cose e a chiamare per nome (e se possibile a guardare negli occhi) l'autore del reato; diritto che deve poter essere esercitato, in prima battuta, davanti alle magistrature nazionali, secondo i canoni di indipendenza, effettività e speditezza appena enunciati.

Un ulteriore punto di contatto riguarda infine – in evidente collegamento con i profili appena trattati – la *funzione attribuita alla pena*. Per quanto né la Corte europea né quella interamericana si siano mai impegnate in approfondite affermazioni di principio in ordine agli scopi ultimi che giustificano l'infissione della sanzione penale, nonostante la carica afflittiva che essa riveste (specie nella sua variante detentiva), gli orientamenti di fondo emergono comunque dalle due giurisprudenze parallele in termini grossomodo coincidenti: alla pena è affidata anzitutto una *funzione di prevenzione generale*, rispetto alla quale l'ulteriore funzione *lato sensu* satisfattiva nei confronti della vittima, senz'altro presente, riveste comunque una posizione ancillare.

4.9 I caratteri peculiari di ciascuna delle due giurisprudenze

Nonostante i significativi punti di contatto che abbiamo ora enunciato, la giurisprudenza di Strasburgo e quella di San José presentano, nondimeno, alcune significative peculiarità.

Con riferimento alla fondamentazione teorica degli obblighi di persecuzione penale come sotto-categoria degli obblighi positivi, anzitutto, nella giurisprudenza della Corte EDU è presente, per quanto sotto traccia, un argomento ulteriore rispetto a quello che fa leva sul principio di effettività: se le magistrature nazionali non si facessero carico di accertare in prima battuta le asserite violazioni della Convenzione, costringendo il personale della Corte ad affrontare complesse e costosissime missioni sul territorio degli Stati membri per istruire la causa, il sistema di tutela dei diritti umani che gravita attorno alla CEDU rischierebbe di «affondare sotto il peso del suo stesso successo», conculcando (in maniera ancora più sistematica di quanto già non avvenga) il diritto a che i ricorsi a Strasburgo vengano definiti in un lasso di tempo ragionevole.

Un ulteriore elemento di differenziazione riguarda poi le norme concretamente invocate dalle Corti per legittimare l'imposizione in capo agli Stati firmatari di obblighi positivi non enunciati *expressis verbis* dalle due Convenzioni: mentre la Corte IDU fa discendere gli obblighi positivi di natura

sostanziale dagli artt. 1 § 1 e 2 CADU e quelli di natura procedurale dagli artt. 8 e 25 CADU, la Corte EDU ricava tanto gli obblighi di criminalizzazione quanto quelli di persecuzione penale dal combinato disposto dell'art. 1 CEDU (che fa obbligo alle Parti contraenti di riconoscere – nella versione inglese «*secure*» – a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo I) e della norma attributiva di un diritto o di una libertà che di volta in volta viene in rilievo (segnatamente, per quel che ci interessa, gli artt. 2, 3, 4, 5 e 8 CEDU).

A differenza di quella sudamericana, la giurisprudenza europea ha, in altre parole, sviluppato per ciascuno dei diritti enunciati dalle norme citate (ad eccezione dell'art. 8 CEDU, rispetto al quale non ha finora sancito in maniera esplicita obblighi di persecuzione penale) una *dimensione procedurale*, che va ad affiancare quella sostanziale; e ciò – si badi – pur in presenza all'interno della CEDU di norme del tutto analoghe a quelle di cui agli artt. 8 e 25 CADU (ovverosia gli artt. 6 e 13 CEDU).

Profondamente diversa è poi la *natura delle violazioni lamentate* dinanzi alle due Corti: i casi oggetto delle pronunce della Corte IDU riguardano per la maggior parte violazioni che non presentano carattere episodico, ma si inseriscono in un contesto più generale, che giustifica la loro qualificazione come crimini contro l'umanità. Il cd. *contest element* è, invece, quasi sempre assente nei fatti portati all'attenzione della Corte EDU, che in genere presentano una dimensione squisitamente individuale.

Di qui l'assenza, nella giurisprudenza europea, dei riferimenti allo *jus cogens* internazionale che invece sono frequentissimi nella parallela giurisprudenza sudamericana, e che – come abbiamo rilevato in precedenza – offrono alla Corte di San José la possibilità di giustificare l'affermazione di penetranti obblighi di tutela penale alla luce non solo della CADU, ma anche dei principi che regolano il diritto internazionale penale.

Del tutto originale nell'esperienza sudamericana è, ancora, la *declinazione dei diritti della vittima in diritto di accesso alla giustizia, diritto alla verità e diritto alla riparazione*. Si tratta, nondimeno, di una differenza essenzialmente nominalistica, posto che – a ben vedere – il contenuto di questi diritti è assicurato, nella giurisprudenza della Corte EDU, dall'affermazione di corrispondenti obblighi in capo alle autorità statali (il che conferma la validità della tesi secondo cui il contenuto di un diritto può essere realmente definito attraverso l'enucleazione dei doveri che incombono sullo Stato).

Sul fronte degli obblighi di persecuzione penale – o procedurali che dir si voglia – è infine possibile evidenziare nella giurisprudenza più recente della Corte EDU un'attenzione non solo per l'*an*, ma anche per il *quantum* di pena che non si riscontra, all'opposto, in quella della Corte IDU (probabilmente in ragione del fatto che nei casi affrontati dalla Corte interamericana era in discussione il primo profilo, preliminare rispetto al secondo). Poiché, tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo trae fondamento, ancora una volta, dal principio di effettività, che come si è visto è ben presente anche

nello strumentario della Corte di San José, non è irragionevole attendersi che anche quest'ultima possa approdare, in futuro, a conclusioni analoghe.

Capitolo 5

Gli obblighi di persecuzione penale discendenti dal diritto internazionale penale e le loro implicazioni sul versante del diritto sostanziale

Indice

5.1	Introduzione	238
5.2	L'assenza di obblighi di incriminazione espressi nel settore del diritto internazionale penale . . .	240
5.3	I limiti della cd. “ <i>zero solution</i> ”	242
5.4	Dallo Statuto CPI discendono obblighi di criminalizzazione impliciti?	244
5.5	Le diverse opzioni per l'implementazione degli obblighi di penalizzazione impliciti che promanano dallo Statuto CPI	249
5.6	L'obbligo di perseguire i crimini di diritto internazionale	250
5.7	La persecuzione penale dei crimini di diritto internazionale e le altre opzioni per “fare i conti” con il passato: paradigmi in conflitto?	253
5.8	Le ragioni della scelta in favore dell'opzione penale	259
5.9	Brevi riflessioni sulle funzioni della pena	260

5.1 Introduzione

E' ora giunto il momento di allargare lo sguardo al *diritto internazionale penale*¹, che può essere con buona approssimazione definito come l'insieme delle norme internazionali – sostanziali e processuali – che sanciscono la responsabilità penale individuale per la commissione dei *crimini di diritto internazionale*² e attribuiscono ai tribunali penali internazionali il potere di giudicare e punire i loro autori, *senza la mediazione degli Stati*.

Pur essendo una branca del diritto internazionale pubblico, il diritto internazionale penale muove da una premessa teorica estranea a quest'ultimo: la premessa, cioè, secondo cui le norme dell'ordinamento internazionale sarebbero in grado di sancire (diritti e) obblighi *direttamente in capo agli individui*,

¹Per quanto la più recente elaborazione dottrinale consideri le espressioni *diritto penale internazionale* e *diritto internazionale penale* sostanzialmente equivalenti, si è preferito far riferimento in questa sede esclusivamente alla seconda, posto che nei sistemi giuridici dell'Europa continentale il termine diritto penale internazionale è tradizionalmente utilizzato per alludere alle norme del diritto penale interno che regolano le fattispecie criminose connotate da elementi di transnazionalità e la collaborazione processuale tra le autorità giurisdizionali nazionali dei vari Stati.

Cfr. sul punto A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, cit., pp. 11 e 12

²Si è qui accolta la definizione proposta da G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 29 e 42 (ora anche nella traduzione italiana a cura di A. DE MARTINO, *Diritto dei crimini internazionali*, Bologna, 2009).

Con l'espressione *crimini di diritto internazionale (crimes under international law)* si fa dunque riferimento – lo ribadiamo – a quei crimini previsti da disposizioni appartenenti all'ordinamento giuridico internazionale che descrivono un illecito individualmente rimproverabile, vi ricollegano una pena e sono in grado di fondare direttamente una responsabilità penale individuale, senza necessità di trasposizione negli ordinamenti nazionali: l'elenco comprende i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità, il genocidio e il crimine di aggressione.

Essi si distinguono dagli altri *crimini internazionali (international crimes)* contemplati da trattati internazionali che prevedono obblighi espressi di incriminazione, e la cui punizione è subordinata all'implementazione negli ordinamenti nazionali.

Tale definizione e l'elenco dei crimini che ne discende, non sono, peraltro, unanimemente condivisi: secondo la definizione di A. CASSESE, *International criminal law*, cit., pp. 11 e 12, ad esempio, i crimini internazionali sono le violazioni delle norme internazionali che implicano la responsabilità penale individuale dei soggetti coinvolti, e – oltre a quelli sopra citati – rientrano in tale categoria anche la tortura (in sé e per sé considerata) e alcune forme di terrorismo internazionale.

Per M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., pp. 94 ss. e 65 ss., la distinzione si gioca piuttosto tra *crimini internazionali*, da un lato, e *crimini di jus cogens*, dall'altro (i quali sarebbero un sottoinsieme dei crimini internazionali): la prima categoria comprenderebbe ben venticinque categorie di crimini (dai crimini di guerra, all'*apartheid*, all'uso illecito del servizio postale, ai crimini di falsificazione e contraffazione, solo per citarne alcuni), mentre la seconda annovererebbe l'aggressione, il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra, la pirateria, la schiavitù e le fattispecie connesse e la tortura.

Non è il caso di enfatizzare queste differenze tra le varie classificazioni, dovute probabilmente al fatto che si tratta di *categorie sempre in movimento*: l'importante è chiarire a quale tra le diverse classificazioni si aderisce, sì da evitare fraintendimenti.

che pure non figurano tra i loro tradizionali destinatari³. Accanto al paradigma della responsabilità dello Stato per le violazioni del diritto internazionale emerge, dunque, quello – del tutto innovativo – della *responsabilità penale dell'individuo* che si sia reso autore di uno dei crimini di diritto internazionale (che storicamente si affianca al primo e in qualche misura lo supera)⁴.

Lo sviluppo di questo settore del diritto internazionale è, come noto, assai recente: se il primo (infruttuoso) tentativo di assicurare alla giustizia i criminali di guerra risale al primo dopoguerra⁵, è solo con l'istituzione dei Tribunali di Norimberga e di Tokio – rispettivamente, nel 1945 e nel 1946 – che il principio della responsabilità penale internazionale ricevette, per la prima volta, effettivo riconoscimento. I maggiori criminali di guerra vennero, in quell'occasione, condannati da un tribunale penale internazionale, esclusivamente sulla base delle norme di diritto internazionale di matrice consuetudinaria e pattizia che definivano i crimini di diritto internazionale⁶.

Negli anni '90 i Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda istituiti dall'ONU contribuirono a riaffermare il carattere consuetudinario del nucleo originario del diritto internazionale penale rappresentato dai cd.

³Il diritto internazionale si pone tradizionalmente come “diritto degli Stati”: la soggettività internazionale degli individui è un'acquisizione assai recente, frutto dell'elaborazione dottrinale successiva alla seconda guerra mondiale, e non condivisa da tutti gli studiosi. Secondo i fautori dell'impostazione che sostiene la soggettività internazionale degli individui, questi ultimi sono dunque, al tempo stesso, titolari di diritti sanciti da norme internazionali (e possono talvolta instaurare un procedimento giurisdizionale in caso di violazione degli stessi) e destinatari delle norme internazionali che fondano la responsabilità penale individuale per i crimini di diritto internazionale. Cfr. sul punto B. NASCIBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, cit., p. 370; A. CASSESE, *International criminal law*, cit., pp. 3; C. MELONI, *Command responsibility*, cit., p. 26 (in particolare, nt. 110).

⁴Per un approccio di tipo storico si rimanda ancora ad A. CASSESE, *International criminal law*, cit., p. 5.

E' bene precisare che i due piani rimangono concettualmente distinti, così che l'affermazione della responsabilità individuale non comporta automaticamente l'insorgere della responsabilità dello Stato, e viceversa (secondo il sistema del “doppio binario” delineato, ad esempio, dall'art. 25 co. 4 dello Statuto CPI, a tenore del quale “Nessuna disposizione del presente Statuto relativa alla responsabilità penale degli individui pregiudica la responsabilità degli Stati nel diritto internazionale”). Cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 41, nonché, ancora, A. CASSESE, *International criminal law*, cit., pp. 7 e 31.

Cfr. altresì, sul tema generale dei rapporti tra imputazione collettiva e responsabilità personale nel rimprovero internazionalpenalistico, S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino, 2008.

⁵Si allude al tentativo di sottoporre a processo il *Kaiser* e i vertici dello Stato tedesco per i crimini di guerra commessi durante la prima guerra mondiale: degli 896 presunti criminali di guerra, solo 12 furono effettivamente processati, e la metà vennero assolti.

⁶Si allude ai processi nei confronti dei vertici nazisti e giapponesi, che ebbero ad oggetto essenzialmente i crimini contro la pace e i crimini di guerra.

Cfr. in proposito ancora G. WERLE, *Principles of International criminal law*, cit., pp. 7-14; M. C. BASSIOUNI, *Enforcing Human Rights through International Criminal Law*, cit., pp. 604 ss.; C. MELONI, *Command responsibility*, cit., pp. 46 ss.

*Principi di Norimberga*⁷, principi che hanno costituito anche la base per l'adozione, nel 1998, dello Statuto della Corte penale internazionale, la quale rappresenta il primo esempio di *giurisdizione internazionale permanente sui crimini di diritto internazionale*⁸.

Nessuno dei casi pendenti dinanzi alla Corte – che ha iniziato la sua attività nel 2003 – è stato, finora, definito. Attualmente sono in corso tre dibattimenti, uno dei quali (quello che vede imputato Thomas Lubanga Dyilo) è giunto alle battute conclusive⁹.

5.2 L'assenza di obblighi di incriminazione espressi nel settore del diritto internazionale penale

Questa rapidissima introduzione ci consente di affrontare il primo profilo della nostra indagine. La categoria degli obblighi di incriminazione espressi è pressoché estranea al diritto internazionale penale: la punibilità dei crimini di guerra, dei crimini contro l'umanità, del genocidio e del crimine di aggressione discende infatti *direttamente* dalle norme appartenenti all'ordinamento internazionale che descrivono un illecito individualmente rimproverabile sotto minaccia di una pena, *senza dunque che sia necessaria la trasposizione della relativa fattispecie all'interno dei sistemi penali nazionali*¹⁰. Contemplare obblighi di criminalizzazione espressi equivarrebbe infatti a negare, in buona sostanza, la stessa pretesa di fondare direttamente – e dunque *senza l'intermediazione della legge statale* – la responsabilità penale degli autori dei crimini di diritto internazionale, che costituisce appunto il tratto distintivo del diritto internazionale penale.

E' ben vero che – come abbiamo visto nel primo e nel secondo capitolo – alcune Convenzioni internazionali pongono degli obblighi di penalizzazione espliciti delle violazioni massive dei diritti fondamentali. Ma essi riguardano *solo i crimini di guerra e il genocidio* (nonché la *tortura*, che rappresenta a determinate condizioni una sottofattispecie del genocidio, dei crimini di

⁷Cfr. in proposito G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 15-18, e M. C. BASSIUNI, *Enforcing Human Rights through International Criminal Law*, cit., p. 607.

⁸Sui tentativi di stabilire una corte penale internazionale permanente portati avanti dalla Società delle Nazioni a partire dal 1937 e poi dalle Nazioni Unite, si vedano M. C. BASSIUNI, *Enforcing Human Rights through International Criminal Law*, cit., pp. 607 ss., e G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 18 ss.

Sula Conferenza dei Plenipotenziari tenutasi a Roma nel 1998, che ha portato all'elaborazione dello Statuto della Corte penale internazionale, cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 20 ss.

⁹Per un'analisi dell'operato della Corte penale internazionale nei suoi primi nove anni di attività si rinvia a M. MIRAGLIA, *Happy birthday ICC! Bilancio dei primi nove anni di attività della Corte penale internazionale*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁰Cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 27; M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., pp. 32 ss.

guerra e dei crimini contro l'umanità), e non gli altri crimini di diritto internazionale¹¹, e comunque vincolano *solo gli Stati che hanno ratificato i suddetti strumenti* di diritto pattizio. E, soprattutto, il loro mancato recepimento non impedisce ai tribunali penali internazionali di emettere una condanna penale fondata sulle pertinenti norme internazionali.

Tale approccio è ribadito dallo Statuto della Corte penale internazionale, nel quale l'unico obbligo di incriminazione espresso è quello di cui all'art. 70 § 4, che ha ad oggetto alcune tipologie di reati contro l'amministrazione della giustizia commessi in danno della stessa CPI¹².

E' dunque possibile affermare che – se si eccettua la previsione dell'art. 70 § 4 – dallo Statuto non discendono obblighi espressi di criminalizzazione¹³.

¹¹Deve segnalarsi, nondimeno, che è stata predisposta una bozza di codice sui crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità: si rinvia, in proposito, al sito ufficiale dell'*International Law Commission* delle Nazioni Unite, www.untreaty.un.org

¹²Conviene riportare, per comodità, il testo dell'art. 70 Statuto CPI, rubricato appunto "Reati contro l'amministrazione della giustizia": «1. La Corte eserciterà la propria giurisdizione sui seguenti reati commessi ai danni della amministrazione della giustizia se sono perpetrati intenzionalmente:

- a) fornire falsa testimonianza malgrado l'obbligo assunto di dire la verità in applicazione dell'articolo 69, paragrafo 1;
- b) presentare elementi di prova che le parti conoscono essere falsi o falsificati;
- c) subornare testi ostacolare o intralciare la libera presenza o testimonianza di un teste, attuare misure di ritorsione nei confronti di un teste per la sua testimonianza, o distruggere o falsificare elementi di prova o intralciare la raccolta di tali elementi;
- d) ostacolare, intimidire o corrompere un funzionario della Corte allo scopo di obbligarlo o persuaderlo a non ottemperare, o ad ottemperare impropriamente ai suoi obblighi;
- e) attuare misure di ritorsione nei confronti di un funzionario della Corte per il dovere espletato da questi o da un altro funzionario;
- f) sollecitare o accettare retribuzioni illecite in qualità di funzionario o agente della Corte, in relazione alle proprie mansioni ufficiali.

2. I principi e le procedure che disciplinano l'esercizio della giurisdizione della Corte sulle violazioni di cui al presente Articolo saranno quelli previsti nelle Regole Procedurali e di Ammissibilità delle Prove. Per fornire cooperazione internazionale alla Corte in relazione ai procedimenti di cui al presente Articolo ci si atterrà alla legislazione interna dello Stato a cui ci si rivolge.

3. In caso di condanna, la Corte può comminare una pena non superiore a cinque anni, o un'ammenda, in conformità con le regole procedurali e di Ammissibilità delle Prove, oppure entrambe.

4. (a) Gli Stati Parte estendono le norme del loro diritto penale che sanzionano i reati contro l'intensità dei propri procedimenti investigativi e giudiziari ai reati contro l'amministrazione della giustizia indicati nel presente Articolo commessi nel proprio territorio o da loro cittadini;

(b) su richiesta della Corte, ogni qualvolta lo riterrà opportuno lo Stato Parte sottoporrà il caso alle sue autorità competenti ai fini del procedimento. Dette autorità competenti tratteranno tali casi con diligenza e mobileranno risorse sufficienti perché si possano svolgere con efficienza».

¹³Secondo E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. AMATI - V. CACCAMO - M. COSTI - E. FRONZA - A. VALLINI,

La cd. *zero solution* – ossia la scelta dello Stato di non procedere all’implementazione del diritto internazionale penale nell’ordinamento interno, affidando pertanto la punizione dei crimini di diritto internazionale alle fattispecie penali esistenti (dall’omicidio, alle lesioni, alla riduzione in schiavitù, per intenderci)¹⁴ è, dunque, (almeno *prima facie*) legittima dal punto di vista del diritto internazionale, e ha, anzi, contribuito a rendere più agevole il processo di ratifica dello Statuto CPI¹⁵. Essa presenta, nondimeno, *notevoli controindicazioni* e, soprattutto, non tiene conto delle implicazioni degli obblighi di persecuzione penale che discendono dallo Statuto medesimo e dal diritto internazionale consuetudinario: profili, questi, che si andranno appunto ad esaminare nei paragrafi seguenti.

5.3 I limiti della cd. “*zero solution*”

Nell’ottica del diritto internazionale penale, va anzitutto sottolineato che il *criterio di complementarità*¹⁶ al quale è informato l’odierno sistema di *enforcement* del diritto internazionale penale si fonda, tra l’altro, sulla considerazione per cui le Corti nazionali – specie quelle dello Stato nel cui territorio il crimine è stato commesso – sono di regola in grado di condurre i relativi procedimenti penali *più velocemente, con maggiore facilità e minori costi* di quanto potrebbe fare la stessa Corte penale internazionale¹⁷: al di là di quanto potrebbe apparire a un’indagine superficiale, dunque, il mancato perseguimento dei crimini di diritto internazionale a livello statale non è privo di conseguenze negative, anche dopo l’introduzione di un tribunale internazionale permanente.

Introduzione al diritto penale internazionale, Milano, 2010, p. 58, «lo Statuto non contiene un obbligo per gli Stati parte di adattare il proprio diritto penale nazionale alle norme dello Statuto, ma solamente un onere».

¹⁴Anche laddove lo Stato decida di non procedere all’adeguamento della propria legislazione allo Statuto, su di esso graveranno comunque obblighi di cooperazione con la Corte, ai sensi degli artt. 86-88 Statuto CPI; e l’inadempimento degli stessi potrà dar luogo a una responsabilità sul piano internazionale.

¹⁵Cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 120, nonché – con riferimento in particolare all’ordinamento italiano – E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., pp. 68-72, e l’ulteriore bibliografia ivi citata.

¹⁶Il principio di complementarità è espressamente enunciato al punto 10 del Preambolo, e implicitamente dal punto 6, mentre l’art. 1 Statuto CPI ribadisce che «la Corte è complementare alle giurisdizioni nazionali» e l’art. 17 detta, infine, le condizioni per l’esercizio della giurisdizione (complementare, appunto) da parte della Corte.

¹⁷Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 83.

Si veda altresì l’interessante saggio di G. WAKJIRA, *National prosecution: the Ethiopian experience*, in M. C. BASSIOUNI - C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*, Bordeaux, 1998, pp. 189 ss.

La dottrina internazionalpenalistica più attenta ha infatti evidenziato da tempo il *ruolo cruciale delle giurisdizioni nazionali* nella lotta contro l'impunità per i più gravi crimini internazionali¹⁸, dal momento che le *chances* di repressione aumentano se gli stessi sono effettivamente perseguiti, in prima battuta, da queste ultime. Ciò passa tuttavia, necessariamente, per l'introduzione di norme incriminatrici *ad hoc* nel sistema penale interno e per la correlativa previsione di ipotesi di *mandatory universal jurisdiction*¹⁹.

L'implementazione del diritto internazionale penale negli ordinamenti nazionali rafforza, inoltre, la *legittimazione* di quest'ultimo; e non si può tacere, infine, che nel caso in cui gli Stati firmatari si sottraessero al loro dovere di perseguire i crimini di diritto internazionale, demandando sistematicamente alla Corte il compito di procedervi, l'intero meccanismo delineato dallo Statuto CPI – in base al quale l'intervento della Corte rappresenta l'eccezione, e non la regola – sarebbe inevitabilmente portato al collasso²⁰.

Dal punto di vista del diritto nazionale, invece, l'introduzione di norme incriminatrici che abbiano ad oggetto i crimini di diritto internazionale è *indispensabile* – è appena il caso di dirlo – negli ordinamenti di *civil law*²¹, che intendono in maniera più rigoristica il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*: tale principio impedisce infatti – almeno secondo l'imposta-

¹⁸Bisogna peraltro rilevare come sussistano alcune, rilevanti, differenze tra il diritto internazionale penale applicato dalle giurisdizioni internazionali, da un lato, e da quelle nazionali, dall'altro (*in primis* per quel che concerne la disciplina delle immunità e dell'amnistia): cfr. sul punto A. CASSESE – M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002; N. ROTH-ARRIAZA, *The Pinochet effect: transitional justice in the age of human rights*, Philadelphia, 2005; N. ROTH-ARRIAZA – L. GIBSON, *The developing jurisprudence on Amnesty*, in *Human rights quarterly*, vol. 20, n. 4, 1998, p. 843-885; e, più di recente, K. SIKKINK, *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, New York, 2011.

Non si può fare a meno di notare, nondimeno, come la giurisprudenza della Corte interamericana e delle Corti nazionali dei Paesi dell'America latina stiano approdando a conclusioni differenti da quelle cui giunge, sul punto, la prevalente dottrina internazionalpenalistica.

¹⁹Cfr. in proposito A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., pp. 19 ss, nonché E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., pp. 39 ss.

²⁰Rileva efficacemente E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., p. 45, che se il sistema stratificato in più livelli giurisdizionali delineato dagli artt. 1 e 17 Statuto CPI dovesse effettivamente funzionare "la Corte non dovrebbe (quasi) mai essere attivata".

²¹Il discorso è in parte diverso per i Paesi di *common law*, che ammettono anche nella materia penale il concorso di fonti scritte e non scritte: poiché le fattispecie di cui agli artt. 5 ss. dello Statuto codificano il diritto internazionale consuetudinario formatosi a partire dal primo dopoguerra, nulla impedirebbe di individuare in esse il fondamento della condanna penale e della conseguente inflizione di una pena, anche rispetto a fatti commessi prima dell'entrata in vigore dello Statuto medesimo (ma successivamente alla formazione della consuetudine internazionale).

Anche nei sistemi di matrice anglosassone, tuttavia, i giudici paiono estremamente riluttanti ad applicare direttamente il diritto internazionale consuetudinario: cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 119, e ivi per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

zione tradizionale – che la responsabilità penale individuale possa fondarsi esclusivamente su una norma di diritto internazionale²²; mentre la garanzia della predeterminazione legislativa della misura della pena²³ sarebbe sistematicamente frustrata dall'*eccessiva ampiezza delle cornici edittali* previste dall'art. 77 dello Statuto della Corte penale internazionale, che contempla le pene applicabili per i crimini di diritto internazionale²⁴.

5.4 Dallo Statuto CPI discendono obblighi di criminalizzazione impliciti?

Più radicalmente, poi, è necessario domandarsi se dal complesso delle norme dello Statuto non sia possibile ricavare obblighi *impliciti* di criminalizzazione, che come tali vincolino gli Stati firmatari ad adeguare la propria legislazione nazionale nel caso in cui ciò si renda necessario.

Tale possibilità è, invero, negata dalla dottrina prevalente, che parla al più di un *onere* di adeguamento allo Statuto²⁵, e, casomai, si domanda se

²²Nessun giudice italiano potrebbe, ad esempio, emettere una sentenza di condanna per fatti di tortura che rilevano *sub specie* di crimini contro l'umanità esclusivamente sulla base dell'art. 7 § 1 lett. f) Statuto CPI, in assenza di una norma incriminatrice della tortura nell'ordinamento interno (quand'anche gli stessi si fossero verificati in epoca successiva alla ratifica dello Statuto della Corte penale internazionale, e dunque non venissero in rilievo profili di frizione con il principio di irretroattività).

E' appena il caso di sottolineare, peraltro, come a ciò non osterebbe il principio di legalità penalistica nella formulazione dell'art. 7 CEDU, che al § 2 ammette espressamente la possibilità che un individuo sia sottoposto a processo e condannato «per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni [civili]».

In termini pressoché identici, se si eccettua la parola «civili», l'art. 49 § 1 CDFUE.

²³Cfr. sul punto E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 230-231.

²⁴Cfr. su questi profili G. FORNASARI, *Dittatori alla sbarra. Il caso Bordaberry come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, cit., pp. 2281 ss.

²⁵La tesi secondo cui dallo Statuto CPI discenderebbe un mero onere di adeguamento fa leva essenzialmente sull'assenza di una sanzione in caso di inadempimento.

C'è da chiedersi, tuttavia, se quella che abbiamo qui ribattezzato impropriamente come «avocazione» da parte della Corte penale internazionale, ai sensi dell'art. 17 Statuto CPI, non possa essere considerata alla stregua di una «sanzione per l'inadempimento»: il criterio della complementarità che informa il sistema di giustizia penale internazionale risponde, dopotutto, essenzialmente all'esigenza di tutelare la sovranità statale, che trova una delle sue più fondamentali espressioni nel monopolio dell'azione penale su un dato territorio; e la sostituzione della Corte alle giurisdizioni nazionali in caso di mancanza di volontà o di incapacità dello Stato interessato può essere vista, in questa chiave, come uno strumento *lato sensu* sanzionatorio.

Sulla necessità di ripensare la nozione di sanzione in diritto internazionale, si veda il § 8.11 del capitolo ottavo.

un corrispondente obbligo non possa essere desunto da altre norme di diritto internazionale, specie di fonte pattizia²⁶.

Ciò è senz'altro sostenibile – ci pare – per i crimini di guerra e per il genocidio, per i quali le Convenzioni di Ginevra del 1949 e la Convenzione ONU del 1948 prevedono, in effetti, obblighi di incriminazione espressi, e così pure per la tortura (che a determinate condizioni costituisce, come abbiamo detto, una micro-fattispecie dei crimini di diritto internazionale); ma non altrettanto può dirsi, almeno per il momento, per i crimini contro l'umanità e per il crimine di aggressione, per i quali allo stato non esistono strumenti di diritto internazionale pattizio *ad hoc*.

Il confronto con lo Statuto CPI rimane, dunque, un passaggio obbligato.

Il testo del Preambolo²⁷ offre, a ben guardare, più di un appiglio testuale

²⁶Cfr. ad es. E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., p. 58 nt. 39: «Ci si potrebbe domandare se in realtà non sussista per gli Stati un obbligo di adattamento in base ad altre norme di diritto internazionale. Lo Statuto è infatti “dentro” il diritto internazionale e in tale prospettiva si potrebbe pensare anche che sia stato concepito in quanto testo che presuppone l'esistenza di un obbligo internazionale preesistente (nelle Convenzioni, per esempio). Va segnalato, tuttavia, che l'ICC non sarebbe competente ad accertare questo tipo di violazione».

²⁷Pare opportuno riportare qui di seguito il testo del Preambolo: «Gli Stati Parti del presente Statuto

Consapevoli che tutti i popoli sono uniti da stretti vincoli e che le loro culture formano un patrimonio da tutti condiviso, un delicato mosaico che rischia in ogni momento di essere distrutto

Memori che nel corso di questo secolo, milioni di bambini, donne e uomini sono stati vittime di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell'umanità

Riconoscendo che crimini di tale gravità minacciano la pace, la sicurezza ed il benessere del mondo

Affermando che i delitti più gravi che riguardano l'insieme della comunità internazionale non possono rimanere impuniti e che la loro repressione deve essere efficacemente garantita mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale ed attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale,

Determinati a porre termine all'impunità degli autori di tali crimini contribuendo in tal modo alla prevenzione di nuovi crimini,

Rammentando che è dovere di ciascun Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali,

Ribadendo gli scopi ed i principi della Carta delle Nazioni Unite ed in modo particolare il dovere di tutti gli Stati di astenersi dal ricorrere all'uso della minaccia o della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica degli altri Stati o in contrasto, in qualsiasi altro modo, con gli scopi delle Nazioni Unite,

Evidenziando a tale riguardo che nessuna disposizione del presente Statuto può essere interpretata nel senso di autorizzare uno Stato Parte ad intervenire in un conflitto armato di competenza degli affari interni di un altro Stato,

Determinati ad istituire a tali fini e nell'interesse delle generazioni presenti e future, una Corte penale internazionale permanente e indipendente, collegata con il sistema delle Nazioni Unite competente a giudicare sui crimini più gravi motivo di allarme per l'intera comunità internazionale,

Evidenziando che la Corte penale internazionale istituita ai sensi del presente Statuto è complementare alle giurisdizioni penali nazionali,

Risoluti a garantire duraturo rispetto all'applicazione della giustizia internazionale,

a sostegno dell'ipotesi di lavoro che abbiamo poc'anzi enunciato, secondo cui lo Statuto porrebbe, in capo agli Stati firmatari, obblighi di incriminazione *impliciti*.

Al punto 4, esso afferma infatti che «i delitti più gravi che riguardano l'insieme della comunità internazionale non possono rimanere impuniti e che la loro repressione deve essere efficacemente garantita *mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale* ed attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale»; mentre al punto 6 chiarisce che «è dovere di ciascun Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali».

Ora, la precondizione perché ciò possa avvenire è, appunto, l'*adeguatezza dei sistemi penali nazionali a reprimere i suddetti crimini*: se le relative fattispecie sono del tutto assenti nell'ordinamento nazionale, o si discostano in maniera significativa dalla formulazione dello Statuto, lo Stato precedente non sarà in grado di assicurare una repressione efficace degli stessi, e dunque di ottemperare all'obbligo poc'anzi menzionato²⁸. Il che comporterà, ai sensi dell'art. 17 dello Statuto medesimo, l'"avocazione" del caso da parte della Corte penale internazionale, che come noto è competente a pronunciarsi soltanto laddove lo Stato (più direttamente) interessato *non voglia o non possa farlo*²⁹.

Hanno convenuto quanto segue [...]».

²⁸Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 118.

²⁹Pare opportuno riportare il testo dell'art. 17 dello Statuto della Corte penale internazionale, rubricato "*Questioni relative alla procedibilità*": «1. Con riferimento al decimo comma del preambolo ed all'articolo primo del presente Statuto, la Corte dichiara improcedibile il caso se:

- a) sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento;
- b) lo stesso è stato oggetto di indagini condotte da uno Stato che ha su di esso giurisdizione e tale Stato ha deciso di non procedere nei confronti della persona interessata, a meno che la decisione non costituisca il risultato del rifiuto o dell'incapacità dello Stato di procedere correttamente;
- c) la persona interessata è già stata giudicata per la condotta oggetto della denuncia e non può essere giudicata dalla Corte a norma dell'articolo 20, paragrafo 3;
- d) il fatto non è di gravità sufficiente da giustificare ulteriori azioni da parte della Corte.

. 2. Al fine di decidere se ricorre in specifiche fattispecie il difetto di volontà dello Stato, la Corte valuta se, avuto riguardo alle garanzie giudiziarie riconosciute dal diritto internazionale sussistono una o più delle seguenti circostanze:

- a) il procedimento è o è stato condotto, ovvero la decisione dello Stato è stata adottata, nell'intento di proteggere la persona interessata dalla responsabilità penale per i crimini di competenza della Corte indicati nell'articolo 5;
- b) il procedimento ha subito un ritardo ingiustificato che, date le circostanze, è incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia;

Né pare una forzatura ritenere che un simile obbligo di incriminazione possa essere implicitamente ricavato *anche dal combinato disposto degli artt. 1 e 17 Statuto CPI*, che delineano la struttura del sistema di giustizia penale internazionale che fa capo alla Corte penale internazionale: se la *giurisdizione prioritaria* è attribuita agli Stati³⁰, è del tutto conseguente ritenere che gli stessi *debbano* dotarsi degli strumenti normativi idonei a reprimere le suddette violazioni.

Come vedremo tra breve, un obbligo di persecuzione penale dei crimini di diritto internazionale discende invero, per lo Stato nel cui territorio sia stato commesso un crimine di diritto internazionale, *anche dal diritto consuetudinario*; e poiché tutti gli Stati potrebbero – in ipotesi – essere teatro di crimini di diritto internazionale, è logico ritenere che tutti siano tenuti ad apportare alla loro legislazione nazionale le modifiche necessarie a consentire l'effettiva repressione dei medesimi.

Anche dal diritto internazionale di matrice consuetudinaria, dunque, possono ricavarsi obblighi di incriminazione *impliciti*, che esplicano la loro efficacia nei confronti di *tutti* gli Stati della comunità internazionale (e quindi anche di quelli che non hanno ratificato lo Statuto della Corte penale internazionale).

Bisogna peraltro rilevare come gli obblighi di criminalizzazione impliciti discendenti dalle fonti di diritto internazionale penale non si esauriscano nella richiesta di introdurre fattispecie *ad hoc* per reprimere i crimini di diritto internazionale, ma si estendano alla previsione di *norme estensive della punibilità* che consentono di attrarre nell'area del penalmente rilevante le principali forme di manifestazione del reato³¹.

In quest'ottica vengono in rilievo almeno altre due disposizioni dello Statuto: l'art. 25 §§ 3 e 4 e, soprattutto, l'art. 28.

L'art. 25 § 3 lett. b) stabilisce, infatti, che «una persona è penalmente responsabile e può essere punita per un reato di competenza della corte» «quando ordina, sollecita o incoraggia la perpetrazione di tale reato, nella misura in cui vi è perpetrazione o tentativo di perpetrazione di tale reato» (lett. b), e così pure quando «tenta di commettere il reato mediante atti che per via del loro carattere sostanziale rappresentano un inizio di esecuzione, senza tuttavia portare a termine il reato per via di circostanze indipendenti dalla sua volontà» (lett. f).

c) il procedimento non è stato, o non è condotto in modo indipendente o imparziale, ed è stato, o è condotto in modo tale da essere - date le circostanze- incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia».

Cfr. sul punto E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., pp. 45 ss.

³⁰Cfr. ancora E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., p. 40.

³¹Si veda il § 6.5 del capitolo sesto.

L'art. 28³², dal canto suo, prevede un ulteriore *mod of liability* caratteristico del diritto internazionale penale: la *responsabilità del superiore*³³.

Si tratta di una nozione che abbiamo già incontrato nel capitolo dedicato al diritto umanitario: come forse si ricorderà, gli artt. 86 § 2 e 87 del primo Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977 avevano per la prima volta “codificato” – ma il termine è, naturalmente, usato in senso atecnico – la nozione di *superior responsibility* per i comandanti militari, senza tuttavia sciogliere l'alternativa sulla natura penale o disciplinare della stessa³⁴; l'art. 28 Statuto CPI, invece, sulla scorta degli artt. 7 § 3 e 6 § 3 degli Statuti rispettivamente del Tribunale per la *ex* Jugoslavia e di quello

³²Dispone l'art. 28, significativamente rubricato «*Responsabilità dei capi militari ed altri superiori gerarchici*»:

«Oltre agli altri motivi di responsabilità penale secondo il presente Statuto per reati di competenza della Corte: 1. Un comandante militare o persona facente effettivamente funzione di comandante militare è penalmente responsabile dei crimini di competenza della Corte commessi da forze poste sotto il suo effettivo comando o controllo o sotto la sua effettiva autorità e controllo, a seconda dei casi, quando non abbia esercitato un opportuno controllo su queste forze nei seguenti casi:

- a) questo capo militare o persona sapeva o, date le circostanze, avrebbe dovuto sapere che le forze commettevano o stavano per commettere tali crimini; e
- b) questo capo militare o persona non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedire o reprimere l'esecuzione o per sottoporre la questione alle autorità competenti a fini d'inchiesta e di azioni giudiziarie.

2. Per quanto concerne le relazioni fra superiore gerarchico e sottoposti non descritte alla lettera a), il superiore gerarchico è penalmente responsabile per i reati di competenza della Corte commessi da sottoposti sotto la sua effettiva autorità o controllo, qualora egli non abbia esercitato un opportuno controllo su tali sottoposti nelle seguenti circostanze:

- a) essendo a conoscenza, o trascurando deliberatamente di tenere conto di informazioni che indicavano chiaramente che tali subordinati commettevano o stavano per commettere tali crimini;
- b) i crimini erano inerenti ad attività sotto la sua effettiva autorità e responsabilità;
- c) non ha preso tutte le misure necessarie e ragionevoli in suo potere per impedirne o reprimerne l'esecuzione o per sottoporre la questione alle autorità competenti ai fini d'inchiesta e di esercizio dell'azione penale».

³³Cfr. in proposito lo studio monografico di C. MELONI, *Command responsibility*, cit., la quale evidenzia peraltro come la *command responsibility* si ponga in alternativa con altre forme di attribuzione della responsabilità elaborate dalla giurisprudenza penale internazionale, e in particolare con i due distinti modelli della “*joint criminal enterprise*” (la cd. JCE, una sorta di associazione criminosa, che di frequente ha trovato applicazione da parte dei Tribunali ad hoc) e della *co-perpetration* (o co-autoria) basata sulla nozione di controllo sul crimine, di derivazione roxiniana, affermatasi nella prima giurisprudenza della Corte penale internazionale, e come gli sviluppi più recenti mostrino una progressiva erosione della *command responsibility*, utilizzata esclusivamente per “tappare le falle” degli altri meccanismi di attribuzione della responsabilità.

Cfr. altresì S. MANACORDA – C. MELONI, *Indirect perpetration versus joint criminal enterprise*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010.

³⁴Si veda il § 2.5 del secondo capitolo.

per il Ruanda (e soprattutto dell'elaborazione giurisprudenziale di questi ultimi), richiede che i comandanti militari e gli altri superiori gerarchici siano sottoposti a responsabilità penale laddove omettano di adempiere agli obblighi di controllo sui propri subordinati che promanano dal diritto internazionale e che mirano ad impedire la commissione di reati da parte di questi ultimi, e così pure nel caso in cui omettano di punire i responsabili.

Perché ciò sia possibile anche a livello interno è, tuttavia, indispensabile che venga introdotta *una norma modulata su quella dell'art. 28 dello Statuto della Corte penale internazionale*, tale da consentire la repressione penale anche di quelle condotte che non sarebbero assoggettabili a pena in forza del paradigma concorsuale tradizionale (né di reati comuni come il favoreggiamento personale), o che comunque non potrebbero essere punite in maniera proporzionata alla (rilevante) gravità del fatto.

5.5 Le diverse opzioni per l'implementazione degli obblighi di penalizzazione impliciti che promanano dallo Statuto CPI

Se – come abbiamo cercato di dimostrare nel paragrafo precedente – dallo Statuto della Corte penale internazionale discendono obblighi di criminalizzazione impliciti, che come tali vincolano gli Stati firmatari, questi ultimi conservano, nondimeno, un amplissimo margine di discrezionalità in relazione alle *modalità* di adempimento degli stessi.

Nei Paesi di *common law*, un primo itinerario consiste nell'*applicazione diretta*, da parte dei giudici nazionali, delle pertinenti norme di diritto internazionale (pattizio e consuetudinario)³⁵.

Una seconda strada – che autorevole dottrina ritiene senz'altro praticabile anche nei sistemi di *civil law* – può essere individuata invece nel *rinvio alle disposizioni dello Statuto della Corte penale internazionale* che definiscono i crimini di diritto internazionale³⁶. Il che, tuttavia, lascia aperto il problema dell'*individuazione delle sanzioni* alle quali tali crimini dovrebbero ritenersi assoggettati.

Una terza opzione, anch'essa valida per entrambe le categorie di sistemi penali, è infine quella dell'*incorporazione* nell'ordinamento interno *delle fattispecie previste dallo Statuto della Corte penale internazionale*³⁷. L'incor-

³⁵Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 119.

³⁶Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 120. Le definizioni contenute nello Statuto verrebbero, così, ad integrare il precetto penale.

³⁷Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 120.

Alla luce della formulazione dettagliata delle stesse, e in particolare delle numerose norme definitorie dei termini in esse richiamati che trovano posto nello Statuto, non pare peraltro che una simile tecnica di tipizzazione legislativa potrebbe recare alcun significativo *vulnus* al principio di precisione, tradizionalmente inteso come uno dei "corollari" del principio di legalità.

porazione, a sua volta, può essere realizzata secondo modalità differenti: lo Stato firmatario potrebbe, ad esempio, optare per la pedissequa trasposizione delle disposizioni dello Statuto, o invece decidere di apportare modifiche alle definizioni dei crimini di diritto internazionale (magari per ricomprendervi anche fatti che non vi rientrano, ma che la consuetudine internazionale considera tali); o ancora scegliere tra l'introduzione di nuove fattispecie all'interno del codice penale vigente e la creazione di un *corpus* normativo *ad hoc* (come è accaduto in Germania con l'approvazione, nel 2002, del Codice dei crimini di diritto internazionale)³⁸.

Quale che sia la modalità prescelta, con l'adeguamento allo Statuto si compie quel «compromesso politico e giuridico» cui ciascuno Stato ha acconsentito attraverso la firma e la ratifica dello stesso³⁹.

Attraverso l'adeguamento passa, inoltre, il processo di *armonizzazione dei sistemi nazionali*⁴⁰ innescato dal meccanismo delineato dall'art. 17 Statuto CPI: il ruolo dei legislatori nazionali è, dunque, cruciale perché si possa giungere al ravvicinamento – in questo settore – delle legislazioni degli Stati firmatari, che gioca una parte importante nella lotta all'impunità per i crimini di diritto internazionale.

5.6 L'obbligo di perseguire i crimini di diritto internazionale

E' ora giunto il momento di affrontare il secondo profilo della nostra indagine.

E' opinione unanimemente condivisa che i crimini di diritto internazionale – che colpiscono beni giuridici considerati meritevoli di tutela dall'intera comunità internazionale – *possano* essere perseguiti da qualsiasi Stato, indipendentemente dal *locus commissi delicti*, dalla nazionalità delle vittime o degli autori e da qualsiasi altro criterio di collegamento con lo stato procedente⁴¹: ai suddetti crimini si applica, dunque, il principio della *giurisdizione*

³⁸Cfr. anche in relazione a questo profilo G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 121 ss. Quel che è certo è che, seppur incorporate nell'ordinamento interno, le disposizioni dello Statuto non verrebbero a perdere la loro natura di norme di diritto internazionale, e dovrebbero pertanto essere interpretate come tali dai giudici nazionali.

³⁹Cfr. sul punto E. MALARINO, *Implementación y dificultades de implementación*, in K. AMBOS - E. MALARINO - J. WOISCHNIK (a cura di), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del estatuto de Roma de la Corte penal internacional: contribuciones de América Latina y Alemania*, Berlino - Montevideo, 2006, pp. 489-491; ed ancora una volta E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., p. 44.

⁴⁰E. FRONZA - E. MALARINO, *L'effet harmonisateur du Statut de Rome*, in M. DELMAS-MARTY - M. PIETH - U. SIEBER (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising Criminal Law*, p. 32.

⁴¹G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 64 ss.

universale (intesa, in questa prima accezione, come *permissive universal jurisdiction*)⁴².

Occorre tuttavia chiedersi se gli Stati abbiano *non solo il potere, ma anche il dovere* di perseguire i crimini di diritto internazionale⁴³.

Il diritto internazionale di matrice consuetudinaria contempla un simile obbligo *esclusivamente per gli Stati nel cui territorio il crimine è stato commesso*⁴⁴; e lo stesso fanno le fonti pattizie, sia pur soltanto in relazione al

⁴²Sarebbe stato pertanto del tutto logico conferire alla Corte penale internazionale una giurisdizione su scala mondiale, proprio sulla base del principio della giurisdizione universale. Tuttavia, la proposta in tal senso avanzata dalla delegazione tedesca alla Conferenza dei plenipotenziari di Roma non è stata accolta, più per mancanza di volontà politica che per la presenza di ostacoli giuridici. Cfr. ancora sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 64.

Pare opportuno, a questo proposito, riportare il testo dell'art. 12 dello Statuto:

«1. Lo Stato che diviene parte del presente Statuto accetta con tale atto la competenza della Corte sui crimini di cui all'articolo 5.

2. Nell'ipotesi preveduta dall'articolo 13, lettere a) o c) la Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale se uno dei seguenti Stati, o entrambi, sono Parti del presente Statuto o hanno accettato la competenza della Corte in conformità delle disposizioni del paragrafo 3:

- a) lo Stato nel cui territorio hanno avuto luogo l'atto o l'omissione in oggetto o, se il crimine è stato commesso a bordo di una nave o di un aeromobile, lo Stato della bandiera o di immatricolazione di tale nave o aeromobile;
- b) lo Stato del quale la persona accusata ha la nazionalità.

3. Se è necessaria, a norma delle disposizioni del paragrafo 2, l'accettazione di uno Stato non Parte del presente Statuto, tale Stato può, con dichiarazione depositata in Cancelleria, accettare la competenza della Corte sul crimine di cui trattasi. Lo Stato accettante coopera con la Corte senza ritardo e senza eccezioni, in conformità al capitolo IX».

La Corte può, inoltre, esercitare la propria giurisdizione indipendentemente dal *locus commissi delicti* o dalla nazionalità dell'autore dei crimini soltanto nel caso, previsto dall'art. 13 § 1 lett. b) dello Statuto, in cui «il Consiglio di Sicurezza, nell'ambito delle azioni previste dal capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, segnal[i] al Procuratore una situazione nella quale uno o più di tali crimini appaiono essere stati commessi».

⁴³Usando una diversa terminologia, è necessario accertare se un dato crimine internazionale abbia raggiunto il livello di *jus cogens*: da tale caratterizzazione deriva, infatti, l'imposizione in capo agli Stati di *obligationes erga omnes* (quali il dovere di perseguire tali crimini o di estradare l'autore, l'imprescrittibilità, la giurisdizione universale). Il divario tra la *law-in-action* e la *law-in-the-books* è, nondimeno, molto profondo: «la prassi degli Stati mostra che, più spesso che no, è stata consentita l'impunità per i crimini di *jus cogens*, la teoria dell'universalità è lungi dall'essere universalmente riconosciuta e applicata, e il dovere di procedere o di estradare è più in divenire che riconosciuto, tranne che quando derivi da specifici obblighi convenzionali»: così, M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 67.

Sulla nozione di *jus cogens* e sui crimini che rientrano in tale categoria, e così pure sulla relazione tra *jus cogens* e *obligationes erga omnes* si registrano, tuttavia, molteplici posizioni in dottrina: per un quadro sintetico, cfr. ancora M. C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., pp. 65 ss.

⁴⁴Il principio di territorialità ha radici molto antiche: si rinvia, per una breve introduzione storica, ad A. CASSESE, *International criminal law*, cit., pp. 27 ss. (il quale sottolinea

genocidio e ai crimini di guerra nei conflitti armati internazionali⁴⁵.

All'opposto, *il dovere di perseguire i crimini di diritto internazionale non sorge per gli Stati terzi*, che dunque *non* sono tenuti ad attivare i meccanismi della giustizia penale per reprimere i crimini commessi da stranieri al di fuori del loro territorio.

Gli unici strumenti di diritto internazionale penale che contemplano una forma di *mandatory universal jurisdiction* (intesa, appunto, come obbligo di perseguire i crimini di diritto internazionale a prescindere dalla sussistenza di qualsiasi criterio di collegamento con la propria giurisdizione) sono – come abbiamo visto nel secondo e nel primo capitolo – le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che rispettivamente agli artt. 49, 50, 129 e 146 impongono allo Stato nel cui territorio si trova il sospetto autore di una grave violazione delle stesse di sottoporlo a processo o di consegnarlo ad un altro Stato che intenda processarlo, secondo il principio *aut dedere, aut judicare*⁴⁶; e la Convenzione ONU sulla tortura del 1984, agli artt. 5, 7 § 1 e 8 delinea un sistema di giurisdizione universale obbligatoria, condizionata alla mancata richiesta di estradizione da parte dello Stato in cui il crimine è stato commesso⁴⁷.

Una simile formulazione è invece del tutto estranea allo Statuto della Corte penale internazionale. Anche il già menzionato passaggio del Preambolo, secondo cui la repressione dei crimini di diritto internazionale «deve essere efficacemente garantita *mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale* ed attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale» (punto 4), ed «è *dovere di ciascun Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali*» (punto 6), non può essere letto come il fondamento di una nuova e più generale ipotesi di *mandatory universal jurisdiction*: esso rafforza, semplicemente, l'obbligo per ciascuno Stato firmatario di perseguire i crimini commessi *sul proprio territorio*, in conformità con il diritto internazionale consuetudinario⁴⁸.

Non è tuttavia da escludere che i futuri sviluppi potranno portare alla formazione di una consuetudine internazionale che estenda agli Stati terzi il dovere di perseguire i crimini di diritto internazionale, secondo il modello delle Convenzioni di Ginevra. L'introduzione in alcuni ordinamenti interni (quali quello tedesco, quello belga e quello spagnolo, per limitarci a quelli a

come le uniche eccezioni a tale principio fossero rappresentate dalla pirateria e dai crimini di guerra).

⁴⁵G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 68 ss.

⁴⁶Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 70, e A. CASSESE, *International criminal law*, cit., p. 31.

⁴⁷Si veda il § 1.16 del primo capitolo.

⁴⁸Così, G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 71.

L'Autore sottolinea, d'altra parte, come non sia possibile dedurre dalla mancata attribuzione alla Corte penale internazionale della giurisdizione universale alcun elemento contro la sussistenza di un dovere di perseguire i crimini di diritto internazionale in capo agli Stati terzi.

noi più prossimi) di disposizioni che autorizzino l'esercizio della giurisdizione universale costituisce un significativo passo in tal senso⁴⁹.

Si tratterebbe, come abbiamo già detto, di un elemento decisivo per sradicare il fenomeno dell'impunità per i crimini di diritto internazionale e per le più gravi violazioni dei diritti umani, dal momento che – come è stato efficacemente sottolineato – i crimini di diritto internazionale sono tipicamente *crimini di Stato*, e lasciare allo Stato nel cui territorio è situato il locus commissi delicti il compito di perseguirli spesso significa, dunque, attribuire a coloro che li hanno perpetrati nientemeno che *il dovere di giudicare se stessi*⁵⁰.

5.7 La persecuzione penale dei crimini di diritto internazionale e le altre opzioni per “fare i conti” con il passato: paradigmi in conflitto?

La storia più e meno recente ci ha mostrato, tuttavia, come l'attivazione dei meccanismi della giustizia penale *non sia l'unica opzione ipotizzabile*, tanto a livello teorico quanto a livello pratico⁵¹.

Vi è, addirittura, chi sostiene che la giustizia penale internazionale sia *radicalmente inadonea* a stigmatizzare e a punire i crimini di massa, poiché la loro dimensione necessariamente collettiva impedisce l'operatività dei tradizionali paradigmi ascrittivi della responsabilità penale: la ricerca di soluzioni alternative sarebbe, in quest'ottica, indispensabile⁵².

Pur prescindendo da posizioni estreme come quelle ora menzionate – invero superate dalla dottrina prevalente, che ritiene possibile ricostruire una responsabilità autenticamente individuale anche a fronte di macro-crimini

⁴⁹Cfr. in proposito il lavoro monografico di M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, cit., nonché A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., p. 19 ss.

⁵⁰Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 71; in riferimento alle prospettive future, C. BELL, *The “new law” of transitional justice*, in K. AMBOS – J. LARGE – M. WIERDA (a cura di), *Building a future on peace and justice*, Berlino, 2009, p. 117 ss.

⁵¹Cfr. in proposito, in una prospettiva storico-politica più che giuridica, l'interessante saggio di J. ELSTER, *Chiudere i conti: la giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, 2008, in particolare pp. 75 ss.

⁵²Così, sia pure con diversità di accenti, D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, 2006, p. 148; A. GARAPON, *Crimini che non si possono né perdonare né punire. L'emergere di una giustizia penale internazionale*, Bologna, 2004, pp. 164, 236; e, nella letteratura internazionale, T. TODOROV, *Les limites de la justice*, in A. CASSESE – M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002, p. 39.

Per una sintetica ricostruzione delle posizioni di scetticismo nei confronti della giustizia penale internazionale, cfr. S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, cit., pp. 51-54.

come quelli di diritto internazionale⁵³ – non si può tacere in questa sede come gli Stati abbiano in effetti a disposizione diverse modalità di fare i conti con il proprio passato, che rappresentano altrettante manifestazioni di quella che viene correntemente definita «*transitional justice*»⁵⁴: tale espressione, per utilizzare la definizione adottata da Kai Ambos, «*comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation*»⁵⁵.

In senso diametralmente opposto al perseguimento dei crimini di diritto internazionale si pone, ad esempio, il rifiuto di perseguirli penalmente, che passa attraverso l'*approvazione di leggi di auto-amnistia* o semplicemente l'*inerzia* degli organi investigativi e dello stesso Governo, ed è sovente percepito come il prezzo da pagare in cambio della fine delle ostilità⁵⁶.

Una seconda opzione è l'instaurazione di una *truth and reconciliation commission*, che – con una certa approssimazione – può essere considerata una sorta di commissione di inchiesta investita del compito di rileggere il passato in chiave critica e di giungere, per questa via, alla formulazione di una “verità ufficiale” e al riconoscimento dell'ingiustizia subita dalle vittime⁵⁷.

⁵³Cfr. per tutti S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, cit., pp. 51-54.

⁵⁴Il termine «*post-conflict justice*» è invece utilizzato in presenza di un conflitto armato. Cfr. in generale G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 75 ss., e, soprattutto, K. AMBOS, *The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC*, in K. AMBOS – J. LARGE – M. WIERDA (a cura di), *Building a future on peace and justice*, Berlino, 2009, pp. 19 ss.; C. BELL, *The “new law” of transitional justice*, cit., pp. 105 ss.; P. AGUILAR, *The timing and scope of reparation, truth and justice measures: a comparison of the Spanish, Argentinian and Chilean cases*, in K. AMBOS, J. LARGE, M. WIERDA (a cura di), *Building a future on peace and justice. Study on transitional justice, peace and development of the Nuremberg Declaration on peace and justice*, Berlino, 2009, pp. 503 ss.; P. GREARY, *The era of transitional justice: the aftermath of the truth and reconciliation commission in South Africa and beyond*, Milton Park – Abingdon – Oxon – New York, 2011; R. G. TEITEL, *Transitional justice*, Oxford, 2002; nonché i numerosi contributi pubblicati in M. C. BASSIOUNI - C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*, Bordeaux, 1998.

⁵⁵Così K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 21, il quale a sua volta riprende la definizione del rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite del 23 agosto 2004 dal titolo *The rule of law and transitional justice in conflict and post conflict societies*.

⁵⁶Paradigmatici gli esempi delle leggi di auto-amnistia adottate da alcuni Stati sudamericani, delle quali abbiamo incidentalmente parlato nel quarto capitolo.

Cfr. in proposito P. Aguilar, *The timing and scope of reparation*, cit., 508 ss., nonché K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 20 ss., che distingue tra *conditional amnesties* e *blanket amnesties*.

Cfr. altresì G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 75; C. BELL, *The “new law” of transitional justice*, pp. 106 ss.; E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., p. 74.

⁵⁷Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 75; C. BELL, *The “new Law” of transitional justice*, cit., pp. 11 ss.; C. MELONI, *Le vittime nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale*, in P. CORSO – E. ZANETTI (a cura

Ancora, è possibile affrontare il passato garantendo alle vittime qualche forma di riparazione, di carattere patrimoniale e non patrimoniale⁵⁸; e non bisogna sottovalutare, infine, il ruolo delle varie forme di *disqualification*, tra le quali non può non essere menzionata la destituzione dall'incarico di quanti collaboravano con il precedente governo, ivi compresi i membri della polizia e dell'esercito⁵⁹.

La dottrina internazionalpenalistica concorda, seppur con diverse sfumature, sulla necessità di verificare *in concreto* – in base a fattori come la natura e la dimensione dei crimini perpetrati, le modalità con le quali è avvenuta la transizione politica, le risorse disponibili e la capacità del potere giudiziario – quale sia lo strumento più efficace per affrontare il passato e lasciarlo finalmente alle spalle; e ha spesso posto l'accento anche sull'ulteriore possibilità di utilizzarne cumulativamente alcuni (come è accaduto, ad esempio, in Sudafrica, dove all'instaurazione di una *truth commission* fortemente orientata sulla vittima è seguito un provvedimento di amnistia per tutti coloro che avessero reso una confessione completa, secondo il motto “*truth instead of punishment*”)⁶⁰.

Il punto cruciale ai fini della nostra analisi è però quello della *legittimità del ricorso a meccanismi diversi da quelli della giustizia penale*. In altre parole, è necessario chiedersi se in capo agli Stati sussista un mero obbligo di *persequire* i crimini di diritto internazionale (*duty to prosecute*) – obbligo che non sarebbe comunque rispettato nel caso in cui si rinunciasse all'esercizio della giurisdizione penale, o se si garantisse agli autori dei crimini di diritto internazionale l'impunità, ad esempio attraverso provvedimenti di amnistia – o se su di essi incomba, invece, un più pregnante obbligo di *punirli* (*duty to punish*).

Nel sistema delineato dall'art. 17 Statuto CPI, tale questione ne reca con sé una ulteriore: è necessario, infatti, domandarsi se la Corte penale internazionale possa “avocare” a sé il caso ai sensi di detta norma qualora lo Stato in questione abbia deciso di utilizzare esclusivamente meccanismi di giustizia conciliativa, o se essa debba, invece, valutare in concreto l'adeguatezza di tali

di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, vol. II, p. 389; K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 40 ss., il quale mette in luce come il compito delle TRC sia quello di fissare una verità storica, che è distinta da quella giudiziaria, e come le caratteristiche delle stesse varino moltissimo a seconda dei casi.

Cfr. altresì, in relazione all'esperienza sudafricana, il lavoro monografico di P. GREADY, *The era of transitional justice*, cit.

⁵⁸Sul punto, G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 76, e K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 48 ss.

⁵⁹G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 76, e K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 48 ss.

⁶⁰G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., p. 76, e K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 48 ss.

In relazione all'esperienza sudafricana, cfr. altresì P. GREADY, *The era of transitional justice*, cit.

strumenti⁶¹.

Solo per limitarci all'esempio più immediato, la concessione di un'amnistia agli autori dei crimini di diritto internazionale potrebbe, almeno in apparenza, essere agevolmente ricondotta tra le ipotesi di "mancanza di volontà" dello Stato procedente, che giustificano ai sensi dell'art. 17 Statuto CPI l'"avocazione" del caso da parte della Corte penale internazionale⁶².

Il problema è, per vero, estremamente dibattuto.

Prima dell'entrata in vigore dello Statuto della Corte penale internazionale, la stessa sussistenza di un obbligo di perseguire penalmente i crimini di diritto internazionale era tutt'altro che pacifica⁶³. Oggi è invece possibile affermare che, in linea di principio, esso gravi sugli Stati della comunità internazionale.

Tale obbligo conosce, tuttavia, limitate ma significative eccezioni.

Sul fronte dei provvedimenti di amnistia, ad esempio, secondo parte della dottrina bisognerebbe necessariamente distinguere tra le cd. *blanket amnesties* (dette anche «*amnesic amnesties*» (*from amnesia, Greek, referring to an act of oblivion*) since their primary goal is to completely conceal past crimes by prohibiting any investigation»⁶⁴, tendenzialmente inammissibili, e le cd. *conditional amnesties*, le quali «*[do] not automatically exempt from punishment for acts committed during a certain period of time but [make] the benefit of an amnesty conditional on certain acts or concessions by the benedite person(s)*»⁶⁵, le quali a determinate condizioni sono invece ritenute ammissibili.

Un dato di natura sistematica a favore dell'ammissibilità, *tout court*, dei provvedimenti di amnistia potrebbe essere rappresentato, prima facie, dall'art. 6 § 5 del secondo Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977, il quale – come abbiamo visto incidentalmente nel secondo capitolo – dispone che «al termine delle ostilità, le autorità al potere procureranno di concedere la più larga amnistia possibile alle persone che avessero preso parte al conflitto armato o che fossero private della libertà per motivi connessi con il conflitto armato, siano esse internate o detenute»⁶⁶.

La suddetta previsione, nondimeno, è stata sempre interpretata «*as only referring to legal acts in combat and to those mutual brache of IHL which have been committed ad a necessary consequence of the armed conflict, i.e., as not covering violations of IHL*»⁶⁷; e ad ogni modo, dopo l'entrata in vigore dello Statuto della Corte penale internazionale, il principio dell'*unità*

⁶¹Cfr. per tutti K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 28 ss.

Nel panorama italiano pone la questione E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., p. 74.

⁶²In questo senso E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, cit., p. 74.

⁶³Cfr. per tutti K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 29.

⁶⁴Così K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 54.

⁶⁵Così K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 62.

⁶⁶Si veda il § 2.4 del secondo capitolo.

⁶⁷Così ancora K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 65.

dell'ordinamento giuridico impone di ritenere che anche i crimini di guerra che siano stati perpetrati in un conflitto non internazionale (cui l'art. 6 § 5 del Protocollo si applica) debbano essere perseguiti penalmente e non possano, *tout court*, andare esenti da pena⁶⁸.

Quanto all'art. 17 dello Statuto della Corte penale internazionale – che, com'è stato efficacemente sintetizzato, «*tries to strike a fair balance between the states' sovereign exercise of (criminal) jurisdiction and the International community's interest in preventing impunity for international core crimes by according prevalence to the State Parties if they are willing and able to investigate and prosecute the international core crimes*»⁶⁹ – si ritiene che nel caso in cui uno Stato, «*in its sovereign wisdom*» *decides not to investigate and/or prosecute by granting an Amnesty, art. 17 (1) (b) applies and three conditions must be fulfilled to make the ICC's intervention inadmissible*:

- *the respective State must have "investigated" the case;*
- *it must have taken the decision "not to prosecute";*
- *this decision must not result from unwillingness or inability»*⁷⁰.

Passando dalla *law-in-the-books* alla *law-in-action*, può essere interessante notare come l'atteggiamento finora tenuto dal *Prosecutor* della Corte penale internazionale – che, lo ricordiamo, gode di un ampio margine discrezionale nel decidere se avviare o meno un'indagine preliminare – sia stato quello di concentrare gli sforzi sulla persecuzione dei crimini più gravi e dei soggetti maggiormente responsabili, lasciando invece alle magistrature nazionali il compito di decidere se perseguire o meno i cd. *minor authors*⁷¹.

Sotto un diverso profilo, si discute sulla compatibilità degli strumenti alternativi alla giustizia penale rispetto ai *diritti delle vittime*, che vengono significativamente ricostruiti in termini pressoché analoghi a quelli della giurisprudenza di San José: diritto alla verità, alla giustizia e alla riparazione⁷².

In quest'ottica, si ricercano meccanismi diversi da quelli penalistici che, al contempo, consentano di fare realmente i conti con il passato e tengano in debita considerazione gli interessi delle vittime, quali l'istituzione di una *truth and reconciliation commission* (TRC), le molteplici forme di restituzione e riparazione/compensazione, il ricorso agli strumenti di riconciliazione propri

⁶⁸Su queste posizioni si era per vero già assestata anche la giurisprudenza del Tribunale per la ex Jugoslavia a partire dal caso *Tadić*.

⁶⁹Così ancora K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 72.

⁷⁰Così ancora K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 75.

⁷¹Cfr. sul punto K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 69 ss., e, soprattutto, C. BELL, *The "new law" of transitional justice*, pp. 115 ss.

⁷²Cfr. sul punto K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 35 ss.; J. BALINT, *An empirical study of conflict, conflict victimization and legal redress. 1945-1996*, in M. C. BASSIOUNI - C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity*, cit., pp. 101 ss.

delle singole culture (come il *Gagaca* in Ruanda, l'*Ubuntu* in Sud Africa), e così via⁷³. Per la verità, la posizione sostenuta da parte della dottrina è che simili strumenti possano rivelarsi utili *solo nella misura in cui si accompagnino, e non si sostituiscano, a quelli della giustizia penale*, che soli possono garantire autenticamente il rispetto dei diritti delle vittime⁷⁴.

Su un ulteriore piano di indagine, bisogna poi rilevare come alcuni degli autori che più approfonditamente si sono occupati del tema della giustizia di transizione revochino in dubbio che il rapporto tra pace e giustizia sia (sempre) conflittuale, e che la rinuncia all'esercizio dell'azione penale nei confronti degli autori dei crimini di diritto internazionale sia l'inevitabile prezzo da pagare per la fine delle ostilità⁷⁵.

Il dato che si è imposto agli interpreti è quello – offerto dall'ONU – secondo cui quasi la metà degli accordi di pace che abbiano visto sacrificato il valore della giustizia vengono infranti nell'arco di cinque anni⁷⁶: il che induce a ritenere che, almeno in alcuni contesti, la persecuzione penale non solo non ostacoli ma sia addirittura *funzionale ad una transizione pacifica e, soprattutto, al raggiungimento di una pace duratura*⁷⁷.

Altri sostengono, invece, in accordo con l'impostazione più tradizionale, che tutto possa essere sacrificato in cambio della pace, e che – come è stato icasticamente affermato – «*those who argue that peace cannot be bartered in exchange for justice, under any circumstances, must be prepared to justify the likely prolongation of an armed conflict*»⁷⁸.

Si tratta di temi complessi, sui quali non possiamo in questa sede soffermarci oltre: rimandiamo al nono capitolo le nostre modeste riflessioni critiche.

Vale solo la pena di sottolineare, da ultimo, come – qualunque sia la posizione adottata – la tematica della *transitional justice* necessiti di essere in qualche misura «giurisdizionalizzata»: come lucidamente sintetizza Kai Ambos, «*notwithstanding the enormous practical importance of exemptions from criminal prosecution within the frame work of TJ, the current practice and debate suffers from a lack of clear rules and criteria, which help to reconcile peace and justice in situations of transitino. The absence of such rules leale it completely to the unfettered discretion of the negotiators whether they accept exemptions from criminal prosecution or not. Policy arguments prevail over legal considerations, the out come mostly depends on the power structure between the negotiating parties. Thus, is necessary to develop “a*

⁷³Si veda ancora K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 46 ss.

⁷⁴Così K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 33.

⁷⁵Si rinvia, in proposito, a M. C. BASSIOUNI, *Searching for peace and achieving justice: the need for accountability*, in M. C. BASSIOUNI - C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity*, cit., pp. 45 ss.

⁷⁶Cfr. in proposito C. Bell, *The “new law” of transitional justice*, p. 120.

⁷⁷Cfr. sul punto K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 25.

⁷⁸Così W. SHABAS, *A synergistic relationship: the Sierra Leone truth and reconciliation commission and the special court for Sierra Leone*, Berlino, 2004, pp. 163-164.

common basis in International norms and standards, in order to “judicialize” the politics of TJ»⁷⁹.

5.8 Le ragioni della scelta in favore dell'opzione penale

I problemi poc'anzi affrontati possono essere meglio illuminati da una riflessione sulle ragioni della scelta in favore dell'opzione penale. Perché è necessario perseguire penalmente e punire i crimini di diritto internazionale?

E' stato anzitutto rilevato come, almeno in una certa misura, sia la stessa natura di questi ultimi a reclamare l'utilizzo degli strumenti penalistici: si tratta di crimini che, per le loro dimensioni, pongono in pericolo i *valori fondamentali dell'intera comunità internazionale*, in genere sintetizzati nell'endiadi «pace, sicurezza e benessere»; e la loro punizione risponderebbe dunque, almeno in qualche misura, a un *senso di giustizia innato nell'uomo*, che resterebbe altrimenti insoddisfatto.

Esemplificativo di questo punto di vista è il discorso di papa Pio XII al *sesto Congresso internazionale di diritto penale* tenutosi il 3 ottobre 1953, e riportato in un volume collettaneo curato da Bassiouni e Joyner⁸⁰.

L'esclusione dei tradizionali meccanismi di *enforcement* (come quello della responsabilità pecuniaria dello Stato che si fosse reso autore delle violazioni del diritto umanitario), lungi dall'essere aprioristica o immotivata è, d'altro canto, il frutto della riflessione lucida e disincantata sul loro clamoroso insuccesso: ancora una volta, è la memoria delle “atrocità inimmaginabili” di cui nel secolo scorso sono stati vittime “milioni di bambini, donne e uomini”, che così profondamente hanno turbato e turbano la coscienza dell'umanità, a imporre il ricorso agli strumenti penalistici, percepiti come quelli che hanno maggiori *chances* di successo nella lotta all'impunità e che, dunque, possono più efficacemente *prevenire* la commissione di nuovi crimini.

Tutti questi aspetti emergono plasticamente nel *Preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale*: oltre al già menzionato punto 4, merita in particolare di essere ricordato il punto 5, che espressamente individua nella repressione penale dei crimini di diritto internazionale uno degli strumenti indispensabili ai fini della prevenzione dei suddetti crimini.

Vi sono, tuttavia, altri profili sui quali pure è opportuno focalizzare la nostra attenzione.

Il paradigma penalistico – che presuppone un rimprovero individuale, per quel che il singolo ha fatto o ha omesso di fare – è il solo attraverso il quale ciascun autore dei crimini di diritto internazionale può essere messo compiutamente di fronte alle proprie responsabilità e acquisire coscienza

⁷⁹Così K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 28.

⁸⁰Il riferimento è a M. C. BASSIOUNI – C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity*, cit., pp. 13 ss.

del proprio ruolo all'interno della catena di comando: poiché dinanzi ad un tribunale penale non c'è spazio per la colpa o l'innocenza collettiva, «perfino un semplice ingranaggio, in quella sede, ridiventa persona»⁸¹.

Ancora, il processo penale e la sentenza contribuiscono, in primo luogo, alla *fissazione di una verità condivisa*, che valga in qualche modo a prevenire spregiudicati tentativi revisionisti⁸²: considerazione, questa, di importanza tutt'altro che marginale, se sol si pensa che una delle tendenze più comuni dei regimi totalitari è proprio quella di negare che le violazioni dei diritti umani abbiano avuto luogo, o che abbiano avuto dimensioni così estese. Non si può tacere, peraltro, che anche alcuni strumenti di giustizia conciliativa – quali le più volte menzionate commissioni di riconciliazione e verità, o TRC – potrebbero in effetti raggiungere questo obiettivo.

Se l'idea centrale è dunque quella – già emersa prepotentemente in tutti i capitoli precedenti – per cui il ricorso agli strumenti della giustizia penale è *funzionale ad ottenere un più alto livello di osservanza delle norme internazionali di contenuto precettivo*, ad essa si affiancano, nondimeno, giustificazioni ulteriori, che non possono non avere importanti ripercussioni sulla riflessione in ordine alle funzioni della pena. Profilo, questo, che si andrà ad affrontare nel paragrafo successivo.

5.9 Brevi riflessioni sulle funzioni della pena

Le risposte avanzate in dottrina sul tema delle funzioni della pena nel diritto internazionale penale sono molteplici e articolate: cercheremo di riportarle sinteticamente nel breve spazio che abbiamo qui a disposizione.

La punizione dei crimini di diritto internazionale verrebbe, in primo luogo, a soddisfare *il senso innato di giustizia insito in ogni uomo*: in quest'ottica, essa verrebbe ad essere la *giusta reazione* della comunità internazionale alla commissione di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell'umanità (per riprendere, ancora una volta, il testo del *Preambolo* allo Statuto della Corte penale internazionale).

L'idea di *retribuzione* gioca dunque – inutile negarlo – un ruolo di primissimo piano.

E tuttavia, l'aspetto realmente centrale è quello della *prevenzione generale*, cd. *negativa* (sotto forma di intimidazione o deterrenza) e cd. *positiva* (sotto forma di orientamento culturale, o di convalida normativa): se l'impunità delle violazioni (massive) dei diritti umani è infatti una delle cause principali della loro persistente ricorrenza, la punizione dei crimini di diritto internazionale contribuisce, viceversa, a diffondere la consapevolezza che *anche il*

⁸¹H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2003, p. 128.

Cfr. sul punto ancora S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, pp. 44 ss.

⁸²Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 34 ss.

diritto internazionale è diritto, e che come tale è presidiato da un sistema di *enforcement* efficace⁸³. E' chiaro, tuttavia, che anche in questo settore del diritto (forse addirittura più che in altri) la funzione di orientamento culturale affidata alla pena è *subordinata al raggiungimento, da parte del sistema della giustizia penale nel suo complesso, di un buon livello di credibilità*.

In misura minore, infine, la pena svolgerebbe anche un'importante funzione *specialpreventiva*, inibendo l'azione dei potenziali autori dei crimini di diritto internazionale. Anche a questo proposito, non può non rilevarsi come i risultati della lotta all'impunità siano essenziali: solo uno scenario in cui tutti i responsabili delle violazioni massive dei diritti fondamentali venissero sistematicamente assicurati alla giustizia, senza eccezione alcuna, la pena potrebbe probabilmente esercitare un'effettiva azione deterrente nei confronti dei singoli.

Fin qui, dunque, trovano applicazione paradigmi consolidati, mutuati dalla tradizione penalistica.

Alcuni tra i commentatori più attenti, nondimeno, hanno individuato *altre funzioni della pena*, peculiari di questo particolare settore del diritto internazionale⁸⁴.

Si rileva, allora, come la sentenza penale *crystalizzi una verità storica*, soddisfacendo pertanto uno dei bisogni primari delle vittime, che è appunto quello di sapere come sono andate le cose e di dare un nome e un volto a chi ha causato loro tanta sofferenza⁸⁵.

In secondo luogo, la punizione degli autori dei crimini internazionali porterebbe a compimento il processo di *individualizzazione della responsabilità*: riconoscendo la possibilità di fondare un rimprovero individuale, il diritto internazionale penale mette infatti in luce come i crimini di diritto internazionale non vengano commessi da entità astratte (come gli Stati), ma richiedano all'opposto la collaborazione di persone in carne ed ossa, che come tali devono risponderne⁸⁶.

⁸³Cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 34 ss.

⁸⁴Cfr. sul punto G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 35-36, che sottolinea come lo Statuto CPI ponga l'accento, in particolare, su questo ordine di funzioni della pena.

⁸⁵Cfr. ancora G. WERLE, *Principles of international criminal law*, cit., pp. 34 ss.

⁸⁶Cfr. su questi aspetti ancora S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, cit.

Capitolo 6

Una possibile sistematizzazione degli obblighi sovranazionali di tutela penale

Indice

6.1	Gli obblighi di criminalizzazione, gli obblighi di persecuzione penale e gli obblighi di cooperazione giudiziaria: definizioni iniziali	264
6.2	I reciproci rapporti tra gli obblighi di criminalizzazione, gli obblighi di persecuzione penale e gli obblighi di cooperazione giudiziaria	265
6.3	Le fonti degli obblighi di tutela penale di matrice sovranazionale	267
6.4	Le ragioni della “stratificazione” degli obblighi di tutela penale enunciati nell’ambito delle varie <i>international agencies</i>	268
6.5	Gli obblighi di criminalizzazione	272
6.5.1	Gli obblighi di criminalizzazione che incidono sulla conformazione del precetto penale	272
6.5.2	Gli obblighi di criminalizzazione che incidono sulla conformazione della sanzione penale	277
6.5.3	Il criterio del <i>minimum standard</i> di tutela	280
6.5.4	Gli obblighi di criminalizzazione alternativi	281
6.5.5	Gli obblighi di penalizzazione condizionati	282
6.5.6	Le clausole di esenzione dall’obbligo di criminalizzazione	283
6.6	L’obbligo di prevedere una qualche forma di responsabilità da reato per le persone giuridiche	284
6.7	Gli obblighi di persecuzione penale	285
6.7.1	Gli obblighi di attivazione degli strumenti della giustizia penale	285

6.7.2	Gli obblighi di irrogare una sanzione proporzionata alla gravità del fatto	286
6.8	Gli obblighi di cooperazione giudiziaria in materia penale	287

6.1 Gli obblighi di criminalizzazione, gli obblighi di persecuzione penale e gli obblighi di cooperazione giudiziaria: definizioni iniziali

Al termine di questa lunga panoramica, è giunto il momento di procedere ad una sorta di “categorizzazione” degli obblighi sovranazionali di tutela penale.

Una prima, fondamentale distinzione – che abbiamo già anticipato nell’*Introduzione* – è quella tra *obblighi di criminalizzazione*, *obblighi di persecuzione penale* e *obblighi di cooperazione giudiziaria*¹.

I primi attengono al versante del diritto penale sostanziale, e consistono nella richiesta, avanzata ai legislatori nazionali, di introdurre norme incriminatrici a tutela di determinati interessi o – come pure talvolta accade – di estendere l’ambito di applicazione di fattispecie penali già esistenti o di inasprirne il trattamento sanzionatorio.

I secondi riguardano, invece, il diritto processuale penale e – secondo la definizione che abbiamo già adottato nell’*Introduzione* – si compendiano nel duplice obbligo di assoggettare a processo penale e, se ne ricorrono i presupposti, di condannare gli autori delle condotte descritte dalla fattispecie di criminalizzazione. A dispetto di quanto l’espressione sembrerebbe suggerire, essi comprendono dunque tanto quello che in inglese viene definito come *duty to prosecute* quanto quello che prende il nome di *duty to punish*.

La terza categoria – che riguarda anch’essa il diritto processuale penale – comprende:

- a) l’obbligo di *estradare* i sospetti autori dei crimini internazionali (che, in genere, si presenta come alternativo rispetto a quello di persecuzione penale);
- b) l’obbligo di procedere a uno *scambio delle informazioni rilevanti* con le autorità investigative e giudiziarie straniere;
- c) l’obbligo di fornire alle autorità inquirenti e giudicanti la necessaria *assistenza giudiziaria*;
- d) l’obbligo di *riconoscere le sentenze straniere*, almeno a taluni effetti penali.

¹Cfr. altresì la classificazione da ultimo proposta da F. VIGANÒ, *Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH*, 2012, ora in www.penalecontemporaneo.it.

Per altro verso, gli obblighi di criminalizzazione e quelli di persecuzione penale hanno come destinatario *il singolo Stato* e sono volti a disciplinare l'operato, rispettivamente, del legislatore, delle forze dell'ordine e della magistratura requirente e giudicante.

Gli obblighi di cooperazione giudiziaria, invece, riguardano i rapporti *tra gli Stati*, e disciplinano essenzialmente l'operato delle autorità investigative e giudiziarie.

6.2 I reciproci rapporti tra gli obblighi di criminalizzazione, gli obblighi di persecuzione penale e gli obblighi di cooperazione giudiziaria

Prima di procedere alle ulteriori classificazioni, ci pare tuttavia opportuno sottolineare fin d'ora, e con la dovuta enfasi, come le relazioni tra le tre categorie di obblighi di tutela penale siano strettissime.

Iniziamo dal *rapporto tra gli obblighi di criminalizzazione e quelli di persecuzione penale*: è impensabile che l'obbligo di sottoporre a processo e condannare con pene proporzionate alla gravità del fatto gli autori delle violazioni del diritto internazionale possa essere adempiuto laddove nell'ordinamento interno manchino – a monte – norme incriminatrici adeguate a reprimere le suddette condotte, o quando l'ambito di applicazione delle norme esistenti e in astratto idonee a tale scopo sia, di fatto, limitato dall'operare di norme penali di favore dai contorni troppo ampi.

Sembra corretto affermare, dunque, che dagli obblighi di persecuzione penale intesi *in senso forte* – come comprensivi, cioè, tanto del *duty to prosecute* quanto del *duty to punish* – possano essere sempre ricavati altrettanti obblighi di criminalizzazione, il cui adempimento costituisce il presupposto necessario per quello degli obblighi di persecuzione penale medesimi.

Lo abbiamo visto concretamente nel capitolo dedicato al diritto internazionale penale, interrogandoci sulla possibilità di ricavare implicitamente dal testo dello Statuto della Corte penale internazionale obblighi di incriminazione impliciti proprio a partire dagli obblighi di persecuzione penale affermati nel Preambolo.

Ma considerazioni del tutto analoghe valgono, ad esempio, per l'obbligo di criminalizzazione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, che può essere implicitamente ricavato dall'art. 3 Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo: se è vero che la Corte non ha fino a questo momento richiesto *expressis verbis* l'introduzione di norme incriminatrici *ad hoc*, non si può non rilevare come l'adozione di disposizioni effettive, proporzionate e dissuasive sia il prerequisito perché gli atti di tortura possano essere in

concreto perseguiti e puniti con pene adeguate, come la giurisprudenza di Strasburgo pretende².

Emerge plasticamente, dunque, il *nesso funzionale* che lega gli obblighi di penalizzazione a quelli di persecuzione penale, e che trova conferma, dal punto di vista storico, nel modo in cui gli uni e gli altri sono stati affermati nei primi strumenti internazionali a connotazione penalistica: la richiesta di introdurre nuove norme incriminatrici o di riformulare il precetto o la cornice edittale di quelle esistenti è, infatti, del tutto *strumentale all'esigenza che i crimini internazionali siano adeguatamente puniti*; sicché l'obbligo di criminalizzazione – a differenza di quello di persecuzione penale – è pur sempre un obbligo *condizionato*, che viene in rilievo solo laddove sia comprovata l'insufficienza e/o l'inidoneità delle fattispecie di reato già previste dall'ordinamento penale nazionale.

Un esempio eloquente è dato dall'art. 3 della Convenzione internazionale del 1910 per la repressione della tratta delle bianche: la disposizione – una delle prime, nel panorama internazionale, a dettare obblighi di penalizzazione – stabilisce infatti che solo gli Stati Contraenti la cui legislazione «non bastasse per reprimere i reati» di cui l'art. 1 richiede la punizione debbano impegnarsi «a prendere o a proporre ai loro rispettivi legislatori i provvedimenti necessari affinché questi reati siano puniti secondo la loro gravità»³.

Ma il rapporto tra il ravvicinamento del diritto penale sostanziale e le esigenze della cooperazione giudiziaria è stato oggetto, come si ricorderà, di innumerevoli riflessioni dottrinali nel settore del diritto dell'Unione Europea, e molte di esse hanno evidenziato, appunto, la funzione *lato sensu* strumentale del primo rispetto alla seconda (con poche seppur significative eccezioni)⁴.

E' possibile ravvisare un nesso funzionalistico *anche tra gli obblighi che afferiscono alla cooperazione giudiziaria e di polizia e quelli di persecuzione penale*, posto che – dato il carattere transnazionale dei crimini di cui si tratta – la repressione penale degli stessi sarebbe un'impresa quanto mai ardua se le autorità giurisdizionali precedenti non disponessero delle informazioni necessarie e non avessero assicurata la collaborazione delle corrispondenti autorità straniere.

Sinteticamente, non pare errato affermare che gli obblighi di informazione e di assistenza giudiziaria che sorgono in capo agli organi degli Stati che non abbiano attivato la propria giurisdizione penale su un dato crimine siano *strumentali alla repressione dello stesso da parte dello Stato procedente*.

Si impongono riflessioni più approfondite, invece, per quel che concerne, più in particolare, il rapporto tra obblighi di persecuzione penale e obblighi di estradizione (che, come abbiamo visto, costituiscono i due estremi del-

²Vedi *supra*, il § 4.3 del quarto capitolo.

³Vedi *supra*, il § 1.3 del primo capitolo.

⁴Vedi *supra*, il § 3.11.2 del terzo capitolo.

l'alternativa *aut dedere, aut judicare*): provvederemo ad esporre più oltre le nostre personali considerazioni in proposito.

6.3 Le fonti degli obblighi di tutela penale di matrice sovranazionale

Una seconda considerazione di ordine generale che conviene premettere all'opera di sistematizzazione alla quale ci accingiamo riguarda invece le *fonti* degli obblighi di tutela penale, che possono individuarsi nella consuetudine internazionale o (come più spesso accade) in strumenti di diritto internazionale pattizio, o ancora nell'elaborazione pretoria degli organismi giurisdizionali o para-giurisdizionali (come le Corti dei diritti, i tribunali penali internazionali o i cd. *treaty bodies* delle Nazioni Unite).

Sulla scorta di tale distinzione può parlarsi di obblighi *espresi* di tutela penale con riferimento a quelli esplicitamente previsti dal testo dell'atto internazionale, e di obblighi *impliciti* di tutela penale con riguardo a quelli che possono essere ricavati dal suddetto testo soltanto attraverso la mediazione dell'interprete.

Obblighi *espresi* di tutela penale sono, ad esempio, quelli sanciti rispettivamente dagli artt. 49, 50, 129 e 146 delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che enunciano congiuntamente l'obbligo per le Parti contraenti di «prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, una delle infrazioni gravi» indicate agli artt. 50, 51, 130 e 147 e di «ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, una di dette infrazioni» per deferirle ai loro tribunali (o in alternativa estradarle verso lo Stato che ne faccia richiesta).

Come obblighi di criminalizzazione *impliciti* possiamo, invece, richiamare ancora una volta quelli che discendono dal Preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale e dall'art. 3 CEDU, cui abbiamo già fatto cenno nel paragrafo precedente; ma vale forse la pena di menzionare anche la ripetuta affermazione, da parte del Comitato ONU sui diritti umani, che l'adozione di un quadro normativo adeguato ad assicurare la punizione effettiva della tortura e dei trattamenti crudeli, inumani o degradanti sarebbe implicitamente imposta dall'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (sulla cui effettiva applicazione il Comitato è appunto chiamato a esercitare la propria sorveglianza).

Una particolare categoria di obblighi impliciti di tutela penale è poi costituita dagli obblighi *di matrice giurisprudenziale*, la cui enunciazione avviene ad opera degli organi giurisdizionali ai quali è affidato il compito di interpretare e applicare gli strumenti di diritto internazionale pattizio.

Paradigmatica, in proposito, la sentenza sul *mais greco* del 1989, con la quale la Corte di Giustizia delle allora Comunità europee ha dedotto

dall'obbligo di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 par. 1 TCE il dovere, in capo agli Stati membri, di estendere la tutela di carattere penale prevista per i propri interessi a quelli corrispondenti di rilievo comunitario, di modo che le violazioni del diritto comunitario venissero punite in ciascuno di essi con sanzioni analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità⁵.

Ma sempre sul fronte del diritto sostanziale si potrebbe altresì citare la pronuncia *Siliadin c. Francia*, nella quale la Corte EDU ha tratto dal divieto di schiavitù, servitù e del lavoro forzato di cui all'art. 4 CEDU l'obbligo per gli Stati firmatari della Convenzione di introdurre nel proprio ordinamento penale norme idonee ad intercettare e a reprimere in maniera adeguata la cd. schiavitù domestica, attraverso un'interpretazione evolutiva della norma⁶.

Per quanto concerne invece gli obblighi di persecuzione penale di matrice giurisprudenziale, basti pensare alla corposa elaborazione delle Corti di Strasburgo e San José in tema di tutela del diritto alla vita e di proibizione della tortura e delle sparizioni forzate, che ha visto l'enucleazione di vere e proprie linee guida per le autorità inquirenti, requirenti e giudicanti a partire dal testo di norme estremamente laconiche, che si limitavano a sancire in termini generali e astratti queste fundamentalissime garanzie⁷.

Come abbiamo visto, la classificazione in base alle fonti – tra obblighi espressi e obblighi impliciti – è trasversale, perché interessa sia gli obblighi che attengono al versante del diritto sostanziale, sia quelli che attengono al fronte del diritto processuale. Proprio per questo ci è parso più proficuo utilizzare invece, anche nel prosieguo, la tripartizione obblighi di criminalizzazione / obblighi di persecuzione penale / obblighi di cooperazione giudiziaria: nei paragrafi successivi analizzeremo, in particolare, le varie sotto-categorie di obblighi, soffermandoci sulla forma e sul contenuto degli stessi prima sul versante del diritto sostanziale e poi su quello del diritto processuale.

6.4 Le ragioni della “stratificazione” degli obblighi di tutela penale enunciati nell’ambito delle varie *international agencies*

Prima di procedere oltre con la nostra analisi, però, è necessario focalizzare la nostra attenzione su un'ulteriore questione di carattere generale.

Nella parte descrittiva del presente lavoro abbiamo cercato di mettere in luce, laddove fosse possibile, le reciproche interazioni esistenti tra i vari strumenti normativi a connotazione penalistica adottati nell'ambito di distinte *international agencies* in una stessa materia, evidenziando non di rado come

⁵Vedi *supra*, il § 3.4 del terzo capitolo.

⁶Vedi *supra*, il § 4.2 del quarto capitolo.

⁷Vedi *supra*, i §§ 4.3 e 4.6 del quarto capitolo.

il contenuto degli obblighi di tutela penale da essi veicolati fosse, grossomodo, coincidente.

Si pensi, ad esempio, ai molteplici obblighi di criminalizzazione del riciclaggio (ad opera della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990, del secondo Protocollo integrativo alla Convenzione PIF del 1997 e della Convenzione ONU sulla criminalità organizzata transnazionale del 2000) o della corruzione attiva e passiva (ad opera della Convenzione OCSE del 1997, del primo Protocollo addizionale alla Convenzione PIF del 1996 e della Convenzione ONU del 2003).

Viene spontaneo chiedersi, allora, le ragioni di questa "stratificazione" di obblighi di tutela penale di portata analoga, che *prima facie* potrebbe apparire del tutto ingiustificata.

Siamo dell'idea che le possibili risposte a tale domanda si articolino su cinque piani distinti, che riguardano:

1. l'*elenco degli Stati destinatari* degli obblighi di tutela penale;
2. il *punto di vista peculiare* di ciascuna delle varie organizzazioni internazionali che si fanno di volta in volta promotrici dell'adozione degli strumenti internazionali che contemplano gli obblighi di tutela penale;
3. il *procedimento di adozione* dei suddetti atti;
4. i *meccanismi di pressione indiretta* eventualmente posti a presidio degli strumenti che veicolano gli obblighi di tutela penale;
5. il *contesto storico-politico* nel quale il singolo atto a connotazione penalistica viene adottato.

Una prima, banalissima ma altrettanto importante osservazione riguarda il numero e la collocazione geografica degli Stati destinatari degli obblighi di tutela penale: per fare qualche esempio, gli atti dell'Unione europea a connotazione penalistica sono vincolanti per 27 Stati (*rectius*, da 24 a 26, dopo l'autoesclusione della Danimarca, del Regno Unito e dell'Irlanda); quelli del Consiglio d'Europa sono potenzialmente aperti alla firma di 47 Stati; quelli delle Nazioni Unite hanno una vocazione universale.

Nell'ambito della lotta alla criminalità transnazionale e all'impunità per i crimini di diritto internazionale e per le più gravi violazioni dei diritti fondamentali, dunque, assume un'importanza cruciale il fatto che l'obbligo di tutela penale abbia come destinatari *il maggior numero possibile di Stati, localizzati in tutte le aree geografiche del pianeta*.

Una seconda considerazione, forse non altrettanto banale, attiene alle ragioni concrete che stanno alla base della richiesta di fronteggiare un determinato fenomeno criminoso attraverso gli strumenti della giustizia penale, che sono generalmente percepiti – come vedremo nel settimo capitolo – come quelli maggiormente in grado di esercitare un reale effetto deterrente.

Un esempio ci aiuterà a chiarire meglio il nostro pensiero.

Abbiamo accennato poc'anzi ai numerosi obblighi di criminalizzazione della corruzione contenuti in atti internazionali adottati nell'ambito di organizzazioni diverse: l'OCSE, le allora Comunità europee e l'ONU.

Si tratta di obblighi di contenuto largamente coincidente, che tuttavia rispondono a logiche differenti, espressione del peculiare punto di vista di ciascuna delle suddette *international agencies* sullo stesso fenomeno criminoso: se l'OCSE intendeva contrastare la corruzione nelle transazioni commerciali internazionali essenzialmente *al fine di evitare l'alterazione della concorrenza e i pregiudizi per lo sviluppo economico*, le Comunità europee si prefiggevano invece di *tutelare i propri interessi finanziari*, mentre l'azione dell'ONU aveva l'obiettivo di far sì che gli aiuti economici ai Paesi più poveri venissero effettivamente utilizzati per lo scopo per il quale erano stati concessi e, al tempo stesso, di contrastare un fattore ostativo all'instaurazione di regimi realmente democratici e al rispetto dei diritti umani⁸. Di qui l'attenzione particolare alla repressione di determinate manifestazioni del fenomeno corruttivo da parte di ciascuno degli strumenti che abbiamo menzionato *in incipit* al presente paragrafo.

Un terzo rilievo attiene al *grado di complessità* e alla *prevedibile durata del procedimento di adozione* degli atti a connotazione penalistica emanati nell'ambito delle diverse organizzazioni internazionali, e vede contrapposti, da un lato, gli strumenti tradizionali del diritto internazionale pattizio (convenzioni, accordi, trattati) e, dall'altro, gli strumenti adottati nell'ambito del diritto dell'Unione (ieri essenzialmente decisioni-quadro, oggi direttive).

Mentre l'entrata in vigore dei primi è subordinata al raggiungimento di un numero considerevole di ratifiche, e può essere anche di molti anni successiva all'adozione, i tempi per l'entrata in vigore dei secondi sono generalmente più ridotti⁹, anche in ragione del fatto che, una volta scaduto il termine per l'attuazione di una data direttiva (puntualmente indicato nelle disposizioni finali e in genere fissato entro i due anni successivi), lo Stato che non abbia adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per conformarvisi potrà incorrere in una procedura per infrazione.

Questa considerazione ci introduce al quarto ordine di ragioni che possono portare alla sovrapposizione di obblighi di tutela penale di fonte UE a preesistenti obblighi di analogo contenuto enucleati da atti adottati da altre organizzazioni internazionali.

Le istituzioni europee dispongono, infatti, di un meccanismo di pressione indiretta – il ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia, che può essere proposto dalla Commissione¹⁰ – il quale rende gli obblighi di

⁸E' interessante notare, per inciso, come queste logiche siano estranee alla repressione penale della corruzione (tradizionalmente ritenuta offensiva del decoro della pubblica amministrazione) a livello nazionale.

⁹Cfr. in proposito D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 261.

¹⁰Si veda in proposito il § 8.7.1 dell'ottavo capitolo.

tutela penale contenuti negli atti dell'Unione assai più cogenti di quelli che promanano dagli strumenti internazionali tradizionali. Per questa ragione, è facile che l'Unione decida, in maniera "opportunistica", di fare proprie le soluzioni già sperimentate in passato da altre organizzazioni internazionali adottando un proprio atto in materia, il cui grado di giustiziabilità sul piano internazionale sarà enormemente più elevato di quello dello strumento internazionale che per primo le aveva previste¹¹.

Ulteriori riflessioni attengono, infine, al contesto storico-politico nel quale l'atto a connotazione penalistica viene adottato. Come abbiamo visto nel primo capitolo a proposito della lotta alla corruzione transnazionale, può infatti accadere che, alla luce delle situazioni contingenti in cui una determinata iniziativa internazionale in materia penale dev'essere concretamente presa, essa possa avere più *chances* di andare a buon fine se viene portata avanti da una *international agency* e non da altre.

Così, ad esempio, negli anni Settanta il progetto dell'adozione di una convenzione a vocazione universale contro la corruzione nell'ambito dell'ONU era naufragato perché le contrapposizioni tra il Nord e il Sud e tra l'Est e l'Ovest del mondo non ne avevano consentito lo sviluppo (mentre nei primi anni Duemila esso ha potuto vedere la luce).

O ancora, potrà accadere in futuro che non sussistano a livello "euro unitario" le condizioni per l'adozione all'unanimità di una determinata iniziativa di politica criminale, e che debbano allora entrare in gioco altre organizzazioni internazionali (quali il Consiglio d'Europa o l'OCSE).

Più in generale, sulla scorta delle osservazioni di Mark Pieth possiamo affermare che:

- l'ONU «*has a vital role to play as the widest common denominator, promoting discussion and awareness*», ma che «*the next concrete steps should be taken by more specialized bodies*»¹²;
- il punto di forza delle organizzazioni regionali quali il Consiglio d'Europa, l'OSA e la stessa Unione europea è che esse operano *in un'area geografica omogenea*, in cui i problemi, il punto di vista e le esigenze degli Stati sono largamente coincidenti;
- uno dei vantaggi dell'OCSE è, invece, «*its potential to include fastly developing non-member countries into the consensus*» e così pure la cd. «*peer pressure*» sugli Stati più riluttanti ad intraprendere una data azione, la quale «*can be a very effective "booster" in a period of development of models*»¹³.

¹¹Cfr. ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 261.

¹²Così M. PIETH, *The coordination of international initiatives against corruption*, cit., p. 394.

¹³Così ancora M. PIETH, *The coordination of international initiatives against corruption*, cit., p. 395.

Sarà il contesto storico-politico, dunque, ad individuare concretamente la *international agency* che si mostra più idonea a fare da “apripista”, senza che nulla vieti che, una volta mutate le condizioni al contorno, la stessa iniziativa possa essere promossa *anche da altre organizzazioni internazionali*, ciascuna portatrice di un proprio specifico punto di vista.

6.5 Gli obblighi di criminalizzazione

Esaurite queste necessarie premesse, possiamo finalmente accingerci alla sistematizzazione degli obblighi di tutela penale.

Conviene appunto prendere le mosse dagli obblighi di criminalizzazione, che – come si è visto nei capitoli precedenti – possono essere esplicitamente previsti in strumenti di diritto internazionale pattizio o invece ricavati in via pretoria dagli organismi sovranazionali.

Abbiamo già più volte richiamato, come esempio dei primi, l’obbligo di penalizzazione sancito *expressis verbis* dall’art. 4 della Convenzione ONU per la prevenzione e repressione della tortura, e come esempio dei secondi quello ricavato dalla Corte di Strasburgo a partire dall’art. 4 CEDU, avente ad oggetto la repressione della cd. schiavitù domestica. Ma l’elenco sarebbe, ovviamente, assai più lungo.

Come vedremo tra breve, gli obblighi di criminalizzazione:

- a) possono avere ad oggetto il *precetto* o la *sanzione penale* (o, come più spesso accade, specie negli strumenti pattizi di più recente adozione, sia l’uno sia l’altra);
- b) possono essere *generici* o enunciati *con un grado più o meno elevato di dettaglio*;
- c) possono essere accompagnati dall’obbligo di adottare *misure extrapenali*, di carattere preventivo o *lato sensu* repressivo.

6.5.1 Gli obblighi di criminalizzazione che incidono sulla conformazione del precetto penale

Gli obblighi di criminalizzazione che incidono sulla conformazione del precetto penale possono alternativamente consistere nella richiesta, avanzata al legislatore nazionale:

- di introdurre una nuova *norma incriminatrice*;
- di prevedere *norme estensive della punibilità* che consentano di attrarre nell’area del penalmente rilevante le principali forme di manifestazione del reato, ovverosia il tentativo e il concorso di persone;

- di *non introdurre determinate norme penali di favore* o quantomeno di restringerne l'ambito di applicazione.

Gli esempi della prima categoria potrebbero essere molteplici: paradigmatico è, ad esempio, l'obbligo di incriminazione delle frodi aventi ad oggetto gli interessi finanziari delle allora Comunità europee dettato dalla Convenzione PIF del 1997¹⁴.

In relazione alla seconda categoria, si può pensare invece alla norma estensiva della punibilità di cui all'art. 28 dello Statuto della Corte penale internazionale, in tema di responsabilità del superiore, e a quella di contenuto analogo contenuta all'art. 6 della Convenzione ONU sulla sparizione forzata del 2006¹⁵.

Quanto alla terza categoria, possiamo fare riferimento all'art. 8 della suddetta Convenzione sulla sparizione forzata, che impone che i termini di prescrizione del reato siano sufficientemente ampi da risultare proporzionati alla gravità dello stesso e decorrano dal momento in cui il reato ha termine¹⁶.

Nella maggior parte dei casi gli obblighi di criminalizzazione sono declinati *in termini positivi* (sotto forma di richiesta di penalizzazione). Non è infrequente, tuttavia, che gli stessi vengano enunciati *in termini negativi*, come altrettante richieste di non prevedere norme penali di favore (in particolare, esimenti e condizioni di procedibilità) che abbiano l'effetto di restringere in modo indebito l'area del penalmente rilevante, o ancora di non delineare le norme estensive della punibilità in modo talmente rigido da vanificarne la funzione di incriminazione rispetto a condotte atipiche.

La *Convenzione ONU contro la tortura* del 1984 è, probabilmente, lo strumento che meglio consente di illustrare questa distinzione: il suo art. 4 sancisce, infatti, un chiaro obbligo di criminalizzazione in termini positivi, richiedendo che siano incriminati e puniti con pene proporzionate alla gravità del fatto di reato gli atti di tortura – come definiti all'art. 2 – anche laddove gli stessi siano stati commessi nella forma tentata, e così pure tutte le varie forme di complicità e di partecipazione; mentre l'art. 2 ribadisce il suddetto obbligo in termini negativi, dato che ai §§ 2 e 3 esclude espressamente la rilevanza esimente dello “stato di eccezione” e dell'ordine del superiore o dell'autorità¹⁷.

E in termini del tutto analoghi è costruito l'obbligo di incriminazione della sparizione forzata dalla più volte citata Convenzione ONU del 2006, il cui art. 6 § 2 completa in termini negativi l'obbligo di criminalizzazione dettato, in termini positivi, dall'art. 1 § 2¹⁸.

¹⁴Vedi supra, il § 3.6.1 del terzo capitolo.

¹⁵Si veda il § 1.23 del primo capitolo.

¹⁶Si veda ancora il § 1.23 del primo capitolo.

¹⁷Cfr. il § 1.16 del primo capitolo.

¹⁸Vedi supra, il § 1.23 del primo capitolo.

Contiene un obbligo di criminalizzazione declinato in termini negativi, sul fronte del diritto di fonte UE, anche l'art. 2 della *direttiva 2011/36/UE in tema di tratta di esseri umani*, ai sensi del quale «il consenso della vittima della tratta di esseri umani allo sfruttamento, programmato o effettivo, è irrilevante in presenza di uno dei mezzi indicati al paragrafo 1» (ovverosia l'uso di violenza, minaccia o altre forme di coercizione, il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità della vittima e l'offerta o l'accettazione di somme di denaro)¹⁹.

Con riferimento al *grado di dettaglio degli obblighi di criminalizzazione*²⁰ è invece possibile individuare – per quelli promananti dagli strumenti di diritto internazionale pattizio – tre fasi di sviluppo:

1) in un primo momento, gli obblighi di penalizzazione si riducono all'individuazione del mero *nomen juris* del crimine internazionale: la discrezionalità del legislatore nazionale viene dunque compressa solo in misura limitata, poiché gli si impone di introdurre una norma incriminatrice a tutela di un determinato interesse, ma lo si lascia del tutto libero rispetto alla concreta conformazione di quest'ultima;

2) la seconda fase si caratterizza, invece, per il frequente ricorso alle *definizioni legali*, in riferimento a uno o più elementi di fattispecie: definizioni legali – si badi – solo parzialmente vincolanti, posto che, come andremo a ribadire fra breve, gli strumenti di diritto internazionale pattizio dettano uno *standard* minimo di tutela, suscettibile di essere innalzato a livello interno in sede di adeguamento;

3) la terza fase vede, infine, l'introduzione di vere e proprie “*fattispecie di criminalizzazione*”, almeno potenzialmente idonee a fungere da modello per l'adozione di norme incriminatrici destinate a recepire gli obblighi di penalizzazione di matrice sovranazionale: anche questa tecnica di tipizzazione – è bene ribadirlo – vincola solo parzialmente il legislatore nazionale, che potrà certamente adottare disposizioni penali dai contorni più ampi, con ciò innalzando il livello di protezione dell'interesse che viene in rilievo.

Si tratta, nondimeno, di linee evolutive solo tendenziali, posto che anche molti degli strumenti più antichi contemplano vere e proprie fattispecie di criminalizzazione²¹.

Tra gli strumenti internazionali a connotazione penalistica che individuano il mero *nomen iuris* dei crimini internazionali possono essere qui menzionate le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, i cui artt. 50, 51, 130 e 147 si

¹⁹Cfr. il § 3.10.1 del terzo capitolo.

²⁰Cfr. in proposito la classificazione di A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Derechos fundamentales y derecho penal*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 9/2007, pp. 61 ss., il quale sotto quest'angolo visuale distingue tra «*deber moderado de tipificación*» e «*deber extremo de tipificación*».

²¹Ne è un esempio l'art. 1 della Convenzione internazionale sulla tratta delle bianche del 1910, che all'art. 1 richiede che venga punito «chiunque, allo scopo di favorire l'altrui libidine, arrola, sottrae o rapisce una donna o una fanciulla minorenni, sia pure col loro consenso». Vedi *supra*, il § 1.3 del primo capitolo.

limitano ad elencare le infrazioni gravi a fronte delle quali sorgono gli obblighi di criminalizzazione e di persecuzione penale di cui già abbiamo detto²².

Come esempio di atto che contempla una *definizione legale* in riferimento a uno degli elementi di fattispecie si può far riferimento invece alla *Convenzione del 1926 sulla schiavitù*, il cui art. 1 al § 1 specifica che deve intendersi per tale «lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi» e al § 2 perimetra la nozione di tratta come «qualunque atto di cattura, di acquisto o di cessione di un individuo allo scopo di ridurlo in schiavitù; qualunque atto di cessione mediante vendita o cambio di uno schiavo acquistato per essere venduto o cambiato, così come, in generale, qualunque atto di commercio o di trasporto di schiavi»²³.

Assai più numerose, specie negli strumenti più recenti, sono infine le *fattispecie di criminalizzazione*, che a loro volta possono preformare le scelte del legislatore nazionale solo *con riferimento alla condotta* destinata ad assumere rilievo penale o – come più spesso accade – anche all'*evento*, al *soggetto attivo* e al *soggetto passivo* del reato, all'*elemento soggettivo* e alle eventuali *circostanze* dalle quali dipende un aggravamento o una diminuzione di pena.

Come esempio di fattispecie di criminalizzazione che tocca la gran parte dei suddetti profili possiamo menzionare quella di frode lesiva degli interessi finanziari delle Comunità europee di cui all'art. 1 della Convenzione PIF del 1997, in cui il legislatore comunitario ha descritto in maniera assai puntuale:

- le tre condotte alternative (consistenti nell'utilizzo di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, nella mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico e nella distrazione di fondi per fini diversi da quelli in cui gli stessi sono stati inizialmente concessi);
- il duplice evento alternativo (consistente nel percepimento o nella ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse);
- l'elemento soggettivo del reato (individuato nel dolo intenzionale)²⁴.

Ma ci può venire in aiuto anche il più volte citato art. 4 della Convenzione ONU per la prevenzione e la repressione della tortura, che individua la condotta (delineando i contorni di una fattispecie di criminalizzazione a forma libera), l'evento (consistente nella sofferenza fisica o mentale inflitta patita dalla vittima), il soggetto attivo del reato (individuato in qualsiasi agente della funzione pubblica o in ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito) e l'elemento soggettivo (prevedendo che l'agente sia animato, alternativamente,

²²Si veda in proposito il § 2.3 del secondo capitolo.

²³Si veda supra il § 1.7 del primo capitolo.

²⁴Vedi supra il § 3.6.1 del terzo capitolo.

dalla finalità di ottenere informazioni o confessioni, di punire, far pressione o intimidire o di discriminare la persona offesa).

Quanto alla disciplina dell'elemento soggettivo, non è infrequente negli strumenti internazionali a connotazione penalistica la previsione di criteri (non vincolanti) di prova, secondo il modello anglosassone: le disposizioni che li prevedono hanno come ideale destinatario il giudice, e non il legislatore. Significativi, in proposito, l'art. 28 della Convenzione ONU contro la corruzione²⁵, e così pure la recentissima direttiva 2011/92/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile²⁶.

E' curioso notare, per altro verso, come – all'atto di enunciare le fattispecie di criminalizzazione – gli strumenti internazionali a connotazione penalistica paiano talvolta dimenticare la loro stessa natura, assumendo il piglio caratteristico delle norme penali nazionali; quasi che i loro redattori avessero scordato, per un momento, che – almeno nei Paesi di *civil law* – è pur sempre necessario un atto di recepimento interno, e che, almeno formalmente, è il Parlamento nazionale a decidere quali fatti debbano essere assoggettati a pena e quali no.

Paradigmatico, a proposito di questo apparente *misunderstanding*, l'art. 2 della Convenzione ONU contro il reclutamento, l'utilizzazione, il finanziamento e l'istruzione di mercenari del 1989, a tenore del quale «chiunque recluti, utilizzi, finanzia o istruisca mercenari (...) commette reato ai sensi della Convenzione»²⁷.

La distinzione delle prerogative e dei ruoli è, invece, assai più presente negli strumenti di fonte UE, e si trova rispecchiata anche nel lessico da questi utilizzati. Basti pensare a uno degli atti più recenti che pone obblighi di criminalizzazione, la direttiva 2011/36/UE in tema di prevenzione e repressione della tratta di esseri umani, il cui art. 1 si apre con l'espressione «gli Stati membri adottano *le misure necessarie affinché siano punibili i seguenti atti dolosi*» (cui segue poi l'elenco delle condotte che debbono ricadere nell'ambito di applicazione del reato di tratta di esseri umani)²⁸.

Ma analoghe considerazioni valgono anche per gli strumenti di diritto internazionale pattizio adottati negli ultimi due decenni, tra i quali possiamo ad esempio citare la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997, che all'art. 1 § 1 stabilisce che «ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie affinché la propria legge consideri come illecito penale il fatto di chi intenzionalmente offra, prometta o dia qualsiasi indebito beneficio pecuniario o di altra natura, direttamente o per mezzo di intermediari, ad un pubblico ufficiale straniero, per lui o per un terzo, affinché l'ufficiale compia

²⁵Si veda *supra* il § 1.22 del primo capitolo.

²⁶Vedi *supra* il § 3.10.2 del terzo capitolo.

²⁷Vedi *supra*, il § 1.17 del primo capitolo.

²⁸Vedi *supra*, il § 3.10.1 del terzo capitolo.

o si astenga dal compiere atti in relazione a doveri d'ufficio, per conseguire o conservare un affare o un altro vantaggio indebito nell'ambito del commercio internazionale»²⁹.

6.5.2 Gli obblighi di criminalizzazione che incidono sulla conformazione della sanzione penale

Venendo ora agli obblighi di criminalizzazione che incidono sulla conformazione della sanzione penale, è opportuno procedere ad una prima sottodistinzione in relazione al loro contenuto, posto che gli stessi possono avere ad oggetto:

- a) la *tipologia* della pena;
- b) la *misura* della pena.

Per quel che concerne la *tipologia della pena*, un accenno alla necessità dell'adozione di pene detentive è ad esempio contenuto già nel *Protocollo interpretativo alla Convenzione internazionale sulla tratta delle bianche* del 1910, che alla lettera C suggerisce che «per la repressione delle stesse infrazioni la legge dovrebbe in tutti i casi comminare una pena privativa della libertà, senza pregiudizio delle altre pene principali o accessorie»³⁰.

La richiesta al legislatore nazionale di punire un determinato crimine internazionale con *pene privative della libertà suscettibili di dar luogo all'estradizione* costituisce, inoltre, una delle previsioni più ricorrenti all'interno degli strumenti di fonte UE a connotazione penalistica. Basti pensare alla più volte menzionata Convenzione PIF del 1997, che all'art. 2 precisa che le sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive la cui adozione è imposta dal diritto comunitario debbono consistere, almeno nei casi di frode grave, in «pene privative della libertà che possono comportare l'estradizione»³¹; o alla *decisione-quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo*, che all'art. 5 richiede la previsione di «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione» (omettendo dunque il riferimento alla necessità che la pena abbia carattere detentivo, che sembra venire data per scontata)³².

Bisogna precisare, peraltro, come il frequente richiamo alla gravità o alla severità delle sanzioni deputate a reprimere i crimini internazionali paia di per sé implicare l'adozione di pene privative della libertà, posto che le sanzioni di natura pecuniaria non sembrano poter esplicare alcun serio effetto deterrente³³.

²⁹Vedi *supra*, il § 1.19 del primo capitolo.

³⁰Vedi *supra*, il § 1.3 del primo capitolo.

³¹Vedi *supra*, il § 3.6.1 del terzo capitolo.

³²Vedi *supra*, il § 3.6.4 del terzo capitolo.

³³D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., pp. 225 ss. rileva peraltro come i due principi generali attorno ai quali ruota l'armonizzazione delle sanzioni a livello UE siano, da un lato, la caratterizzazione delle pene come effettive, proporzionate e dissuasive e, dall'altro, il primato della pena detentiva rispetto alle altre tipologie di pena.

Alcuni strumenti internazionali, però, avanzano richieste in merito all'introduzione di altre tipologie di pena, diverse da quelle detentive: basti pensare all'art. 30 della Convenzione ONU sulla corruzione, che al § 6 caldeggia «l'istituzione di procedure che permettano all'autorità competente, se del caso, di *revocare, sospendere o trasferire* un pubblico ufficiale accusato di un reato stabilito conformemente alla presente Convenzione, avendo a mente il rispetto del principio della presunzione d'innocenza», e al successivo § 7 prende in esame le *misure di carattere interdittivo* che potrebbero essere adottate nei confronti del responsabile dei reati oggetto degli obblighi di criminalizzazione (ovverosia l'interdizione dal diritto di «ricoprire un pubblico ufficio» e di «ricoprire una funzione in un'impresa della quale lo Stato è totalmente o parzialmente proprietario»)³⁴.

E, soprattutto, sono numerosissime le disposizioni di diritto internazionale pattizio che richiedono la previsione della *confisca*, inizialmente del prezzo, del prodotto, del profitto o dei mezzi di esecuzione del reato, poi nella versione cd. *per equivalente* e infine nella forma cd. *allargata*.

Tra gli atti più risalenti, meritano menzione gli artt. 5 e 6 della Convenzione internazionale per la repressione della circolazione e del traffico delle pubblicazioni oscene del 1923, che richiedono la confisca (e la conseguente distruzione) degli scritti, dei disegni, delle fotografie, delle pellicole cinematografiche e degli altri oggetti osceni³⁵ (e dunque si inquadrano nella prima tipologia di confisca).

Sul fronte del diritto comunitario si segnala invece, sempre a titolo esemplificativo, l'art. 5 del secondo Protocollo addizionale alla Convenzione PIF, che vincola il legislatore nazionale ad adottare obbligatoriamente, quali sanzioni per le persone giuridiche, «la confisca o la privazione degli strumenti e proventi della frode, della corruzione attiva o passiva e del riciclaggio di denaro o di proprietà del valore corrispondente a tali proventi»³⁶: si richiede, dunque, l'introduzione della *confisca* anche nella forma cd. *per equivalente*.

L'art. 12 della Convenzione ONU sulla criminalità transnazionale, invece, prevede un'ipotesi di *confisca cd. allargata*, nella quale è l'autore del reato a dover dimostrare l'origine lecita di quelli che si presumono essere i proventi del reato. Nondimeno – come avevamo rilevato nel primo capitolo – l'obbligo di introdurre tale tipologia di sanzione è condizionato alla sua compatibilità con i principi che regolano il diritto e la procedura penale a livello interno³⁷.

Per quel che concerne invece le previsioni aventi ad oggetto la misura della pena, è possibile individuare quattro fasi evolutive:

1. gli strumenti più risalenti si limitano a richiedere che alla commissione di un determinato crimine internazionale consegua l'irrogazione di

³⁴ Si veda il § 1.22 del primo capitolo.

³⁵ Vedi *supra*, cap. I, § 1.6.

³⁶ Vedi *supra*, il § 3.6.2 del terzo capitolo.

³⁷ Vedi *supra*, il § 1.21 del primo capitolo.

- una *sanzione penale* (al più di carattere detentivo), senza limitare in alcun modo la discrezionalità del legislatore interno in relazione alla determinazione del minimo e del massimo edittale;
2. in un secondo momento diviene sempre più frequente, invece, il riferimento alla necessità che la pena sia *proporzionata rispetto alla gravità del fatto*, o comunque di entità tale da garantire un reale effetto deterrente;
 3. in una terza fase, alcuni strumenti internazionali – essenzialmente nell'ambito del diritto di fonte UE – si spingono ancora oltre, fino a individuare gli estremi della cornice edittale o almeno uno di essi (più spesso il minimo)³⁸;
 4. in una quarta fase, infine, sempre nell'ambito dell'Unione europea, si giunge ad una ideale scomposizione della fattispecie in *più sotto-fattispecie in rapporto scalare*, ciascuna con una propria cornice di pena.

Anche in questo caso è bene precisare, tuttavia, come la suddetta distinzione abbia validità solo tendenziale, posto che alcuni degli atti più risalenti contengono riferimenti al principio di proporzionalità della sanzione e, viceversa, altri che pure sono a noi più vicini nel tempo si limitano a richiedere l'adozione di sanzioni penali, senza dettare obblighi di conformazione di quest'ultima.

Come esempio della prima categoria di atti può essere qui menzionato l'art. 1 della *Convenzione per la repressione della tratta delle bianche* del 1910, che si limita a richiedere che gli atti in esso descritti siano, semplicemente, *puniti*³⁹; e così pure l'art. 2 della *Convenzione per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli* del 1921, che pone in capo agli Stati firmatari l'obbligo di «prendere le misure che sono necessarie per scoprire e punire gli individui che si danno alla tratta dei fanciulli»⁴⁰.

Per quel che concerne, invece, il secondo gruppo di atti – quelli che, sia pur con diversità di accenti, contengono un riferimento espresso alla necessità che la pena sia *proporzionata* – possiamo citare la *Convenzione concernente la schiavitù* del 1926, che all'art. 6 obbliga gli Stati membri a prendere i necessari provvedimenti perché [le] infrazioni siano punite con pene *severe*⁴¹; la *Convenzione sulla tratta delle donne maggiorenni* del 1933, che all'art. 2 esprime la necessità che le condotte descritte dall'art. 1 siano punite «*secondo la loro gravità*»⁴²; la *Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio* del 1948, che all'art. 5 richiede alle Parti contraenti

³⁸ Nell'ambito dell'UE viene sempre individuato il cd. minimo del massimo edittale.

³⁹ Vedi *supra*, cap. I, § 1.3.

⁴⁰ Vedi *supra*, cap. I, § 1.5.

⁴¹ Vedi *supra*, cap. I, § 1.7.

⁴² Vedi *supra*, cap. I, § 1.9.

di impegnarsi a prevedere «sanzioni penali *efficaci* per le persone colpevoli di genocidio o di uno degli altri atti elencati nell'art. 3»⁴³; e ancora la Convenzione ONU contro il mercenarismo del 1989, che all'art. 5 impone agli Stati firmatari non solo di incriminare i reati da essa definiti, ma anche di reprimerli «*mediante pene appropriate che tengano conto della natura grave [degli stessi]*»⁴⁴.

Come abbiamo visto vi sono, ancora, numerosi strumenti internazionali – pressoché tutti appartenenti al settore del diritto dell'UE – che in buona sostanza preformano lo stesso quadro edittale, o quantomeno individuano il minimo o il massimo di pena.

L'art. 3 della *decisione-quadro 2002/629/GAI* sulla tratta di esseri umani, ad esempio, afferma al § 2 che «ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati di cui all'articolo 1 siano punibili con la pena della reclusione in carcere per una durata massima non inferiore agli otto anni» qualora ricorrano le circostanze da esso elencate⁴⁵.

Un esempio significativo della quarta categoria è dato, infine, dall'art. 5 della *decisione-quadro 2002/475/GAI* sul terrorismo, che al § 3 recita: «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati elencati all'articolo 2 siano punibili con una reclusione di durata massima non inferiore a 15 anni per i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), e non inferiore a 8 anni per i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b). Qualora il reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), si riferisce solo alla fattispecie di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera i), la durata massima della reclusione non è inferiore a 8 anni»⁴⁶.

Un esempio esemplificativo è l'art. 4 della *direttiva 2011/36/UE* concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani, il quale individua due sotto-fattispecie, soggette la prima alla pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la seconda alla pena della reclusione non inferiore nel massimo a dieci anni: la discrezionalità del legislatore nella determinazione del quantum di pena permane, dunque, solo verso l'alto (fermo in ogni caso il limite costituito dal principio di proporzione)⁴⁷.

6.5.3 Il criterio del *minimum standard* di tutela

Come abbiamo già più volte messo in luce, gli strumenti di diritto internazionale pattizio sono improntati al criterio cd. del *minimum standard* di tutela: richiedono, cioè, al legislatore nazionale l'introduzione di norme che, *per lo meno*, assicurino all'interesse che viene in rilievo il livello di protezione in esse fissato.

⁴³Vedi *supra*, cap. I, § 1.10.

⁴⁴Vedi *supra*, cap. I, § 1.17.

⁴⁵Vedi *supra*, cap. I, § 3.6.5.

⁴⁶Si veda il § 3.6.4 del terzo capitolo.

⁴⁷Si veda il § 3.10.1 del terzo capitolo.

Accade spesso che essi prevedano, al loro interno, una disposizione che lo afferma espressamente, come fa ad esempio l'art. 2 della Convenzione ONU contro la tortura del 1984, secondo il quale «tale articolo non reca pregiudizio a qualsiasi strumento internazionale o a qualsiasi legge nazionale che contenga o possa contenere disposizioni di più vasta portata»⁴⁸.

Ma anche laddove una norma siffatta manchi, nulla impedisce al legislatore interno, nell'adempiere agli obblighi di criminalizzazione di matrice sovranazionale, di accordare all'interesse protetto *un livello di tutela ancora più elevato*, delineando una norma incriminatrice dall'ambito di applicazione più ampio o dalla cornice edittale più severa rispetto alla fattispecie di criminalizzazione prevista da questa o quella convenzione o – viceversa – norme penali di favore dai contorni più ristretti, o ancora introducendo norme estensive della punibilità coneguate in maniera tale da attrarre nell'area del penalmente rilevante condotte ulteriori rispetto a quelle che le suddette convenzioni richiedono che vengano assoggettate a pena.

Laddove ciò accada, non potrà in alcun modo parlarsi di *inadempimento* o di *inesatto adempimento* degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione: all'opposto, bisognerà rilevare come il legislatore nazionale abbia fatto *non solo tutto ciò che era stato richiesto dalle norme sovranazionali, ma anche di più*, esercitando in maniera del tutto legittima la propria discrezionalità “verso l'alto”.

Gli unici limiti all'introduzione di norme incriminatrici dai contorni più ampi rispetto alle fattispecie di criminalizzazione descritte dagli strumenti sovranazionali (o comunque all'estensione dell'area del penalmente rilevante, attraverso una diversa disciplina delle norme penali di favore e delle norme estensive della punibilità) sono rappresentati dai principi penalistici che sempre devono orientare le scelte di politica criminale, e in particolare da quello di *proporzione*, che come si è più volte rilevato è un *concetto ancipite*: nell'ancorare la misura della pena alla gravità del fatto, esso segna infatti al tempo stesso il limite al di sotto del quale la pena non può esplicare alcun serio effetto deterrente e – ciò che qui più interessa – quello al di sopra del quale la stessa non può più essere percepita come giusta dall'autore del reato.

Torneremo su questi aspetti nell'ultimo capitolo, dove esporremo le nostre personali considerazioni.

6.5.4 Gli obblighi di criminalizzazione alternativi

Accade piuttosto di frequente che gli strumenti di diritto internazionale pattizio prevedano obblighi di criminalizzazione alternativi; obblighi che abbiano, cioè, ad oggetto – *alternativamente* (e non cumulativamente) – *più condotte o più sanzioni*.

⁴⁸Vedi *supra*, cap. I, § 1.16.

Quali esempi possiamo menzionare l'art. 5 *ter* della *direttiva 2009/123/CE* in tema di inquinamento navale, che richiede agli Stati membri che siano punibili come reati «l'istigazione a commettere gli atti intenzionali di cui all'art. 5 bis, paragrafi 1 e 3, o il favoreggiamento e il concorso nel commetterli»⁴⁹; e l'art. 7 della *direttiva 2009/52/CE*, che introduce norme minime sulle sanzioni da applicare ai datori di lavoro che impiegano cittadini extracomunitari il cui soggiorno è irregolare, il quale, dopo aver elencato una serie di pene accessorie che gli Stati membri possono applicare in aggiunta a quelle principali, attribuisce agli stessi la facoltà di «decidere di non applicare il paragrafo 1 laddove i datori di lavoro siano persone fisiche e l'impiego sia a fini privati»⁵⁰.

Ma la disposizione forse più paradigmatica è l'art. 2 dell'azione comune in tema di criminalità organizzata adottata il 21 dicembre 1998 nell'ambito dell'Unione europea, che oscillava tra i due modelli del reato associativo e della *conspiracy*⁵¹.

Si tratta, a ben vedere, di una particolare manifestazione del criterio del *minimum standard* di tutela, posto che il legislatore nazionale ben potrebbe decidere di adempiere all'obbligo di penalizzazione introducendo una o più norme incriminatrici che intercettino tutte le condotte delineate dalla disposizione di matrice internazionale (e non soltanto una di esse, come pure quest'ultima lo autorizzerebbe a fare).

6.5.5 Gli obblighi di penalizzazione condizionati

Assai frequente è anche la previsione di obblighi di penalizzazione *condizionati*, il cui adempimento è subordinato *alla loro compatibilità con i principi che governano il diritto penale nazionale o all'esistenza di norme penali a presidio dei corrispondenti beni nazionali*.

Quelli del primo tipo sono accompagnati da *clausole di compatibilità*. Un esempio significativo è dato dall'art. 4 § 2 della Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui del 1949, ai sensi del quale «nella misura in cui lo permette la legislazione nazionale, gli atti di partecipazione saranno considerati come reati distinti in tutti i casi in cui ciò sia necessario per impedire l'impunità»⁵².

Ma altri significativi esempi sono dati dall'art. 23 della Convenzione ONU sulla corruzione e concernente l'obbligo di criminalizzazione del riciclaggio⁵³, e dall'art. 6 della Convenzione del Consiglio d'Europa in tema di riciclaggio, avente il medesimo oggetto⁵⁴.

⁴⁹Vedi *supra*, cap. III, § 3.8.2.

⁵⁰Vedi *supra*, cap. III, § 3.8.3.

⁵¹Si veda *supra*, il § 3.6.3 del terzo capitolo.

⁵²Vedi *supra*, cap. I, § 1.11.

⁵³Vedi *supra*, il § 1.22 del primo capitolo.

⁵⁴Vedi *supra*, il § 1.18 del primo capitolo.

Quelli del secondo tipo sono invece espressione della tecnica di *tutela cd. per assimilazione*, tesa ad assicurare agli interessi di rilievo sovranazionale uno standard di protezione equivalente a quello approntato a livello interno per i corrispondenti interessi di rilievo nazionale.

Pur essendo venuta in rilievo essenzialmente nell'ambito del diritto di fonte UE, almeno fin dalla sentenza sul mais greco del 1989⁵⁵, essa ispira anche atti di diritto internazionale pattizio che non si inquadrano in tale settore: paradigmatica, in proposito, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997, che all'art. 1 § 2 stabilisce che il tentativo e l'associazione a delinquere finalizzata alla corruzione di un pubblico ufficiale straniero debbano «essere considerati illeciti penali nella misura in cui lo siano il tentativo e l'associazione ai fini della corruzione di un pubblico ufficiale della predetta Parte», e all'art. 7 impone l'inserimento della corruzione del pubblico ufficiale straniero tra i reati-presupposto del riciclaggio soltanto laddove lo Stato contraente «abbia considerato la corruzione di pubblici ufficiali nazionali quale reato preliminare nell'ambito dell'applicazione della propria legislazione sul riciclaggio di denaro»⁵⁶.

6.5.6 Le clausole di esenzione dall'obbligo di criminalizzazione

Sempre più frequente, anche negli atti di fonte UE, è infine la previsione di determinate *clausole di esenzione dall'obbligo di criminalizzazione*, le quali – si badi – non hanno efficacia scriminante, ma costituiscono altrettante *deroghe al suddetto obbligo* e ne limitano in misura più o meno ampia la portata.

Esse rispondono all'esigenza di raggiungere il consenso del maggior numero di Stati possibile su una data iniziativa di politica criminale, e dunque sono espressive di una logica di tipo compromissorio: all'obbligo di incriminare determinate condotte si viene, così, ad affiancare un mero invito a sottoporre a repressione penale altre (rispetto all'incriminazione delle quali non vi era uniformità di vedute tra gli Stati firmatari).

Gli esempi più eclatanti sono dati dagli artt. 5 e 5 *bis* della direttiva del 2009 dell'Unione europea in tema di inquinamento navale, in relazione ai cd. casi di minore gravità⁵⁷, e dall'art. 8 della direttiva del dicembre 2011 in tema di abusi sessuali su minori, che rimette alla discrezionalità del legislatore nazionale la decisione se criminalizzare o meno alcune tipologie di reati di abuso sessuale in presenza del consenso del minore⁵⁸.

Abbiamo già evidenziato in relazione al diritto di fonte UE, il rischio insito nel ricorso agli obblighi di criminalizzazione alternativi o condizionati

⁵⁵Cfr. il § 3.4 del terzo capitolo.

⁵⁶Vedi *supra*, cap. I, § 1.19.

⁵⁷Vedi *supra*, il § 3.8.2 del terzo capitolo.

⁵⁸Vedi *supra*, il § 3.10.2 del terzo capitolo.

e, soprattutto, alle clausole di esenzione dai suddetti obblighi è quello di un'armonizzazione «*en trompe-l'oeil*»⁵⁹ che svuota di significato qualunque iniziativa di riavvicinamento normativo e sortisce, all'opposto, l'effetto di «istituzionalizzare le divergenze esistenti»⁶⁰.

6.6 L'obbligo di prevedere una qualche forma di responsabilità da reato per le persone giuridiche

Sempre sul versante del diritto sostanziale si inquadra, poi, l'obbligo di introdurre *una qualche forma di responsabilità da reato per le persone giuridiche*, previsto da un numero sempre più cospicuo di strumenti internazionali.

Paradigmatici, in proposito, l'art. 2 della Convenzione OCSE sulla corruzione del 1997⁶¹; l'art. 3 del secondo Protocollo addizionale alla Convenzione PIF del 1997⁶²; l'art. 3 dell'azione comune del 1998 in tema di criminalità organizzata⁶³; l'art. 6 della Convenzione ONU sulla corruzione⁶⁴.

Dal momento che gli atti internazionali *non prendono posizione sulla natura di tale responsabilità* – che potrà essere alternativamente di carattere civile, penale o amministrativo – non si può parlare a questo proposito di un vero e proprio obbligo di criminalizzazione, né si è di fronte a un invito a criminalizzare.

Nondimeno, la circostanza che la responsabilità degli enti discenda dalla commissione di un reato da parte di una o più persone fisiche e che essa si affianchi a quella individuale dell'autore o degli autori del reato ci impone di evidenziare, per lo meno, come il modello originariamente sviluppato in seno all'OCSE e all'Unione europea sia stato riproposto senza significative variazioni negli atti successivi, adottati anche nell'ambito di altre organizzazioni internazionali.

Esso prevede, sinteticamente:

- la distinzione tra *soggetti in posizione apicale e sottoposti*;
- la distinzione tra *enti di diritto pubblico e di diritto privato*;
- l'*autonomia* rispetto alla responsabilità penale dell'autore o degli autori del reato (e la *cumulatività* rispetto a quest'ultima)⁶⁵.

⁵⁹Cfr. sul punto D. FLORE, *Une justice pénale après Amsterdam*, cit., p. 122, nonché *Droit pénal européen*, cit., pp. 257 ss.

⁶⁰Così F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento*, cit., pp. 198-190.

⁶¹Si veda il § 1.19 del primo capitolo.

⁶²Si veda il § 3.6.2 del terzo capitolo.

⁶³Si veda il § 3.6.3 del terzo capitolo.

⁶⁴Si veda il § 1.22 del primo capitolo.

⁶⁵Cfr. in proposito ancora D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., pp. 219 ss.

6.7 Gli obblighi di persecuzione penale

Esaurita l'analisi delle varie sotto-categorie di obblighi di criminalizzazione, è ora venuto il momento di procedere con quella degli *obblighi di persecuzione penale*, che – come abbiamo più volte evidenziato – incidono sul diritto processuale penale e, se intesi *in senso forte*, comprendono tanto il dovere di perseguire penalmente quanto quello di assoggettare a sanzione penale gli autori dei crimini internazionali (laddove ovviamente ricorrano i presupposti per l'affermazione della loro responsabilità).

6.7.1 Gli obblighi di attivazione degli strumenti della giustizia penale

Tra gli esempi più significativi di obblighi di attivazione degli strumenti della giustizia penale figurano i più volte citati artt. 49, 50, 129 e 146 delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che fanno obbligo agli Stati parte di «ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere» una delle infrazioni gravi previste dagli artt. 50, 51, 130 e 147 e quindi «deferirle ai propri tribunali», qualunque sia la loro nazionalità⁶⁶; e – sul fronte del diritto comunitario – l'art. 4 della Convenzione PIF, ai sensi del quale «ciascuno Stato membro prende le misure necessarie per istituire la propria competenza giurisdizionale sugli illeciti penali da esso costituiti a norma dell'articolo 1 e dell'articolo 2, paragrafo 1» qualora sussista uno dei criteri di collegamento di seguito enunciati⁶⁷.

I suddetti obblighi hanno dunque come naturali destinatari in primo luogo le autorità inquirenti e requirenti dei singoli Stati membri, che sono chiamate ad attivare i meccanismi della giustizia penale attraverso l'instaurazione *ex officio* di un'indagine tempestiva e diligente, finalizzata alla ricostruzione dei fatti e all'individuazione dei responsabili.

I criteri per la determinazione della giurisdizione dettati dagli strumenti internazionali a connotazione penalistica sono, essenzialmente, tre:

- a) quello del *territorio*;
- b) quello della *personalità attiva*;
- c) quello della *personalità passiva*.

Il menzionato art. 4 della Convenzione PIF, ad esempio, dà rilievo ai primi due, poiché dispone che lo Stato firmatario eserciti la propria giurisdizione penale nel caso in cui «la frode, la partecipazione ad una frode o il tentativo di frode che leda gli interessi finanziari delle Comunità europee [siano] commessi in tutto o in parte sul suo territorio, ivi compreso il caso di frode i cui proventi

⁶⁶Vedi *supra* il § 2.4 del secondo capitolo.

⁶⁷Vedi *supra* il § 3.6.1 del terzo capitolo.

sono stati ottenuti in tale territorio» oppure «l'autore dell'illecito [sia] un cittadino dello Stato membro in questione, e, al tempo stesso, la legislazione dello Stato membro può prevedere che la condotta sia altresì punibile nel paese in cui ha avuto luogo».

Sempre più frequenti sono, tuttavia, le ipotesi di giurisdizione universale, facoltativa (cd. *permissive universal jurisdiction*) od obbligatoria (cd. *mandatory universal jurisdiction*), in presenza delle quali lo Stato nel cui territorio si trovi il sospetto autore dei crimini internazionali rispettivamente può o deve assoggettarlo alla propria giurisdizione penale, indipendentemente dal fatto che ricorrano o meno i criteri di collegamento che abbiamo ora elencato.

Ipotesi di giurisdizione universale obbligatoria sono, ad esempio, previsti dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che ricollegano l'obbligo di persecuzione penale alla semplice presenza del presunto autore dei crimini di guerra sul territorio di uno Stato parte⁶⁸, e – più di recente – dagli artt. 5 e 7 della Convenzione ONU contro la tortura, che dettano previsioni di analogo tenore⁶⁹.

6.7.2 Gli obblighi di irrogare una sanzione proporzionata alla gravità del fatto

Accanto alle autorità inquirenti e requirenti, gli obblighi di persecuzione penale intesi in senso forte vincolano, altresì, gli organi giudicanti dei singoli Stati membri, che sono chiamati ad irrogare nel caso concreto una sanzione penale proporzionata alla gravità del fatto (ovviamente entro i limiti in cui ciò è consentito dalla cornice edittale): ad essi si impone anzitutto, dunque, un corretto uso del potere discrezionale in sede di commisurazione della pena (in senso lato e in senso stretto intesa).

Fino a questo momento, solo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo in tema di artt. 2 e 3 CEDU ha espressamente posto l'accento su quest'ultima esigenza: particolarmente significativa a questo proposito è la sentenza *Gäfgen c. Germania* del 2010, nella quale la grande camera ha sancito il principio per cui gli autori delle violazioni dell'art. 3 CEDU devono essere assoggettati – laddove ne ricorrano i presupposti di carattere oggettivo e soggettivo – a pene *proporzionate rispetto alla gravità del fatto*, in modo che i più vari meccanismi di fuga dalla sanzione penale non valgano a vanificare l'effetto deterrente esercitato dalle norme incriminatrici della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti.

Significativo è, però, anche l'art. 30 della Convenzione ONU in tema di corruzione, che al § 5 si rivolge ai giudici nazionali, invitandoli a prendere «in considerazione la gravità dei reati interessati [dalla Convenzione medesima]

⁶⁸Vedi *supra*, il § 2.4 del secondo capitolo.

⁶⁹Vedi il § 1.16 del primo capitolo.

nell'esaminare l'eventualità di una liberazione anticipata o condizionale di persone riconosciute colpevoli di tali reati»: come avevamo evidenziato, si tratta di una disposizione particolarmente innovativa nel panorama internazionale⁷⁰.

6.8 Gli obblighi di cooperazione giudiziaria in materia penale

Tale categoria contempla, come abbiamo anticipato, gli obblighi di *estradare* i presunti autori delle violazioni internazionali, di procedere allo *scambio di informazioni* con le competenti autorità straniere, di fornire agli organi inquirenti e giudicanti stranieri la necessaria *assistenza giudiziaria* e infine di *riconoscere*, almeno a taluni effetti penale, *l'efficacia delle sentenze straniere*.

Si tratta di obblighi che – afferendo al diritto processuale penale – sono stati solo marginalmente oggetto della nostra analisi, ma dai quali pure non possiamo totalmente prescindere per via delle notevoli interrelazioni che essi presentano con gli obblighi di persecuzione penale.

La panoramica degli strumenti di diritto internazionale pattizio e l'analisi per macro-aree che abbiamo effettuato nella prima parte del presente lavoro dimostrano anzi come gli obblighi di cooperazione giudiziaria abbiano nel tempo preceduto l'avvento di quelli di persecuzione penale, i quali si sono semplicemente *affiancati* (e non sostituiti) ai primi.

E' possibile individuare, sotto quest'angolo visuale, quattro fasi di sviluppo.

La prima vede l'affermazione di obblighi aventi ad oggetto lo *scambio di informazioni* utili per la prevenzione e la repressione dei crimini internazionali.

Emblematico l'art. 1 dell'*Accordo contro la tratta delle bianche* del 1904, che obbliga ciascuno degli Stati firmatari a istituire un'autorità incaricata di «accentrare tutte le informazioni sull'incetta delle donne e fanciulle a scopo di prostituzione all'estero» che sia in grado di «corrispondere direttamente colle autorità congeneri istituite in ciascuno degli Stati contraenti»⁷¹; e così pure l'art. 14 della Convenzione ONU del 1949 in tema di sfruttamento della prostituzione⁷².

Nella seconda fase – di poco successiva – si amplia il fronte degli interventi dalla cooperazione di polizia alla *cooperazione giudiziaria*, mentre i veri e propri obblighi di tutela penale (*id est*, di criminalizzazione e di persecuzione penale) non sono ancora compiutamente messi a fuoco.

⁷⁰Si veda il § 1.22 del primo capitolo.

⁷¹Il successo di simili iniziative passa in larga misura per il grado di omogeneità degli organismi preposti, all'interno di ciascun Paese, allo scambio di informazioni, tanto che – pragmaticamente, e in maniera quasi avanguardistica – l'Accordo del 1904 non richiedeva che fossero le autorità già esistenti a prendere in carico questo ulteriore compito, ma imponeva la creazione di organismi *ad hoc*. Vedi *supra*, cap. I, § 1.2.

⁷²Vedi *supra*, il § 1.11 del primo capitolo.

Paradigmatica è, in proposito, la *Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche* del 1910, che all'art. 6 disciplina le modalità di trasmissione delle rogatorie in relazione ai crimini di cui essa si occupa e all'art. 8 impone la comunicazione agli altri Stati firmatari delle notizie del casellario penale nel caso in cui la condotta e l'evento siano avvenuti sul territorio di più Stati, evidentemente al duplice fine della contestazione della recidiva e della dichiarazione di abitualità e professionalità nel delinquere⁷³.

La terza fase vede invece la progressiva affermazione degli obblighi – alternativi – di *persecuzione penale* e di *estradizione*.

Si possono menzionare, in proposito, gli artt. 8 e 9 della *Convenzione internazionale per la lotta contro la falsificazione delle monete* del 1929, che appunto demanda agli Stati firmatari la scelta tra l'una e l'altra modalità di adempimento degli obblighi internazionali, secondo il principio dell'*aut dedere, aut judicare*⁷⁴.

Assai frequente è, poi, la previsione della clausola secondo cui i crimini oggetto dello strumento internazionale a connotazione penalistica devono essere ricompresi di diritto nei trattati di estradizione, o riconosciuti sin da subito come passibili di estradizione dagli Stati che non subordinano l'estradizione all'esistenza di un Trattato o di una condizione di reciprocità.

La quarta fase vede, infine, lo sviluppo di ipotesi sempre più numerose di *mandatory universal jurisdiction*, e dunque non solo della facoltà, ma addirittura dell'obbligo di esercitare la giurisdizione penale a fronte di crimini da chiunque, dovunque e contro chiunque commessi. Si tratta di previsioni che riguardano, per lo più, i crimini di *jus cogens*, che come tali generano in capo agli Stati *obligationes erga omnes*.

Una delle più rilevanti è quella delineata dall'art. 7 della *Convenzione ONU contro la tortura* del 1984, che come abbiamo già visto impone agli Stati firmatari di esercitare la propria giurisdizione penale in relazione a fatti di tortura anche in assenza di criteri di collegamento, qualora il presunto autore degli stessi si trovi sul loro territorio; sempreché, nondimeno, lo Stato interessato non intenda procedere ad estradizione⁷⁵.

E' bene rilevare, peraltro, come la suddetta classificazione per fasi abbia validità solo tendenziale, posto che sono numerosi gli strumenti internazionali che contemplano previsioni innovative per l'epoca nella quale sono stati adottati.

Inoltre, riesce difficile tracciare una netta linea di demarcazione tra una fase e un'altra anche perché, come abbiamo già sottolineato in precedenza, nella maggior parte dei casi gli obblighi di persecuzione penale e di estradizione si affiancano a quelli che concernono la cooperazione di polizia e giudiziaria, senza sostituirli: ciò è particolarmente evidente rispetto agli atti aventi il

⁷³Vedi *supra*, il § 1.3 del primo capitolo.

⁷⁴Si veda il § 1.8 del primo capitolo.

⁷⁵Si veda il § 1.16 del primo capitolo.

medesimo oggetto, che non rinnegano mai l'*acquis* di quelli precedenti ma si pongono l'obiettivo di giungere a standard di tutela via via più elevati.

Un esempio su tutte, le Convenzioni in tema di repressione della schiavitù, che hanno sviluppato dapprima norme in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria e soltanto in un momento successivo un sistema improntato alla regola dell'*aut dedere, aut judicare*.

Per quanto si tratti di una previsione isolata, vale la pena di menzionare, da ultimo, l'art. 18 della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 in tema di riciclaggio, che all'art. 18 detta un *elenco tassativo dei legittimi motivi di rifiuto della cooperazione giudiziaria*⁷⁶: gli sviluppi futuri diranno se questo modello sarà fecondo o meno.

E veniamo ad approfondire, infine, il *rapporto esistente tra gli obblighi di estradizione e quelli di persecuzione penale*.

Si tratta – è bene precisarlo – di un punto estremamente controverso, sul quale non si ravvisano posizioni coincidenti nel panorama dottrinale⁷⁷.

Ora, il dato letterale di molti degli strumenti internazionali che abbiamo analizzato indurrebbe a ritenere che quella di *estradatare* gli autori dei crimini internazionali sia l'*obbligazione primaria*: è ricorrente, infatti, l'utilizzo di espressioni come «qualora [lo Stato] non provveda all'extradizione», o «se non intende procedere all'extradizione».

Più attente considerazioni suggeriscono, tuttavia, di non attribuire al testo delle norme internazionali soverchia importanza. Come abbiamo già messo in luce in precedenza, infatti, perché lo Stato nel cui territorio si trova il sospetto autore di un crimine internazionale possa procedere ad estradizione devono contemporaneamente essere integrate una serie di condizioni:

1. in primo luogo, il crimine in questione dev'essere *ricompreso nell'elenco previsto dal trattato di estradizione* firmato dagli Stati interessati, ammesso che ve ne sia uno, o comunque riconosciuto come passibile di estradizione dagli Stati che non subordinano l'extradizione all'esistenza di un trattato o di una condizione di reciprocità;
2. in secondo luogo, è necessario che effettivamente intervenga una *richiesta di estradizione* da parte di un Paese che presenta qualche criterio di collegamento con il crimine internazionale;
3. in terzo luogo, *non devono sussistere condizioni ostative all'extradizione*, e in particolare non dev'esservi il rischio che l'estradatare venga sottoposto nel Paese di estradizione a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o alla pena capitale, o – più in generale – a violazioni dei diritti fondamentali. Il che non accade, ad esempio, nel caso in cui nel Paese di destinazione l'estradatare non sarebbe sottoposto a giudizio secondo i canoni del *fair trial*.

⁷⁶Si veda il § 1.18 del primo capitolo.

⁷⁷Cfr. per tutti M. C. BASSIUNI – E. M. WISE, *Aut dedere aut judicare*, cit.

Alla luce delle suddette considerazioni è forse possibile giungere, dunque, a conclusioni di segno opposto a rispetto a quelle cui si approderebbe limitandosi all'analisi del dato testuale: gli Stati firmatari sono dunque *primariamente obbligati ad attivare i meccanismi della propria giurisdizione penale*, a meno che non sussistano le condizioni in astratto e in concreto necessarie per procedere all'estradizione.

L'attribuzione della giurisdizione prioritaria dello Stato del *locus commissi delicti*, nondimeno, è di fondamentale importanza, poiché *evita il sorgere di conflitti di giurisdizione* e consente l'esercizio della giurisdizione penale da parte di Stati terzi *solo nelle ipotesi di mancata attivazione di quello che ha un interesse diretto alla repressione del crimine*.

Capitolo 7

Le ragioni del ricorso agli strumenti della giustizia penale

Indice

7.1	Introduzione	292
7.2	Le ragioni del ricorso alla giustizia penale che emergono dagli strumenti di diritto internazionale pattizio	293
7.2.1	L'esigenza di reprimere efficacemente i crimini internazionali e transnazionali	294
7.2.2	L'esigenza di contrastare determinate forme di criminalità anche sul piano culturale	295
7.3	Le ragioni che sorreggono la scelta in favore dell'opzione penale nel diritto umanitario	296
7.3.1	L'esigenza di assicurare il rispetto delle garanzie sancite a protezione dei soggetti <i>hors de combats</i> .	296
7.3.2	L'esigenza di evitare forme di repressione sommaria dei crimini di guerra a livello nazionale	297
7.4	La riflessione sulle ragioni del ricorso all'opzione penale nell'ambito del diritto di fonte UE	297
7.4.1	La riflessione dottrinale sui beni giuridici oggetto di tutela penale e le sue ricadute sul tema in esame	298
7.4.2	Gli spunti per la riflessione offerti dagli atti normativi dell'Unione e dalle sentenze della Corte di giustizia	299
7.4.3	Una possibile sintesi delle diverse <i>rationes</i> del ricorso agli strumenti penalistici nell'ambito del diritto dell'Unione	301
7.5	Le ragioni fondanti del ricorso al paradigma penalistico nel settore del diritto dei diritti umani.	303
7.5.1	L'esigenza di garantire l'effettivo godimento dei diritti fondamentali	303
7.5.2	L'esigenza di riaffermazione del diritto violato agli occhi della collettività	305

7.5.3	Le ragioni di tipo pratico: la maggior incisività degli strumenti d'indagine e la maggior pervasività dei poteri coercitivi della giustizia penale rispetto a quella civile	305
7.5.4	La funzione <i>lato sensu</i> soddisfattoria del processo e della sanzione penale nei confronti delle vittime del reato	307
7.5.5	L'esigenza di soddisfare il "diritto alla verità" nella sua dimensione collettiva	310
7.6	Le ragioni a fondamento dell'opzione penale nell'ambito del diritto internazionale penale	311
7.6.1	L'esigenza di lottare contro l'impunità per i crimini di diritto internazionale	311
7.6.2	L'incidenza del concetto di retribuzione	311
7.6.3	L'esigenza dell'individualizzazione delle responsabilità per i crimini di diritto internazionale	312
7.6.4	L'esigenza di fissare una verità condivisa	312
7.7	Un quadro d'insieme	313
7.7.1	Il concetto di "effettività" della tutela	313
7.7.2	La maggior incisività degli strumenti della giustizia penale	313
7.7.3	L'esigenza di imprimere a determinate condotte la necessaria stigmatizzazione anche sul piano sociale	314
7.7.4	La funzione soddisfattoria della pena e del processo penale nei confronti delle vittime del reato	314
7.7.5	L'applicabilità soltanto parziale di queste coordinate alla politica criminale dell'UE	314

7.1 Introduzione

Ed eccoci al cuore del nostro lavoro: giunti a questo punto della trattazione, non possiamo esimerci dal formulare alcune ipotesi sulle ragioni che stanno alla base della formulazione degli obblighi sovranazionali di tutela penale.

Perché i redattori di un numero imprecisato di convenzioni e trattati internazionali e, più di recente, le Corti sovranazionali hanno sentito il bisogno di avanzare richieste di criminalizzazione e di persecuzione penale in relazione a crimini internazionali della più varia natura?

Perché il ricorso alla sanzione penale (e al processo penale) invece che ad altri strumenti, meno afflittivi?

Si tratta di una questione diversa da quella che concerne le funzioni che la pena è chiamata svolgere, che in ogni parte del mondo continua a interrogare, oggi come ieri, penalisti e filosofi del diritto; nondimeno, è ad essa strettamente correlata, perché la preferenza per l'opzione penale è in larga misura condizionata dalle funzioni cui, in linea di principio, si ritiene che la pena assolva: per questo faremo spesso uso del lessico tradizionalmente impiegato dalla dottrina penalistica, parlando di *prevenzione generale positiva*

e negativa, di *prevenzione speciale* e persino di *retribuzione* laddove ciò serva a illuminare meglio i concetti.

Per altro verso, conviene sottolineare come l'oggetto dell'indagine alla quale ci accingiamo non sia la *ratio* dei precetti primari oggetto degli obblighi di criminalizzazione (che abbiamo cercato di mettere in luce nella parte descrittiva, laddove fosse possibile), ma quella dell'*obbligo di adottare sanzioni penali a presidio di quei precetti*, e correlativamente di attivare gli strumenti della giustizia penale: in questa sede non ci occuperemo, dunque, delle motivazioni che hanno spinto la comunità internazionale a combattere un determinato fenomeno criminale (che possono, in effetti, essere le più varie e abbracciare al contempo considerazioni di natura ideale e valutazioni di tipo più prettamente economico).

Venendo dunque al contenuto dei paragrafi successivi, in un primo momento ci limiteremo a richiamare le numerose (e non sempre coincidenti) *rationes* che sono via via emerse nel corso della nostra analisi, in gran parte riprendendo considerazioni che abbiamo già anticipato nei capitoli precedenti: adotteremo, dunque, un approccio di tipo settoriale, evidenziando i motivi dell'impiego degli strumenti della giustizia penale in ciascuna delle branche del diritto internazionale oggetto della nostra trattazione.

Per quanto il nostro intento sia quello di riportare nel modo più oggettivo possibile i risultati della nostra ricerca, le pagine seguenti non potranno non essere, in qualche misura, condizionate dalla nostra interpretazione di quei dati: interpretazione che, come tale, è inevitabilmente soggettiva e limitata. Di qui la collocazione del presente capitolo fra la parte descrittiva e quella più autenticamente critica del nostro lavoro.

Solo in un secondo momento tenteremo di sviluppare *alcune possibili chiavi di lettura* che, quantomeno, aspirino ad avere una *valenza generale*; senza dimenticare tuttavia che, se è vero che alcuni concetti di fondo ritornano prepotentemente in tutti i settori esaminati, è altrettanto vero che, in taluni di essi, la pena viene ad assumere anche funzioni caratteristiche e peculiari, che non possono certo essere ignorate: astrazione sì, dunque, ma nella misura in cui la stessa è possibile e utile.

7.2 Le ragioni del ricorso alla giustizia penale che emergono dagli strumenti di diritto internazionale pattizio

Specularmente a quanto abbiamo fatto nella parte descrittiva del presente lavoro, conviene prendere le mosse dagli atti di diritto internazionale pattizio a connotazione penalistica che non si lasciano inquadrare in un settore specifico e che, come abbiamo visto, hanno ad oggetto crimini internazionali della più varia natura (dalla tratta finalizzata alla prostituzione, al mercenarismo, alla corruzione, per intenderci).

7.2.1 L'esigenza di reprimere efficacemente i crimini internazionali e transnazionali

Si legge spesso nel Preambolo dei suddetti strumenti – e in particolare di quelli più lontani nel tempo, che per primi hanno introdotto obblighi di criminalizzazione e di persecuzione penale – che l'intendimento dei loro firmatari era di *dare la maggiore efficacia possibile alla repressione* del crimine internazionale che gli stessi avevano ad oggetto.

Particolarmente significativi, in proposito, il Preambolo alla *Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche*¹ del 1910 e il Preambolo alla *Convenzione internazionale per la repressione della circolazione e del traffico delle pubblicazioni oscene* del 1923².

Dal momento che le Convenzioni che abbiamo ora richiamato venivano a sostituire *altri atti aventi il medesimo oggetto*, i quali tuttavia *non contemplavano obblighi di tutela penale*, il riferimento all'obiettivo esplicitato nel Preambolo assumeva un significato più pregnante di quanto non potesse apparire *prima facie*: proprio il ricorso ai meccanismi della giustizia penale avrebbe consentito di dare la maggiore efficacia possibile alla repressione di tali crimini internazionali, nei confronti dei quali fino ad allora non era stata evidentemente esercitata un'adeguata azione di contrasto.

Sia pur con accenti diversi, lo stesso concetto è espresso in maniera altrettanto emblematica dal Preambolo della *Convenzione OCSE contro la lotta alla corruzione internazionale* del 1997, che non a caso è stato il primo atto ad introdurre obblighi sovranazionali di penalizzazione e di persecuzione penale in relazione al fenomeno corruttivo: nel testo si mette in rilievo l'assoluta necessità di introdurre «misure efficaci *per scoraggiare, prevenire e combattere la corruzione di pubblici ufficiali stranieri* in relazione alle operazioni economiche internazionali, ed in particolare la pronta incriminazione di tale corruzione in maniera efficace e coordinata»³.

Volendo generalizzare, risulta dunque evidente la *funzione di prevenzione generale negativa* che è primariamente attribuita alla sanzione penale, a torto o a ragione ritenuta la sola realmente in grado di esercitare un reale effetto deterrente nei confronti dei potenziali autori dei crimini internazionali.

Va rilevato, per inciso, che non è chiaro se lo scetticismo implicitamente manifestato dai redattori delle Convenzioni nei confronti degli strumenti extrapenali riposi *su valutazioni empiriche* o, più semplicemente, *sulla considerazione che la frequenza con cui ricorrono i crimini internazionali che ne sono oggetto vale, di per sé, a dimostrare l'insufficienza o l'inadeguatezza degli stessi*: torneremo incidentalmente su questo punto nel capitolo conclusivo del presente lavoro, quando ci occuperemo degli eventuali profili di

¹Si veda il § 1.3 del primo capitolo.

²Si veda il § 1.6 del primo capitolo.

³Si veda il § 1.19 del primo capitolo.

contrasto degli obblighi sovranazionali di tutela penale con il principio di sussidiarietà/*extrema ratio*.

Per altro verso, dal momento che gli obblighi di tutela penale intervengono, di regola, in ambiti nei quali gli ordinamenti nazionali in larga parte già prevedono norme incriminatrici *ad hoc*, il senso di introdurre obblighi di penalizzazione *a livello internazionale* sta tutto nell'esigenza di affrontare i suddetti fenomeni criminosi *su base unitaria*, alla luce della dimensione transnazionale degli stessi, sollecitando gli Stati più riluttanti – che non abbiano invece introdotto fattispecie penali adeguate a presidio di tali beni – a *fare sul serio* con il diritto penale.

Volendo sintetizzare, dunque, la *ratio* primariamente sottesa agli strumenti di diritto internazionale pattizio si identifica nell'esigenza di *adottare a livello globale sanzioni realmente dissuasive*, come tali in grado di esercitare un reale effetto deterrente e, quindi, di *prevenire la commissione dei crimini internazionali*.

I due aspetti – quello della prevenzione e quello della repressione – sono strettamente collegati, posto che solo un sistema penale credibile, nel quale gli autori delle condotte criminose siano effettivamente assoggettati a pene proporzionate alla gravità del fatto, può aspirare a svolgere un'efficace azione dissuasiva nei confronti di quanti, assistendo allo spettacolo di una diffusa impunità, sarebbero invece indotti a delinquere.

7.2.2 L'esigenza di contrastare determinate forme di criminalità anche sul piano culturale

La funzione di prevenzione generale negativa non è, tuttavia, l'unica che gli atti internazionali a connotazione penalistica sembrano attribuire alla sanzione penale.

Convenzioni come quella sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 mettono bene in luce che, se è certamente vero che l'adozione di misure efficaci nei campi dell'educazione e dell'informazione ha una larga parte nell'opera di prevenzione di taluni crimini internazionali, solo il ricorso alla sanzione penale – *rectius*, a una sanzione penale effettiva, proporzionata e dissuasiva – potrà verosimilmente imprimere a questi ultimi quel grado di riprovazione da parte dell'ordinamento che si mostra necessario a bollarli come odiosi e ingiusti anche nel comune sentire.

Si pensi, appunto, alle *pratiche discriminatorie*; ma analoghe considerazioni potrebbero valere anche per gli atti di tortura commessi dai pubblici ufficiali in danno dei presunti autori di reati offensivi di beni giuridici di alto rango (quali la vita, l'incolumità pubblica o – com'era accaduto nel caso *Gäfgen* – la libertà personale).

A venire in rilievo è dunque la *funzione di prevenzione generale positiva* della sanzione penale, sotto forma di orientamento culturale o di convalida normativa. In questo senso si potrebbe forse correttamente parlare di *uso*

simbolico del diritto penale, se l'espressione non avesse assunto nel linguaggio dottrinale un significato spregiativo: non vogliamo, beninteso, in alcun modo suffragare il ricorso indiscriminato alla sanzione penale a fini propagandistici, a protezione di beni giuridici non meritevoli di pena e/o in ambiti in cui la stessa non ha alcuna utilità pratica; stiamo, semplicemente, ponendo l'accento sulla capacità *lato sensu* pedagogica che è insita nelle norme penali realmente rispettose del principio di sussidiarietà/*extrema ratio*, e che trova in quest'ultimo un limite.

7.3 Le ragioni che sorreggono la scelta in favore dell'opzione penale nel diritto umanitario

E veniamo ora al diritto umanitario, che è particolarmente significativo ai fini della nostra indagine poiché, come abbiamo detto, è il primo settore del diritto internazionale nel quale gli obblighi di tutela penale hanno conosciuto un sviluppo organico.

7.3.1 L'esigenza di assicurare il rispetto delle garanzie sancite a protezione dei soggetti *hors de combats*

Nel secondo capitolo abbiamo ampiamente messo in luce come il ricorso ai meccanismi della giustizia penale da parte delle Convenzioni di Ginevra del 1906 e del 1929 prima e del 1949 poi rispondesse, anzitutto, all'esigenza di *assicurare l'effettivo rispetto* delle garanzie sancite a protezione di soggetti vulnerabili quali i civili, i feriti e i prigionieri di guerra⁴: esso veniva concepito, dunque, *in senso funzionalistico*.

Gli strumenti extrapenali fino ad allora sperimentati – come la previsione, all'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1907, di una responsabilità meramente pecuniaria in capo allo Stato che avesse violato lo *jus in bello* – non avevano infatti impedito che, nel corso dei due conflitti mondiali, fossero commessi crimini orrendi in danno delle categorie protette ora menzionate: era sotto gli occhi di tutti, pertanto, la necessità di imporre agli Stati della comunità internazionale l'adozione, nei rispettivi ordinamenti, di sanzioni realmente dotate di capacità dissuasiva, affinché quel che era accaduto non dovesse ripetersi.

E, come abbiamo evidenziato in quella sede, le stesse esigenze di carattere preventivo avevano portato all'introduzione di una forma di responsabilità *sui generis* per il comandante militare che non avesse impedito la commissione di crimini di guerra e/o non li avesse denunciati alle competenti autorità (anche se il primo Protocollo addizionale del 1977 non scioglieva l'alternativa in merito alla natura penale o soltanto disciplinare di tale forma di responsabilità).

⁴Si veda in proposito il § 2.3 del secondo capitolo

7.3.2 L'esigenza di evitare forme di repressione sommaria dei crimini di guerra a livello nazionale

Abbiamo parimenti evidenziato, tuttavia, come alla base di quella richiesta di penalizzazione vi fosse una considerazione ulteriore: l'assenza di una regolamentazione internazionale e le diffuse lacune dei sistemi nazionali avevano infatti dato luogo a numerosi episodi di condanna dei criminali di guerra in forza di leggi create *ad hoc* e applicate retroattivamente, in violazione delle più elementari garanzie penalistiche; così che solo l'introduzione di obblighi sovranazionali di penalizzazione avrebbe consentito di coniugare le istanze repressive con il rispetto dei principi fondanti del diritto penale moderno, evitando che gli autori dei suddetti crimini fossero abbandonati a forme di repressione sommaria che poco o nulla avevano in comune con la giustizia.

Le logiche sottese all'enucleazione degli obblighi di criminalizzazione e di persecuzione penale nel settore del diritto umanitario sono dunque essenzialmente due: la prima – quella della *prevenzione generale* – che, come vedremo, rappresenta una costante in tutti i settori oggetto della nostra indagine; l'altra – *di stampo garantista* – che costituisce invece una peculiarità di questa particolare branca del diritto internazionale.

Alla luce dello strettissimo legame tra il diritto umanitario e il diritto internazionale penale non si può escludere, tuttavia, che possano essere trasposte anche in quest'ambito alcune delle *rationes* aggiuntive elaborate dalla dottrina internazionalpenalistica, delle quali ci occuperemo *ex professo* in uno dei prossimi paragrafi.

7.4 La riflessione sulle ragioni del ricorso all'opzione penale nell'ambito del diritto di fonte UE

Il settore del diritto di fonte UE – o “eurounitario”, come qualcuno l'ha recentemente ribattezzato, con un'espressione a nostro avviso un po' cacofonica – è uno di quelli nei quali la riflessione sui motivi che legittimano il ricorso agli strumenti penalistici si è maggiormente approfondita: l'ampiezza e la pervasività del diritto penale europeo, da un lato, e la consapevolezza che lo stesso non può che sovrapporsi agli ordinamenti penali nazionali, dall'altro, hanno infatti sollecitato la continua ricerca di “buone ragioni” a supporto degli interventi delle istituzioni europee nella materia penale, da sempre gelosa prerogativa degli Stati e oggi più che mai simulacro di una sovranità sottoposta, giorno dopo giorno, a un lento ma inesorabile processo di erosione.

Anche in questo settore, come vedremo, siamo di fronte a *più ragioni*, che per la maggior parte, peraltro, sono in grado di spiegare solo alcune e non altre tipologie di interventi, e che dunque non hanno portata generale.

Procederemo in primo luogo a metterle tutte sul tappeto, per poi tentare una sintesi.

7.4.1 La riflessione dottrinale sui beni giuridici oggetto di tutela penale e le sue ricadute sul tema in esame

Nel panorama dottrinale italiano sono numerosi i contributi che affrontano indirettamente la questione che qui ci poniamo nel tentativo di classificare i beni giuridici oggetto degli *input* di penalizzazione⁵.

Giovanni Grasso, nella sua pionieristica monografia del 1989, distingue tra «un primo gruppo concernente una serie di interessi che si potrebbero definire propriamente “istituzionali”, in quanto collegati all’esistenza e all’esercizio dei poteri sovranazionali» e un «secondo gruppo che si riferisce invece ai beni giuridici che emergono dall’attività della Comunità nel suo concreto dispiegarsi»⁶.

Su questa dicotomia si fonda anche l’analisi di Rosaria Sicurella, che si preoccupa tuttavia di distinguere i beni giuridici realmente sovranazionali – i soli che possono essere considerati a tutti gli effetti beni giuridici comunitari – da quelli di interesse comune⁷.

Stefano Manacorda elabora invece una distinzione tra interessi economici – a loro volta suddivisi in beni sovrastatali e beni interstatuali – cui vanno aggiunti poi i “nuovi” beni giuridici europei (quali la pubblica amministrazione e l’ordine pubblico)⁸.

E ancora, Massimo Donini traccia uno spartiacque tra beni giuridici di diretta appartenenza comunitaria (e dunque propriamente comunitari) e beni originariamente nazionali che diventano di estensione comunitaria in ragione della dimensione transnazionale dei reati che li offendono⁹.

Carlo Sotis, da ultimo – dopo aver chiarito che non esistono nel panorama del diritto dell’Unione beni di per sé finali, ma solo strumentali – utilizza come criterio distintivo il tipo di rapporto strumentale che intercorre tra un determinato bene e l’Unione europea e propone la classificazione in “beni strumentali all’esistenza dell’Unione europea”, tutelando i quali l’Unione tutela se stessa (essenzialmente, gli interessi finanziari), “beni strumentali al funzionamento delle politiche dell’Unione” (a loro volta distinguibili in beni strumentali al funzionamento dell’armonizzazione e dell’attività normativa comunitaria, da un lato, e dell’attività normativa di cooperazione giudiziaria

⁵Per questa ricapitolazione, cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., pp. 69-70.

⁶G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e gli Stati membri*, Milano, 1989, p. 9.

⁷R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Milano, 2005, pp. 318 ss.

⁸S. MANACORDA, *Le droit pénal et l’Union européenne: esquisse d’un système*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, p. 99 ss.

⁹M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1 ss.

in materia penale, dall'altro) e "beni strumentali all'identità dell'Unione europea", meritevoli di tutela perché idonei a rappresentare l'Unione europea come spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁰.

Queste categorizzazioni offrono, sia pur sottotraccia, numerosi spunti per individuare le ragioni a fondamento dell'opzione penale nell'ambito del diritto di fonte UE.

7.4.2 Gli spunti per la riflessione offerti dagli atti normativi dell'Unione e dalle sentenze della Corte di giustizia

Spunti per la nostra riflessione si trovano anche nella più volte citata sentenza *Commissione c. Consiglio* del settembre 2005, che nell'effettuare un'*actio finium regundorum* tra le competenze penali di primo e terzo pilastro metteva in evidenza le due fondamentali *rationes* a sostegno dell'utilizzo degli strumenti penalistici: il ricorso al diritto penale – si evinceva agevolmente dal testo della pronuncia, che come abbiamo sottolineato conteneva affermazioni di respiro generale, che andavano ben oltre la materia ambientale – può essere giustificato dall'esigenza di assicurare la piena efficacia di una politica comunitaria o l'effettiva garanzia di una libertà (*ex primo pilastro*) o, alternativamente, da quella di favorire la cooperazione giudiziaria e di polizia in sede di creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (*ex terzo pilastro*).

Un ulteriore suggerimento viene, poi, dal quarto considerando della direttiva 2008/99/CE in materia di tutela penale dell'ambiente che – muovendosi su di un piano più pragmatico – evidenzia come l'adozione di regole comuni sui reati consenta di usare «efficaci metodi d'indagine e di assistenza, all'interno di uno Stato membro o tra diversi Stati membri», e di garantire in particolare che autorità omogenee si interfaccino tra loro. Un aspetto, questo, su cui insiste anche la *Comunicazione* della Commissione del 26 maggio 2011 sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione, che denuncia il peso che la disomogeneità delle autorità preposte all'accertamento e alla repressione delle condotte lesive di questi ultimi ha avuto nel determinare l'insuccesso della Convenzione PIF del 1997.

E ancora, assume importanza cruciale ai fini della nostra analisi la *Comunicazione* del 20 settembre 2011 con la quale la Commissione europea ha indicato le direttive per lo sviluppo di una politica penale dell'Unione europea: nella prima parte, l'organo titolare dell'iniziativa legislativa nel sistema europeo si è infatti soffermato sulle *ragioni di carattere pratico* che militano in favore della progressiva creazione di quest'ultima, evidenziando anzitutto come l'adozione di misure di diritto penale dell'Unione sia necessaria per impedire agli autori dei reati di carattere transnazionale di «nascondersi oltre frontiera» o di «trarre profitto dalle discrepanze tra ordinamenti giuri-

¹⁰C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., pp. 75-102.

dici nazionali per scopi illeciti», e come in molti settori il ricorso al diritto penale sia indispensabile per garantire un'applicazione efficace delle politiche dell'Unione che dipendono da una loro esecuzione effettiva da parte degli Stati membri.

Riemergono, dunque, le due *rationes* alternative che abbiamo più volte messo in luce: il ricorso agli strumenti penalistici è imposto o dall'esigenza di *contrastare efficacemente la criminalità transnazionale*, attraverso la creazione di un sistema organizzato su base europea e non più statale, o da quella – non meno rilevante – di *assicurare il buon esito degli interventi di armonizzazione extrapenale*.

La Comunicazione enuncia chiaramente, tuttavia, anche *altri argomenti* a sostegno di un sempre più pervasivo intervento dell'Unione in materia penale (che, nella nostra ottica, costituiscono altrettante buone ragioni in favore dell'opzione penale).

L'adozione di misure di diritto penale sarebbe indispensabile, anzitutto, per rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati e le magistrature nazionali, che a sua volta è il presupposto per garantire l'effettivo funzionamento del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari (ovverosia, il caposaldo della cooperazione giudiziaria in materia penale, almeno sulla carta).

E ancora, gli interventi in materia di diritto penale sostanziale che rendano possibile una lotta più efficace contro la criminalità, congiuntamente all'adozione di norme minime sui diritti processuali nei procedimenti penali e sui diritti delle vittime, possono accrescere la confidenza dei cittadini europei «nel fatto che essi vivono in un'Europa di libertà, sicurezza e giustizia, che il diritto dell'Unione a tutela dei loro interessi è integralmente applicato e rispettato e che, allo stesso tempo, l'Unione agirà in piena ottemperanza alla sussidiarietà e proporzionalità e agli altri principi fondamentali del trattato».

Dal canto suo, la Corte di Giustizia delle allora Comunità Europee aveva espresso *in nuce* questo stesso concetto fin dalla sentenza *Cowan* del 1989, nella quale aveva affermato che «allorché il diritto comunitario garantisce alle persone fisiche la libertà di recarsi in un altro Stato membro, la tutela della loro integrità personale in detto Stato membro alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedono costituisce il corollario della libertà di circolazione»¹¹.

¹¹Causa 186/87, Raccolta della giurisprudenza della Corte 1989, p. 195.

Grossomodo coincidenti le posizioni di Daniel Flore, autore di una ricchissima monografia sul diritto penale europeo pubblicata in Belgio nel 2009 (che abbiamo più volte citato). L'Autore afferma infatti che la giustificazione del ricorso ai meccanismi della giustizia penale andrebbe, *tout court*, individuata nel perseguimento di due obiettivi dell'Unione europea, ossia la creazione, da un lato, di un ordinamento giuridico che si sovrappone, senza sostituirli, agli ordinamenti interni, e che va presidiato con un sistema efficace di sanzioni, e, dall'altro, di uno spazio senza frontiere interne in cui vige la libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali, il quale a sua volta dev'essere necessariamente accompagnato da misure compensative, finalizzate a garantire la sicurezza dei cittadini e

7.4.3 Una possibile sintesi delle diverse *rationes* del ricorso agli strumenti penalistici nell'ambito del diritto dell'Unione

Terminata questa rapida esposizione, tenteremo di mettere un po' d'ordine tra queste molteplici *rationes*, evidenziando quelle che, a nostro avviso, assumono un peso determinante.

L'esigenza di garantire l'effettiva applicazione di una disciplina extrapenale, di un diritto o di una libertà

Anzitutto, ci sembra possibile affermare che, anche nel diritto di fonte UE, il concetto chiave sia quello dell'*effettività della tutela*, che necessariamente implica il ricorso agli strumenti penalistici laddove gli stessi si mostrino gli unici idonei a garantire a determinati interessi una protezione efficace e/o ad assicurare l'osservanza della disciplina extrapenale dettata in un determinato settore.

Alla sanzione penale è, dunque, riconosciuta anzitutto una *funzione di deterrenza*; ma ad essa non è estranea neppure la *funzione di orientamento culturale*, talora espressamente riconosciuta dagli atti di fonte UE a connotazione penalistica (ad esempio laddove si afferma che le sanzioni penali «sono indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di tipo civile»).

L'esigenza di contrastare in modo uniforme la criminalità transnazionale

In una prospettiva ulteriore, l'armonizzazione delle discipline di diritto penale sostanziale risponde all'esigenza di predisporre di *strumenti uniformi di contrasto alla criminalità transnazionale*, e dunque di evitare la creazione di *safe heavens* all'interno dello spazio europeo. Queste due differenti *rationes*, peraltro, possono coesistere nello stesso strumento normativo a connotazione penalistica, ed è anzi frequente che ciò accada.

degli stessi Stati membri. Cfr. D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 15.

In questo filone di ragioni "ideali" a sostegno del ricorso alla tutela penale si inseriscono anche le opinioni di alcuni autorevoli studiosi italiani e stranieri, secondo i quali attraverso l'adozione di norme penali dell'Unione si consoliderebbe – come abbiamo già messo in luce nella parte descrittiva – «un comune sentimento di giustizia, un ideale di equità punitiva teso ad affermare la sostanziale eguaglianza tra i cittadini dell'Unione nella loro duplice, possibile veste di autori e di soggetti passivi», nonché un «sentimento di appartenenza all'Europa in quanto "insieme politico, giuridico e culturale" espressivo di valori omogenei e volto a colpire con fermezza quei comportamenti che, per la loro intrinseca gravità, massimamente ne oscurano l'immagine di "entità di diritto"»: cfr. per tutti A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., pp. 2 e 3.

La funzionalizzazione dell'armonizzazione sostanziale alle esigenze della cooperazione giudiziaria

Per altro verso, l'armonizzazione sul piano del diritto sostanziale si mostra *funzionale ad una più efficace cooperazione tra le autorità giudiziarie* e di polizia nazionali; ciò che aveva determinato, specie prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la subordinazione del ravvicinamento delle disposizioni penali alle esigenze della cooperazione giudiziaria.

Un'eco di questa impostazione si avverte ancora nelle Comunicazioni della Commissione e nelle direttive penali che sottolineano l'importanza del fatto che siano autorità omogenee ad interfacciarsi tra loro nell'azione di contrasto a una determinata forma di criminalità transnazionale.

Come abbiamo messo in luce nel terzo capitolo, nondimeno, tale prospettiva sarà verosimilmente destinata a mutare dopo la creazione della Procura europea, che da un lato metterà in ombra il piano della cooperazione giudiziaria e, dall'altro, per poter operare necessiterà di un apparato di norme penali uniformi, direttamente applicabili negli Stati membri (sul modello del *Corpus Juris* per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione).

L'esercizio dello *jus puniendi* come fattore di (auto)legittimazione delle istituzioni europee

Nel diritto delle istituzioni europee la pena svolge, poi, anche funzioni di tipo ideale/simbolico.

In primo luogo, l'esercizio dello *jus puniendi* può essere guardato come un fattore di (auto)legittimazione dell'Unione europea, che non è uno Stato, ma che in un certo senso ha nel suo stesso DNA l'aspirazione a diventarlo, o a diventare qualcosa che ci assomiglia molto da vicino.

L'esigenza di adottare scelte di politica criminale uniformi su tutto il territorio dell'unione

In secondo luogo, l'adozione di scelte di politica criminale in larga misura uniformi su tutto il territorio dell'Unione è imposta dal *principio di uguaglianza* e dallo stesso concetto di *cittadinanza europea*, che non potranno consentire ancora a lungo la coesistenza di risposte penali profondamente diverse allo stesso fatto di reato a seconda del *locus commissi delicti*.

La funzione *lato sensu* soddisfattoria della pena e del processo nei confronti delle vittime del reato

Infine, la pena e, prima ancora, il procedimento e il processo penale rivestono anche una funzione *lato sensu* soddisfattoria nei confronti della vittima del reato: si tratta, però, di una funzione di carattere secondario, che soccombe di fronte a quelle di natura pubblicistica e che non consente, ad

esempio, la rinuncia all'irrogazione della sanzione penale laddove la vittima non manifesti un interesse in tal senso (come la Corte di Lussemburgo ha chiarito nella sentenza *Guye e Sanchez*).

7.5 Le ragioni fondanti del ricorso al paradigma penalistico nel settore del diritto dei diritti umani.

Altrettanto interessante si mostra la riflessione sulle ragioni del ricorso agli strumenti della giustizia penale nel settore della *human rights law*.

7.5.1 L'esigenza di garantire l'effettivo godimento dei diritti fondamentali

Come abbiamo visto nel quarto capitolo, l'enunciazione di obblighi di tutela penale da parte delle due Corti dei diritti – di Strasburgo e di San José – riposa sulla considerazione che la garanzia di diritti concreti ed effettivi (e non meramente teorici e illusori) passa, talora, necessariamente attraverso l'adozione di norme penali, secondo la logica del «*we do not want paper tigers*». Ciò accade, com'è logico intuire, laddove i rimedi extrapenalici (siano essi di carattere civile, amministrativo o disciplinare) appaiano concretamente insufficienti o inadeguati.

La Corte di Strasburgo ha enunciato in maniera particolarmente efficace questo concetto nella sentenza *X e Y c. Paesi Bassi* del 1985, nella quale per la prima volta ha sostenuto la propria (auto)legittimazione ad avanzare richieste di penalizzazione ai legislatori nazionali tutte le volte in cui un'effettiva dissuasione si mostri indispensabile in un dato ambito e possa essere raggiunta solo attraverso il ricorso ai meccanismi della giustizia penale.

Laddove entrambe le suddette condizioni siano integrate, un eventuale ritrarsi della tutela penale darà luogo, per gli stessi motivi, a una violazione degli obblighi positivi che discendono dalle norme internazionali poste a protezione dei diritti e delle libertà fondamentali: questo, in estrema sintesi, il senso delle ferme prese di posizione della Corte EDU e della Corte IDU sui limiti entro i quali l'operatività delle norme penali di favore può dirsi legittima.

Anche nel settore della *human rights law*, dunque, la sanzione penale viene primariamente chiamata ad assolvere a una funzione di *prevenzione generale negativa*; funzione che – nondimeno – essa può concretamente svolgere solo nella misura in cui abbia una *reale capacità deterrente* e sia destinata a trovare applicazione nei fatti (e non, invece, a rimanere tale solo sulla carta).

L'insistenza sul profilo dell'effettività costituisce, a ben vedere, uno dei tratti distintivi di questa branca del diritto internazionale: qui più che altrove si è sviluppata, infatti, una riflessione libera da pre-comprensioni e pregiudizi sull'assenza di un'intrinseca superiorità della sanzione penale rispetto ad

altre tipologie di sanzioni e, conseguentemente, sulla necessità di andare al di là delle etichette, verificando di volta in volta se la pena – *rectius*, quella determinata pena – sia in concreto idonea a realizzare la funzione di prevenzione generale che le è propria.

Non basta, dunque, l'utilizzo dello strumentario penalistico in chiave simbolica, come fattore capace di generare consenso e/o di accrescere la percezione di sicurezza da parte dei consociati (utilizzo al quale, anzi, le stesse esigenze di tutela dei diritti fondamentali – di quei diritti fondamentali conculcati dall'applicazione della pena, specie se detentiva – si oppongono). All'opposto, è indispensabile tanto la previsione *in astratto* di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, quanto – come la Corte EDU ha evidenziato in alcune delle pronunce più recenti, almeno per quel che concerne il “nocciolo duro” delle garanzie convenzionali – l'infrazione *in concreto* delle stesse, ché lo spettacolo dell'impunità degli autori delle più gravi violazioni dei diritti umani minerebbe la credibilità dell'intero sistema, dando ragione a chi ritiene che gli strumenti internazionali a protezione dei diritti umani non siano che vane dichiarazioni di principio.

Nel panorama dottrinale italiano, la riflessione di Francesco Viganò ha, per vero, sollevato il dubbio che, dal momento che né la Corte di Strasburgo né quella di San José spiegano analiticamente perché «strumenti alternativi e meno costosi in termini di diritti fondamentali – quali il ricorso a sanzioni amministrative o disciplinari, o ancora la tutela civilistico-risarcitoria – debbano essere *a priori* ritenuti inidonei ad assicurare un'effettiva deterrenza rispetto a potenziali autori, al punto che ai legislatori nazionali dovrebbe essere negata la stessa astratta possibilità di un'opzione diversa dal ricorso al diritto penale», tali affermazioni celino, in fondo, «una scommessa sulla funzione *espressivo-simbolica* del diritto penale, concepito quale strumento di riconoscimento e di solenne proclamazione dei valori fondanti di una collettività – di talché la mancata tutela penale di uno di tali valori finirebbe per segnalare alla collettività medesima un *deficit* pernicioso di attenzione verso quel valore, mentre il suo inserimento nella tavola dei valori disegnata dal codice penale esprimerebbe per ciò stesso la volontà dell'ordinamento di “fare sul serio” con la tutela dell'interesse»¹².

La circostanza che, come abbiamo già più volte evidenziato, la necessità di una tutela penale (e la correlativa esclusione dei rimedi civilistici, amministrativi e disciplinari) sia stata affermata dalle due Corti dei diritti *solo in relazione ad un ristrettissimo gruppo norme*, che certamente rientrano nel nucleo fondante dei diritti garantiti dalla CEDU e dalla CADU, consente però di ridimensionare drasticamente questo timore: al di là della povertà delle argomentazioni offerte dai giudici di Strasburgo e di San José, è condivisibile ritenere che, a fronte di episodi gravissimi come fatti di tortura perpetrati da agenti dello Stato, morti in carcere riconducibili ai maltrattamenti ad opera

¹²Così, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2688.

della polizia penitenziaria, sparizioni forzate e ipotesi di violenza sessuale in danno di persone disabili – ch  questa   la casistica sulla quale si sono sviluppate le suddette affermazioni di principio – i meccanismi della giustizia penale siano, in effetti, *gli unici realmente idonei ad assicurare una prevenzione ed una repressione effettiva*, e non possano pertanto essere surrogati da rimedi diversi.

La giurisprudenza della Corte EDU, inoltre,   ferma nel ritenere che il ricorso agli strumenti penalistici sia necessario al fine di garantire alla vittima una tutela giurisdizionale effettiva soltanto nelle ipotesi di violazioni *dolose* del suddetto gruppo di norme, essendo sufficienti invece – per le ipotesi di violazioni colpose – gli strumenti della giustizia civile.

7.5.2 L'esigenza di riaffermazione del diritto violato agli occhi della collettivit 

Alla luce di queste osservazioni, pu  forse essere riletta in termini positivi anche l'osservazione secondo cui le prese di posizione delle due Corti dei diritti muoverebbero da una sorta di scommessa sulla funzione *espressivo-simbolica* del diritto penale: a fronte di violazioni cos  gravi dei diritti fondamentali,   legittimo pensare che l'ordinamento debba in effetti *prendere posizione*, approntando – nei limiti in cui ci  sia utile e necessario (e che certo non potevano dirsi superati nei casi concreti portati all'attenzione dei giudici di Strasburgo e San Jos ) – la forma di tutela pi  incisiva di cui dispone.

Se cos  non facesse darebbe l'idea che il bene o il valore che costituisce l'oggetto della tutela non rivesta un'importanza primaria, e che – tutto considerato – la sua lesione o la sua messa in pericolo non debbano essere considerate pi  di tanto gravi.

Il ricorso alla sanzione penale svolge, in questo senso, una precisa *funzione di prevenzione generale cd. positiva*, che certo non pu  essere ignorata.

7.5.3 Le ragioni di tipo pratico: la maggior incisivit  degli strumenti d'indagine e la maggior pervasivit  dei poteri coercitivi della giustizia penale rispetto a quella civile

Ancora Vigan  ha posto, condivisibilmente, l'attenzione sull'importanza che il procedimento penale nella sua interezza (e dunque fin dalla fase delle indagini) riveste nell'ambito della scelta in favore dell'opzione penalistica (specie nei casi di «uccisioni arbitrarie, torture e sparizioni forzate compiute con ogni verosimiglianza da agenti statali i quali contano sulla complicit , o almeno sulla colpevole inerzia, delle pi  alte gerarchie civili e militari»)¹³.

Il compito di accertare come si sono svolti i fatti e di individuare i responsabili delle violazioni, attraverso cui necessariamente passa l'assicurazione di

¹³Cos , F. VIGAN , *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2689.

una tutela giurisdizionale effettiva ai sensi degli artt. 13 CEDU e 25 CADU, potrà infatti essere assolto soltanto dalla polizia giudiziaria, dai pubblici ministeri e dai giudici, che dispongono (o almeno dovrebbero disporre) degli «indispensabili poteri coercitivi necessari a rompere il muro di omertà che in genere accompagna la commissione di simili violazioni», «delle risorse finanziarie necessarie a condurre indagini in genere lunghe e complesse, proprio in ragione del difetto di cooperazione da parte degli organi del potere esecutivo» e di «un grado di indipendenza dal potere esecutivo sufficiente a garantire indagini effettive e trasparenti»¹⁴.

Per contro, una *tutela meramente civilistica* si rivelerebbe *insufficiente*, almeno nella misura in cui la corresponsione alla vittima di un risarcimento o di un indennizzo inevitabilmente presupponga non solo che siano stati acclarati i fatti, ma anche che siano stati individuati gli autori persone fisiche del reato (e che gli stessi siano solvibili)¹⁵.

E quand'anche potesse essere esperita – aggiungiamo noi – passerebbe comunque il messaggio sbagliato per cui *tutto è monetizzabile*, anche i più fondamentali tra i diritti fondamentali (ragion per cui, nella dottrina civilistica di matrice anglosassone, da tempo si sollevano dubbi sull'opportunità di riconoscere la tutela risarcitoria nei casi di perdita del rapporto parentale).

Tutto ciò è ancor più vero, poi, per le cd. *vittime deboli*, tali perché versano in condizioni economiche svantaggiate o perché altrimenti vulnerabili¹⁶.

Tra le ragioni a fondamento dell'opzione penale si annovera, dunque, anche la *maggior incisività degli strumenti di indagine* e la *maggior ampiezza dei poteri coercitivi* di cui dispongono in questo settore le autorità inquirenti e giudicanti: una logica di tipo pragmatico, che abbiamo già visto operare anche nel settore del diritto di fonte UE.

¹⁴Così, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., pp. 2689-2690.

¹⁵Merita di essere qui riportato questo incisivo passo dell'argomentazione di F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2690: «In difetto di indagini in sede penale, la tutela eventualmente offerta alla vittima sul piano del diritto civile si rivelerebbe – per riprendere un'espressione spesso affiorante nella giurisprudenza della Corte europea – soltanto illusoria: a che gioverebbe, infatti, l'astratta titolarità di un'azione risarcitoria, laddove l'ordinamento non ponesse in condizione la vittima di conoscere i fatti, e di individuare gli autori della violazione subita? Contro chi, e sulla base di quali prove, potrebbe promuovere l'azione il familiare di una persona scomparsa e, forse, uccisa e torturata da qualche squadrone della morte? Contro chi – per menzionare ancora un caso per fortuna meno drammatico, ma più vicino all'esperienza italiana – avrebbero potuto esercitare un'azione risarcitoria le vittime delle torture di Bolzaneto, soddisfacendo in sede processuale gli oneri probatori che gravano su chi si avvalga in giudizio in sede civile di un'azione di responsabilità aquiliana, se le accurate indagini svolte dalla Procura di Genova non avessero puntualmente ricostruito i fatti e individuato una serie di sospetti autori materiali e morali di quei fatti indegni di un paese civile? E analoghi interrogativi potrebbero formularsi per tutti quei casi, purtroppo non infrequenti nemmeno nel nostro paese, di morti in carcere che si sospettino essere la conseguenza dei maltrattamenti subiti ad opera delle forze dell'ordine durante o immediatamente dopo l'arresto».

¹⁶Come giustamente sottolinea F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2689.

Per quanto l'insufficienza dei rimedi extrapenalistici si manifesti in tutta la sua evidenza a fronte delle *ipotesi in cui l'autore del reato sia un agente dello Stato* – e dunque nell'ambito dei rapporti verticali – e/o *nell'ipotesi in cui la vittima possa considerarsi "debole"* nel senso ora indicato, l'argomento che abbiamo appena esposto ci sembra avere validità generale: in questi termini, d'altronde, esso è stato sviluppato dalla Corte di Strasburgo, che più frequentemente di quella di San José si è occupata e si occupa di *applicazioni orizzontali* della carta dei diritti che essa è chiamata a presidiare.

7.5.4 La funzione *lato sensu* soddisfattoria del processo e della sanzione penale nei confronti delle vittime del reato

All'attivazione dei meccanismi della giustizia penale viene poi attribuita anche una funzione *lato sensu* soddisfattoria nei confronti della vittima e/o dei suoi più stretti familiari.

Abbiamo già evidenziato nella parte descrittiva come l'accertamento dei fatti e delle responsabilità in sede penale rappresenti *la principale forma di riparazione* del danno da essi subito: il primo passo per superare i traumi del passato è, infatti, proprio quello di sapere come sono andate effettivamente le cose e di dare un nome e un volto all'autore del reato.

Vengono ancora una volta in rilievo le considerazioni che abbiamo poc'anzi enunciato sulla maggior adeguatezza delle indagini e del processo penale a garantire alla vittima un'efficace tutela giurisdizionale ai sensi degli artt. 13 CEDU e 25 CADU: in questo senso è condivisibile l'affermazione di Viganò secondo cui «l'obbligo di tutela penale (...) trova (...) la sua immediata ragion d'essere non tanto nella prospettiva dell'infissione della *pena* contro chi sarà riconosciuto responsabile al termine del processo, quanto – assai prima – nell'esigenza di consentire lo svolgimento di *indagini penali*, che a loro volta costituiscono l'essenziale presupposto di qualsiasi pensabile tutela giurisdizionale effettiva (ivi compresa quella di natura civilistico-risarcitoria) per la vittima della violazione»¹⁷.

Il punto è, però, che né la Corte di Strasburgo né quella di San José – come lo stesso Viganò non esita a riconoscere – sembrano fermarsi a questo aspetto: entrambe insistono, infatti, sulla funzione soddisfattoria nei confronti delle vittime primarie e secondarie che *la pena in sé* riveste (anche se, per vero, non si impegnano in argomentazioni approfondite, come l'importanza e la delicatezza dell'affermazione richiederebbero).

Conviene guardare più da vicino le due giurisprudenze parallele.

La Corte IDU ha teorizzato la sussistenza in capo alla vittima e/o ai suoi familiari di un vero e proprio *diritto alla riparazione*, il quale può venire concretamente assicurato attraverso l'adozione di tre distinti ordini di rimedi: la condanna dello Stato al pagamento di un'*indennità* comprensiva dei danni

¹⁷F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2689.

materiali e morali da essa subìti; la cd. *garantia de no repetición*; e – ciò che più ci interessa – l'*attivazione di indagini complete e imparziali*, che si mostrino idonee al chiarimento di quanto accaduto, all'identificazione dei responsabili e, se ne ricorrono i presupposti, all'imposizione in capo a questi ultimi di sanzioni penali proporzionate alla gravità dei fatti¹⁸.

La Corte EDU, dal canto suo, è pervenuta a conclusioni del tutto analoghe nella sua più recente giurisprudenza in tema di *sentencing* in relazione agli artt. 2 e 3 CEDU, giungendo addirittura al punto di condannare lo Stato convenuto perché la pena concretamente inflitta agli autori delle violazioni di dette norme non era congrua rispetto alla gravità dei fatti e/o perché la stessa non era stata di fatto eseguita in ragione dei più svariati meccanismi di fuga dalla sanzione penale¹⁹.

Tutto ciò è ancor più significativo se si considera che, nella maggior parte dei casi, i giudici di Strasburgo hanno compiuto le suddette valutazioni al fine di accertare, preliminarmente, la sussistenza in capo al ricorrente e/o ai suoi familiari dello *status* di “vittima” della violazione ai sensi dell'art. 34 CEDU (*status* che viene meno, appunto, nel caso in cui le autorità giurisdizionali interne abbiano già restituito *in integrum* il ricorrente attraverso il riconoscimento della contrarietà alla Convenzione della condotta tenuta dagli autori del reato e la condanna di questi ultimi).

Ma vi è di più. Già si è sottolineato come nella sentenza *Siliadin* del 2005 – con la quale la Corte ha condannato la Francia per la mancata previsione di una norma che incriminasse espressamente la cd. schiavitù domestica – una delle argomentazioni a sostegno della decisione fosse proprio che, alla luce del quadro normativo vigente all'epoca dei fatti, la vittima della violazione non aveva potuto veder condannati in sede penale gli autori della condotta vietata in sede penale; e che, almeno nella pronuncia *Perez c. Francia*, del 2004 i giudici di Strasburgo hanno sì negato che dall'art. 6 CEDU discenda un ipotetico “diritto alla vendetta privata”, e così pure un autonomo diritto di vedere assoggettati a persecuzione penale e quindi a pena soggetti terzi, ma hanno quantomeno ventilato l'idea che quest'ultimo possa essere inscindibilmente legato ad altre garanzie convenzionali.

In questa prospettiva “vittimocentrica”, dunque, il processo e la sanzione penale vengono ad assolvere a *funzioni ulteriori* rispetto a quella – che pure rimane prioritaria – di prevenzione generale negativa.

Merita un cenno, a questo proposito, l'innovativa teoria della pena di recente elaborata nella dottrina tedesca a partire dalla tesi di un professore di letteratura, vittima di un sequestro di persona, che nel suo diario sui trentatré giorni di prigionia aveva formulato l'idea che l'infissione della pena nei confronti dell'autore del reato costituirebbe per la vittima la manifestazione solenne che lo Stato sta dalla sua parte, e avrebbe dunque un preciso

¹⁸Si veda il § 4.6 del quarto capitolo.

¹⁹Si veda il § 4.3 del quarto capitolo.

significato simbolico²⁰: tesi che non può essere ricondotta nell'alveo delle tradizionali teorie retribuzionistiche, e che tuttavia esprime – come ha giustamente evidenziato Viganò – «un dato socio psicologico reale, che come tale non potrebbe essere ignorato né dal legislatore né dalla giurisprudenza».

In questo senso, la *riparazione* nei confronti della vittima sarebbe una riparazione di carattere essenzialmente *morale* (ammesso che di riparazione davvero possa parlarsi, dato che non potrà far tornare in vita chi non c'è più, né cancellare dalla mente di chi le ha subite le sofferenze connaturate ad episodi di tortura o di indebita privazione della libertà personale): il processo e la condanna dei responsabili potranno restituirle – per usare, ancora una volta, le incisive parole di Viganò – «quella dignità di soggetto di diritto che gli autori del crimine avevano conculcato», attraverso la statuizione ufficiale e definitiva del fatto che «la ragione stava dalla parte della vittima, e il torto dalla parte del condannato»²¹.

E' bene precisare, tuttavia, che la funzione *lato sensu* soddisfattoria della pena nei confronti della vittima e quella di prevenzione generale negativa e positiva si saldano insieme e tendono allo stesso scopo: è in genere fortissima, infatti, la speranza delle vittime e/o dei loro familiari che quel che è accaduto non debba ripetersi mai più; e in questa chiave si può comprendere il loro desiderio che la condanna dei responsabili – una condanna ad una pena non risibile, o tale solo sulla carta – possa servire da monito ai potenziali autori di violazioni simili²².

Non vogliamo certo unirli alle voci che troppo spesso, anche fuori dalle fila dei *quicumque de populo*, reclamano dalla magistratura giudicante “punizioni esemplari” per chi ha commesso i reati violenti che affollano le rubriche di cronaca dei telegiornali e inquietano l'opinione pubblica; né tantomeno intendiamo far nostra l'idea che la persona offesa debba poter decidere della tipologia di pena da infliggere al responsabile o della misura della stessa, o addirittura della sua vita e della sua morte, come avveniva ai tempi dello *jus talionis*.

Per quanto la distinzione sia sottile – e ci rendiamo conto di muoverci davvero *sul filo del rasoio* – vogliamo semplicemente suggerire l'idea che la vittima (primaria e secondaria) vanti *una legittima pretesa a che la pena minacciata dalla norma incriminatrice violata venga concretamente inflitta all'autore*, all'esito – *ça va sans dire* – di un processo celebrato *nel rispetto di tutte le garanzie difensive* attribuite all'imputato dalle fonti nazionali e sovranazionali, *secondo il canone della proporzione rispetto alla gravità del fatto* commesso e comunque *entro il limite invalicabile segnato dalla sua*

²⁰Cfr. ancora sul punto F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2693, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici in lingua tedesca che non abbiamo potuto consultare personalmente, e S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 39 ss.

²¹Così, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2695.

²²Cfr. ancora sul punto F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2695.

colpevolezza; e, ancora, che la stessa vittima sia titolare di *una altrettanto legittima pretesa a che la pena inflitta venga di fatto eseguita*, ovviamente nel rispetto della dignità del condannato – cui non va torto neppure un capello, e che non deve subire nessun'altra sofferenza oltre a quella che è insita nella pena stessa – e in vista dell'obiettivo (tendenziale) del suo pieno reinserimento nella società attraverso un percorso di rieducazione.

Si tratta, a ben vedere, del concetto che è stato splendidamente espresso, nel panorama dottrinale italiano, da Domenico Pulitanò, il quale ha evidenziato come l'altra faccia del principio di legalità – e dunque dell'individuazione di un numero chiuso di figure di reato – sia proprio quella di *accordare alla vittima del reato la garanzia che chi lo ha commesso non resterà impunito, ma andrà incontro alle conseguenze sanzionatorie previste dalla legge*²³: è questo il senso della frase che il Manzoni ne *I promessi sposi* mette in bocca a Renzo, che – vittima di un sopruso – chiede giustizia invocando il codice, nel quale «*sono nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono; e per ciascheduna, il suo buon castigo*»²⁴.

In quest'ottica, il principio di legalità, reclamando l'applicazione di una legge uguale per tutti, si erge dunque a garanzia dei titolari dei beni protetti, e soprattutto dei più deboli²⁵.

7.5.5 L'esigenza di soddisfare il “diritto alla verità” nella sua dimensione collettiva

Nella giurisprudenza della Corte interamericana è poi presente un ulteriore spunto, che quella parallela della Corte europea non ha fino a questo momento colto: si allude alla *dimensione collettiva del diritto alla verità*, inteso come diritto ad ottenere dalle competenti autorità dello Stato chiarimenti in ordine ai fatti posti in essere in violazione della Convenzione e alle relative responsabilità.

Certo, i giudici di San José hanno elaborato questo concetto in relazione a fattispecie di omicidi, torture e sparizioni forzate che avevano avuto luogo sotto la vigenza di regimi violenti e sanguinari, prima che i Paesi dell'America latina conoscessero una reale transizione democratica; ma è legittimo chiedersi se queste affermazioni di principio non possano essere trasposte a situazioni diverse (come, per limitarci all'esempio italiano, gli attentati terroristici e le stragi di mafia che così profondamente hanno segnato la seconda metà del XX secolo)²⁶.

²³D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, pp. 115 ss.

²⁴A. MANZONI, *I promessi sposi*, cap. XIV.

²⁵D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, pp. 115 ss.

²⁶E' questo il pensiero che ci ha suggerito, tra l'altro, la lettura delle belle pagine di A. SPATARO, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismi e mafie, di segreti di Stato e di giustizia offesa*, Roma-Bari, 2010.

Se così fosse, al processo penale andrebbe attribuita l'ulteriore funzione di *fissare una verità storica, senza tuttavia prescindere dall'accertamento* (e/o dall'esclusione) *delle responsabilità individuali*: quel che è in gioco è, a ben vedere, la stessa fiducia dei consociati nelle istituzioni dello Stato di diritto, che viene sistematicamente conculcata dal desolante spettacolo delle stragi senza colpevoli o dell'approdo a frettolose e poco persuasive "verità di Stato", continuamente insidiate da ricostruzioni alternative più o meno fantasiose.

7.6 Le ragioni a fondamento dell'opzione penale nell'ambito del diritto internazionale penale

Chiude idealmente la nostra panoramica il settore del diritto internazionale penale, nel quale, per vero, la riflessione sulla giustizia di transizione non pare chiudere definitivamente le porte a meccanismi alternativi, che non necessariamente passano per l'accertamento delle responsabilità individuali²⁷.

7.6.1 L'esigenza di lottare contro l'impunità per i crimini di diritto internazionale

La funzione di *prevenzione generale negativa* (*sub specie* di intimidazione o deterrenza) e *positiva* (sotto forma di orientamento culturale o convalida normativa) si presentano qui, più che altrove, come due facce di una stessa medaglia: se, da un lato, l'impunità dei crimini di diritto internazionale costituisce la principale causa della loro persistente ricorrenza, l'effettiva punizione di questi ultimi contribuisce invece in maniera tutt'altro che irrilevante a diffondere la consapevolezza che anche il diritto internazionale è diritto, e come tale dispone di un sistema di *enforcement* efficace.

Più sfumata, per quanto presente, è l'idea della *prevenzione speciale*, secondo il postulato per cui la minaccia della pena (*rectius*, di una pena proporzionata alla gravità dei fatti e destinata a trovare applicazione nei fatti) inibirebbe l'azione dei potenziali autori dei crimini di diritto internazionale.

7.6.2 L'incidenza del concetto di retribuzione

Come abbiamo già messo in luce in precedenza, nondimeno, gli internazionalpenalisti attribuiscono alla sanzione penale funzioni ulteriori e peculiari, che non sono riscontrabili in altri settori del diritto internazionale e che paiono esulare dai paradigmi tradizionali.

E' ricorrente, ad esempio, l'affermazione secondo cui la punizione dei crimini di diritto internazionale verrebbe a soddisfare il senso di giustizia insito in ogni uomo, rappresentando la giusta reazione della comunità internazionale

²⁷Vedi *supra*, cap. V, § 5.7.

a fronte di questi ultimi ²⁸: il concetto di *retribuzione* viene, dunque, a giocare un ruolo di primissimo piano, e c'è da chiedersi se si tratti di un relitto del passato, da cui ci si dovrebbe finalmente affrancare per discutere seriamente del *quia punire*, o invece – per parafrasare la bella espressione della filosofa del diritto Francesca Zanuso, autrice di una recente monografia su questo tema – di *un'idea irrinunciabile ma insufficiente*²⁹.

7.6.3 L'esigenza dell'individualizzazione delle responsabilità per i crimini di diritto internazionale

Una seconda funzione – che si ricollega strettamente al carattere di macro-crimini dei crimini internazionali, e che per vero è propria non solo della sanzione penale, ma dello stesso processo – è quella dell'*individualizzazione delle responsabilità*: poiché il diritto penale moderno non tollera forme di responsabilità collettiva, ma presuppone un rimprovero individuale per quel che il singolo ha fatto o ha omesso di fare, ciascun anello della catena di comando, in quella sede, ridiventa persona.

7.6.4 L'esigenza di fissare una verità condivisa

Vi è, poi, un'ultima funzione, che – come abbiamo visto occupandoci della *human rights law* – la Corte IDU non ha mancato di mettere adeguatamente in luce: il processo penale e la sentenza contribuiscono a fissare, una volta per tutte, *una verità condivisa*, che sbarrì la strada a qualsiasi tentativo di negare che le atrocità commesse siano mai accadute o di contestare le proporzioni che le stesse hanno assunto.

Viene in gioco, dunque, il *diritto alla verità nella sua dimensione collettiva*, la cui garanzia è essenziale perché il ricordo del passato possa divenire in breve tempo un ricordo pacificato e non ostacolare la transizione verso una nuova fase politica. Ma è, al contempo, evidente che l'accertamento delle responsabilità, e in particolar modo delle responsabilità individuali, soddisfa il bisogno delle vittime (primarie e secondarie) di conoscere il corso delle cose e di sapere chi (e grazie a quali complicità o connivenze) ha cagionato loro tanta sofferenza.

La riflessione sulla *transitional justice* pone l'accento essenzialmente sul primo di questi profili: il diritto alla verità della vittima (e della stessa collettività) potrebbe infatti essere soddisfatto anche da meccanismi evoluti di giustizia conciliativa come sono, ad esempio, le commissioni verità e giustizia.

²⁸Paradigmatico, in proposito, il discorso di Pio XII del 1953, cui abbiamo già accennato in precedenza.

²⁹F. ZANUSO, *A ciascuno il suo. Da Immanuel Kant a Norval Morris: oltre la visione moderna della retribuzione*, Milano, 2000.

Per contro, tuttavia, questi ultimi non potrebbero condurre all'accertamento delle responsabilità individuali, né tantomeno soddisfare la pretesa di vedere gli autori delle atrocità condannati a scontare una pena proporzionata rispetto alla gravità del fatto. Ma su questi aspetti torneremo, appunto, nel capitolo conclusivo del presente lavoro.

7.7 Un quadro d'insieme

Al termine di questa lunga e articolata panoramica sentiamo il bisogno di mettere ordine tra i concetti che sono via via emersi, provando a comporre un quadro d'insieme.

7.7.1 Il concetto di “effettività” della tutela

Conviene prendere le mosse da una parola-chiave che – come il lettore non avrà mancato di osservare – a più riprese è affiorata nel corso della nostra trattazione: la parola *effettività*.

La sanzione penale è diffusamente percepita come l'unica tipologia di sanzione dotata di una *reale capacità dissuasiva*: non c'è da stupirsi dunque che, laddove l'esigenza di ottenere l'ottemperanza a un divieto sia cogente, anche le fonti sovranazionali optino per il ricorso agli strumenti penalistici.

Ciò avviene – volendo tracciare un quadro a larghe pennellate – secondo *due diversi paradigmi* (che talvolta ricorrono nell'ambito dello stesso strumento internazionale a connotazione penalistica):

- a) in base al primo di essi, la richiesta di penalizzazione e di persecuzione penale si giustifica *in funzione di contrasto a forme di criminalità transfrontaliera*: così come un determinato fenomeno criminoso è fronteggiato, a livello interno, con le armi della giustizia penale, quando lo stesso assume una dimensione transnazionale è indispensabile che quelle stesse armi vengano impiegate a livello globale (pena l'insuccesso di qualsiasi pensabile intervento);
- b) in base al secondo paradigma, l'*input* di tutela penale è motivato dall'esigenza di garantire – alternativamente – l'effettiva applicazione di una disciplina extrapenale (della più varia natura), di un diritto o di una libertà: in questo senso può parlarsi di tutela penale *accessoria* o concepita *in senso funzionalistico*.

7.7.2 La maggior incisività degli strumenti della giustizia penale

La preferenza per gli strumenti penalistici si spiega poi – da un punto di vista più pragmatico – in ragione della *maggior celerità ed incisività che in genere si attribuisce ai meccanismi della giustizia penale* rispetto

a quelli della giustizia civile, amministrativa e disciplinare; senza contare che l'armonizzazione delle discipline sostanziali e processuali porta con sé il beneficio di consentire un raffronto tra autorità omogenee, e dunque di attribuire una *maggior efficacia alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*.

7.7.3 L'esigenza di imprimere a determinate condotte la necessaria stigmatizzazione anche sul piano sociale

In terza battuta, la preferenza per l'opzione penale è giustificata – in misura davvero non trascurabile – da ragioni di tipo ideale: la sanzione penale è vista come la sola in grado di imprimere a determinati comportamenti *la dovuta stigmatizzazione anche sul piano sociale*, così che l'osservanza del divieto possa divenire sempre più – nel medio e lungo periodo – un fatto spontaneo.

7.7.4 La funzione satisfattoria della pena e del processo penale nei confronti delle vittime del reato

Sarebbe miope, da ultimo, non riconoscere la funzione *lato sensu* riparatoria che il procedimento penale e la pena rivestono nei confronti delle vittime primarie e secondarie del reato, cui le fonti sovranazionali concedono forse più spazio di quanto non facciano quelle interne: a fronte di violazioni dei più fondamentali tra i diritti fondamentali, in particolare, i meccanismi della giustizia penale si mostrano come gli unici davvero idonei a garantire alle vittime medesime una *tutela giurisdizionale effettiva*, ad affermare solennemente che la ragione stava dalla loro parte e a far sentire loro in modo tangibile *che lo Stato si è schierato al loro fianco*.

C'è da chiedersi, peraltro, se – anche al di là della prospettiva della vittima – non giochi un ruolo autonomo (specie in alcuni settori del diritto internazionale) l'idea retribuzionistica: l'idea, cioè, che alcuni crimini non possano rimanere impuniti perché l'infrazione della pena *risponde a un'esigenza rigorosa di giustizia* (la quale, forse, non può essere del tutto ignorata, a dispetto delle legittime e fondate critiche sulla contaminazione tra diritto e morale cui un simile punto di vista, inevitabilmente, si espone).

7.7.5 L'applicabilità soltanto parziale di queste coordinate alla politica criminale dell'UE

Il quadro che abbiamo provato a tracciare è *solo in parte valido* per quel che concerne la politica criminale delle istituzioni europee.

L'elemento di complicazione che caratterizza questo settore è rappresentato – ci pare – dalla circostanza che il livello di integrazione raggiunto è così elevato che l'Unione europea *può* in un certo senso *essere paragonata*,

sotto questo punto di vista, *a uno Stato nazionale*: uno Stato nazionale che deve, in primo luogo, tutelare la propria esistenza, il funzionamento delle proprie istituzioni e la propria identità; e che, in seconda battuta, è tenuto a garantire la sicurezza dei propri cittadini, e in generale di quanti si trovano sul suo “territorio”, e così pure l’effettivo godimento dei diritti e delle libertà di cui tali soggetti sono titolari.

Abbiamo più volte azzardato a sostenere che, esercitando una delle prerogative tradizionalmente riconosciute agli Stati, l’Unione europea *manifesterebbe la propria aspirazione a divenire uno Stato*, e, in qualche misura, *dimostrerebbe di essere qualcosa che ci somiglia molto da vicino*.

Qui, però, intendiamo a sviluppare una considerazione ulteriore: se l’Unione europea non è uno Stato federale, essa *di fatto esercita alcune delle funzioni che tradizionalmente costituivano prerogativa statale*, e pertanto *esiste e opera nella dimensione del “già e non ancora”*. Di qui l’affermazione di un *modello ibrido*, in cui le ragioni del ricorso agli strumenti penalistici che valgono per la generalità delle organizzazioni sovranazionali – dall’ONU, al Consiglio d’Europa, all’OCSE, solo per citare alcune delle più rilevanti – si affiancano a quelle or ora menzionate, che tradizionalmente sono quelle avanzate degli Stati a sostegno delle proprie scelte in tema di esercizio dello *jus puniendi*.

Capitolo 8

La giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale sul piano internazionale e nazionale

Indice

8.1	Introduzione	318
8.2	Cenni in tema di responsabilità internazionale degli Stati	320
8.3	La violazione degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione dà luogo a responsabilità internazionale dello Stato?	326
8.4	La violazione degli obblighi di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale dà luogo a responsabilità internazionale dello Stato?	328
8.5	Cenni sugli strumenti pacifici di risoluzione delle controversie internazionali. In particolare, il ruolo della Corte internazionale di giustizia . . .	329
8.6	Il caso <i>Belgio c. Senegal</i> . (<i>Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite</i>)	332
8.7	I regimi speciali di responsabilità e i tribunali internazionali specializzati	335
8.7.1	Il sistema dell'Unione europea e il ruolo della Corte di giustizia. In particolare, il procedimento per infrazione	337
8.7.2	Il sistema delineato dallo Statuto del Consiglio d'Europa e dalla CEDU. In particolare, il problema dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU . .	340

8.8	La giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale sul piano internazionale: considerazioni conclusive	343
8.9	La giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale sul piano del diritto interno	345
8.9.1	La giustiziabilità degli obblighi di criminalizzazione	346
8.9.2	La giustiziabilità degli obblighi di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale	348
8.10	Considerazioni conclusive: gli obblighi sovranazionali di tutela penale come obblighi “a giustiziabilità variabile”	352
8.11	Gli obblighi sovranazionali di tutela penale sono veri e propri obblighi giuridici, per quanto non sempre corredate da sanzioni effettive	354

8.1 Introduzione

Uno dei profili che suscita maggiore scetticismo dell'intero discorso sugli obblighi sovranazionali di tutela penale è quello che attiene alla *giustiziabilità* degli stessi. Poiché non è possibile indurre gli Stati che ne sono destinatari all'adempimento coattivo dei suddetti obblighi – o, volendo utilizzare un linguaggio caro ai processualciviltisti, *non esistono mezzi di esecuzione in forma specifica* – è giocoforza concludere che gli obblighi sovranazionali di tutela penale previsti dalle convenzioni internazionali altro non siano che inchiostro su carta, e quelli enunciati in via pretoria parole gridate al vento?

Torna alla mente la celebre frase di Hobbes: «*Covenants without the sword are but words*»¹.

Il dubbio non è certo insensato: come emerge anche solo limitando il campo di indagine a quel che accade nel nostro Paese, nel quale i governi di ogni colore si mostrano spesso refrattari a dar seguito agli *input* di tutela penale contenuti negli strumenti internazionali a connotazione penalistica, le ipotesi di inadempimento degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione sono molteplici², e non è seriamente dubitabile che, laddove lo Stato decida

¹T. HOBBS, *Leviatano*, Parigi, 1651, vol. I, cap. XVII (il riferimento è, naturalmente, alla prima edizione).

²La più rilevante è probabilmente la mancata incriminazione della tortura, che ci rende inadempienti a una pletora di obblighi sovranazionali di penalizzazione discendenti da strumenti internazionali ad hoc e di carattere aspecifico, e così pure a quelli enunciati in via pretoria dai *treaty-bodies* dell'ONU e dalle Corti dei diritti. Si rinvia, in proposito, al primo capitolo, in cui abbiamo tentato di offrirne una ricapitolazione.

Cfr. altresì, in dottrina, F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura*, cit.; C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 555 ss.; A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia dell'obbligo internazionale di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.*, 1999, pp. 463 ss.

Con riferimento agli obblighi di fonte CEDU, si vedano poi R. CHENAL, *Obblighi di*

di persistere nella propria condizione di inottemperanza, nessuna autorità esterna sarà in grado di imporre l'adempimento degli stessi in via coattiva.

Pare peraltro opportuno evidenziare, già in sede di introduzione, come la questione della giustiziabilità degli obblighi di criminalizzazione e di persecuzione penale si intrecci saldamente con quella dell'ammissibilità, in via teorica, di *obligationes* il cui mancato adempimento non determini l'insorgenza di sanzioni (le cd. *obligationes imperfectae*): l'assenza di una sanzione – si argomenta da più parti, sia pur con diversità di accenti – starebbe inequivocabilmente a significare che la norma violata non era produttiva di un vincolo giuridico suscettibile di fondare la responsabilità del destinatario in caso di inadempimento, e che dunque non si era di fronte a un'obbligazione (i cui elementi fondativi vanno, appunto, ravvisati – secondo la tradizione romanistica – nell'insorgenza di un vincolo e nella responsabilità del debitore conseguente al mancato adempimento).

Anche di questa obiezione – se possibile, ancor più radicale della prima – dovremo, dunque, tener conto nella nostra esposizione.

Come tenteremo di esporre nelle pagine seguenti, nondimeno, la realtà è assai più complessa di quanto potrebbe apparire *prima facie*.

Nella prima parte del capitolo – in cui ci soffermeremo sulla giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale *sul piano internazionale* – evidenzieremo, ad esempio, come l'inottemperanza agli obblighi di incriminazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale possa, in effetti, dar luogo, ad una responsabilità internazionale dello Stato, che potrà esser fatta valere dinanzi alla Corte internazionale di giustizia e, soprattutto, dinanzi alla Corte di Lussemburgo e di Strasburgo (o di San Josè, per gli Stati dell'America latina), giacché sono i regimi speciali di responsabilità a venire essenzialmente in rilievo. Non si può non rilevare fin d'ora, peraltro, come taluni di essi siano supportati da *strumenti di pressione*

criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Legislazione penale*, 2006, fasc. 1, pp. 171-189; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 275-276; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., segnatamente pp. 60-70.

Un altro fronte scoperto è poi, sempre per limitarci agli esempi più eclatanti, quello della repressione della corruzione nelle sue numerose manifestazioni: nel nostro ordinamento manca, infatti, una norma che incrimini il cd. traffico di influenze indebite, e così pure la corruzione cd. per la funzione o per asservimento e la corruzione fra privati.

Si vedano in proposito P. DAVIGO – G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2008, p. 7 ss.; A. VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "mani pulite"*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003, pp. 23 ss.; G. FORTI, *Introduzione. Il volto di Medusa: la tangente come prezzo della paura*, *ibidem*, p. XI ss.; e, più di recente, F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it.

E ancora, non sembra essere all'ordine del giorno l'adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale, che pure l'Italia ha ratificato con l. n. 232 del 1999. Cfr. sul punto G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2011, p. 148.

indiretta che hanno dato buona prova di sé (primo fra tutti, quello che fa leva sulla procedura di infrazione davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea).

Nella seconda parte del capitolo – in cui ci occuperemo della giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale *sul piano nazionale* – metteremo in rilievo, invece, come il ruolo svolto dal legislatore e dai giudici interni sia di importanza cruciale e incida in misura assai rilevante sul grado di cogenza dei suddetti vincoli. Tanto che – vale forse la pena di anticiparlo – prospetteremo l'esistenza di *obblighi sovranazionali di tutela penale "a giustiziabilità variabile"*, il cui livello di vincolatività varia proprio a seconda del modo in cui si pongono rispetto a questi ultimi il legislatore e le magistrature nazionali.

8.2 Cenni in tema di responsabilità internazionale degli Stati

Il diritto internazionale, come del resto il diritto interno, nell'imporre regole di comportamento muove dall'assunto che il destinatario effettivamente compia l'azione richiesta o si astenga da quella vietata. Tuttavia, esso contempla altresì regole volte a disciplinare *le conseguenze della mancata osservanza dell'obbligo internazionale*, previa definizione dei presupposti al ricorrere dei quali la produzione di tali conseguenze è condizionata³.

Una parte del diritto internazionale pubblico è dunque dedicata alle questioni dell'illecito e della responsabilità internazionale; e – secondo la distinzione invalsa nel diritto interno – anche in quest'ambito si distingue tra *norme primarie* (che definiscono il contenuto dell'obbligazione violata) e *norme secondarie* (le quali, appunto, delineano le condizioni generali perché un soggetto di diritto internazionale possa essere considerato, ai sensi di quest'ultimo, responsabile dell'azione od omissione illecita).

Ci limiteremo qui a descrivere a larghe pennellate il *regime generale della responsabilità internazionale*, solo per gli aspetti che sono strettamente funzionali alla nostra indagine.

Anche se, come abbiamo rilevato nell'introduzione, sono i regimi speciali di responsabilità ad interessarci più da vicino, non si può dimenticare che, per tutto ciò che non è espressamente disciplinato, essi fanno riferimento al regime generale: soffermarsi sul concetto di «illecito internazionale» o sulle conseguenze di quest'ultimo (*id est*, sugli obblighi che discendono dalla commissione dell'illecito internazionale) non pare, dunque, un'inutile divagazione.

Prima di passare all'analisi di tali nozioni, bisogna preliminarmente chiarire come le *fonti* della disciplina della responsabilità internazionale facciano

³Cfr. sul punto L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, in S. M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2003, pp. 254-286.

essenzialmente capo al *diritto consuetudinario*, dal momento che – ad eccezione dei regimi speciali di responsabilità – non sussistono regole pattizie che si siano fatte carico di disciplinare in via generale la materia.

Cionondimeno, non si può tacere come – all’esito di un processo di elaborazione oltremodo complesso, che affonda le sue radici addirittura nel periodo successivo alla Seconda guerra mondiale – nell’agosto 2001 la Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite abbia adottato un *Progetto di articoli* che sono il frutto di una vasta ricognizione della prassi internazionale e dell’elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, e che aspirano ad essere una codificazione complessiva di tutti gli aspetti della materia⁴: di tali articoli bisognerà, pertanto, tener conto nella ricostruzione del regime giuridico della responsabilità internazionale alla quale ci accingiamo.

Conviene cominciare, a questo proposito, dall’affermazione secondo cui la responsabilità internazionale dello Stato ha come presupposto la commissione di un atto internazionalmente illecito. In questo senso, l’espressione “responsabilità internazionale” *stricto sensu* intesa «copre la nuova relazione giuridica (di carattere “secondario”) che insorge, in base al diritto internazionale, nei rapporti tra lo Stato responsabile e lo Stato leso (ma che può insorgere anche nei confronti dell’intera Comunità internazionale), in seguito all’atto internazionalmente illecito dello Stato»⁵.

Per qualificare un atto come internazionalmente illecito è necessaria la contemporanea presenza di due elementi: l’*attribuibilità dell’atto allo Stato ai sensi del diritto internazionale* (il cd. elemento “soggettivo”) e la *violazione di un obbligo internazionale* in vigore per lo Stato al momento della commissione dell’atto (il cd. elemento “oggettivo”)⁶.

Quanto al primo, il principio generale di attribuibilità di una condotta allo Stato è espresso dalla regola secondo cui può essere riferita allo Stato solo la condotta degli organi (*id est*, gli enti individuali e collettivi) attraverso i quali esso si organizza e agisce, al metro – si badi – dei criteri determinati dal diritto internazionale⁷.

⁴Il passo successivo, almeno secondo gli auspici della Commissione, dovrebbe essere quello dell’adozione del Progetto con risoluzione da parte dell’Assemblea generale ONU.

⁵Cfr. sul punto L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 255.

⁶L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 258 rileva, peraltro, come «tale aggettivazione de[bb]a essere utilizzata con cautela, in quanto essa appare essere possibile fonte di equivoci, sembrando (erroneamente) evocare un preteso carattere oggettivo o soggettivo [...] della responsabilità stessa», e dunque la necessità che la medesima sia fondata sulla colpa.

⁷Cfr. ancora L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., pp. 259-260.

L’Autore mette in luce come il diritto interno e la prassi di ciascuno Stato siano di primaria importanza al fine di determinare quali siano gli organi dello Stato, poiché la struttura di uno Stato è determinata dal diritto interno e non dal diritto internazionale. Diritto internazionale e diritto interno, nondimeno, svolgono una funzione differente, poiché la condotta di alcuni apparati interni può essere attribuita allo Stato in diritto internazionale anche se dal punto di vista interno gli stessi sono indipendenti rispetto al potere esecutivo, e così pure può essergli attribuita la condotta di organi che violano le regole di diritto

Per quel che concerne invece l'elemento cd. "oggettivo", esso è dato dal contrasto tra il comportamento in concreto tenuto dallo Stato e quello richiesto dalla pertinente norma internazionale: secondo quanto recita l'art. 12 del Progetto in parola, «si ha violazione di un obbligo internazionale da parte di uno Stato quando un atto di quello Stato non è conforme a quanto gli è richiesto da tale obbligo»⁸.

Non rileva, a tal proposito, la fonte dell'obbligo internazionale violato, posto che è principio consolidato di diritto internazionale che la responsabilità dello Stato possa sorgere tanto in caso di violazione di un obbligo *convenzionale* quanto in quello di violazione di un obbligo posto da una norma *consuetudinaria* o da un'altra fonte⁹.

interno che ne disciplinano la competenza.

Da ciò discende che una responsabilità diretta per le violazioni degli obblighi internazionali commesse da privati sorge solo allorché lo Stato, approvando o ratificando a posteriori il comportamento dei privati, in buona sostanza lo faccia proprio. Cfr. ancora L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 262.

⁸Si discute, peraltro, se accanto ai due elementi ora menzionati – che trovano eco nel Progetto di articoli elaborato dalla Commissione ONU del diritto internazionale – sia necessaria la presenza dell'elemento psicologico della *colpa* (o se una responsabilità internazionale dello Stato possa sorgere anche in sua assenza); e così pure ci si chiede se sia indispensabile la presenza di un *danno* (ovverosia di un qualche pregiudizio morale o materiale che possa derivare a un altro soggetto) anche al di fuori dei casi in cui il danno fa parte della fattispecie illecita.

Mentre in relazione al primo profilo l'opinione prevalente è orientata nel senso che – pur di fronte a una prassi internazionale tutt'altro che univoca e al silenzio del Progetto – la colpa possieda un certo rilievo (quantomeno in negativo, nel senso del riconoscimento di una serie di circostanze di esclusione dell'illiceità che "scusano" l'inadempimento nel caso in cui l'osservanza sia stata impossibile), in relazione al secondo si ritiene che possano darsi casi in cui una responsabilità insorga anche in assenza di un danno: si fa l'esempio della violazione di un obbligo di adottare una norma uniforme, la quale dà luogo a responsabilità anche se non danneggia altri Stati.

Cfr. ancora, su questi profili, L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., pp. 268-269.

⁹Sottolinea ancora L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 266, come nella qualificazione della illiceità della condotta dello Stato non rilevi la particolare natura della norma violata (potendo dunque sussistere un illecito internazionale a prescindere dall'importanza, maggiore o minore, dell'obbligo internazionale violato).

Di qui, l'impossibilità di distinguere tra categorie diverse di illecito, tanto che la Commissione del diritto internazionale, nel testo del Progetto approvato in seconda lettura, ha evitato di riprendere la distinzione tra «crimini» e «delitti» internazionali che figurava all'art. 19 del testo approvato in prima lettura. «La criminalizzazione dell'illecito internazionale» - si legge a p. 267 - «da un lato avrebbe comportato la qualificazione come "criminale" dello Stato al quale fosse attribuito l'illecito, mentre, dall'altro lato, avrebbe potuto essere invocata da altri Stati, auto-proclamantisi garanti della legalità internazionale, per adottare sanzioni nei confronti dei "criminali"».

Cfr. altresì, sul dibattito in tema di responsabilità penale degli Stati, M. N. SHAW, *International law*, Cambridge, 2003, p. 720.

E' bene rilevare, nondimeno, come le caratteristiche della norma violata si ripercuotano sulle conseguenze derivanti dall'illecito, e in particolare sul contenuto della responsabilità e sulla legittimazione a invocarla. In particolare, non può tacersi che la violazione delle norme di *jus cogens* e di quelle che fondano *obligationes erga omnes* è soggetta a particolari

Quanto al profilo temporale, è necessario – come abbiamo anticipato – che la norma primaria sia *in vigore al momento della commissione dell'atto*, non potendosi dunque ammettere una responsabilità “retroattiva” (mentre, per converso, l'estinzione della norma violata successiva alla violazione non fa venir meno la responsabilità internazionale)¹⁰. Il che, si badi, certamente rileva ai fini della nostra indagine, posto che, ad esempio, nessuna responsabilità internazionale dello Stato che non abbia sottoposto a persecuzione penale l'autore di un determinato crimine internazionale potrà essere invocata laddove nessun previgente strumento di diritto pattizio contemplasse un *duty to prosecute*, né lo stesso si fosse affermato in via consuetudinaria.

Venendo ora alle *conseguenze dell'illecito*, bisogna anzitutto rilevare come la commissione di un atto internazionalmente illecito non faccia di per sé

regole in tema di responsabilità, codificate dagli artt. 40 e 41 del più volte menzionato Progetto, le quali che si aggiungono a quelle generali.

Nel caso in cui uno Stato sia venuto meno al rispetto di un obbligo nascente da una norma imperativa di diritto internazionale generale e la violazione sia seria (ovverosia, sistematica o di rilevante importanza) tutti gli Stati della Comunità internazionale sono, infatti, legittimati a invocare la sua responsabilità, dal momento che tutti hanno un interesse al rispetto della norma violata.

A ciò si aggiunga che ciascun membro della Comunità internazionale ha l'obbligo di cooperare con gli altri per mettere fine alla violazione (ovviamente attraverso il ricorso a mezzi legittimi) e il divieto di riconoscere come legittima la situazione che si è creata in esito a quest'ultima, e/o di prestare aiuto o assistenza per il suo mantenimento.

Cfr. sul punto L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 279; M. N. SHAW, *International law*, cit., p. 714; I. BROWNLIE, *Principles of public international law*, Oxford, 2003, p. 492. Quest'ultimo Autore evidenzia, in particolare, come – politicamente parlando – le conseguenze pratiche del non riconoscimento sono simili a quelle delle sanzioni diverse dall'intervento armato.

Un'ultima necessaria notazione attiene alla distinzione – che va certamente tenuta ferma, pur con le precisazioni che faremo più oltre – tra responsabilità internazionale dello Stato per la commissione di *crimina iuris gentium*, da un lato, e responsabilità penale dell'individuo che si sia reso autore di un crimine internazionale, la quale – come abbiamo visto nel capitolo dedicato al diritto internazionale penale – potrà essere affermata tanto a livello internazionale quanto a livello interno: tale distinzione è netta, ad esempio, in H. KELSEN, *Collective and individual responsibility in International law with particular regard to the punishment of war criminals*, in *California Law Review*, 1943, pp. 530 ss. (il quale puntualizza, in particolare, come la responsabilità dello Stato sul piano internazionale altro non sia che una forma di responsabilità collettiva, pur ammettendo che vi siano eccezioni in tal senso, come nel caso delle norme sulla pirateria, che reclamano la punizione individuale del pirata).

Si tratta di due forme di responsabilità che non solo non si escludono reciprocamente, ma che si integrano l'una con l'altra e coesistono nell'attuale sistema di giustizia internazionale. Nondimeno – come lucidamente rileva Chantal Meloni – esse sono profondamente distinte quanto alla loro natura, poiché mentre la responsabilità aggravata dello Stato per le violazioni dello *jus cogens* rimane pur sempre una responsabilità internazionale, mentre quella dell'individuo che si sia reso autore di crimini di diritto internazionale ha natura penale e, per utilizzare le parole dell'Autrice, «*possesses the same legal nature as the criminal responsibility of domestic law*». Cfr. sul punto C. MELONI, *Command responsibility*, cit., pp. 8-9.

¹⁰Cfr. ancora L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 266.

venire meno il dovere di adempiere l'obbligazione prevista dalla norma primaria violata, come si evince anche dall'art. 29 del Progetto redatto dalla Commissione del diritto internazionale.

All'obbligazione originaria *si affiancano* – e non si sostituiscono, dunque – *ulteriori obblighi*: quello di *cessare il comportamento che determina la violazione dell'obbligo internazionale* (art. 30 lett. a del Progetto), ed eventualmente di *offrire assicurazioni e garanzie di non ripetizione* (art. 30 lett. b del Progetto)¹¹, e quello di *riparare integralmente il pregiudizio cagionato* con l'atto internazionalmente illecito, nelle forme della *restituzione*, del *risarcimento* e/o della *soddisfazione* (art. 34 del Progetto).

Conviene soffermarsi brevemente su quest'ultimo profilo, che più da vicino ci interessa. La regola generale è che lo Stato responsabile sul piano internazionale è obbligato alla *restituzione in forma specifica*, ovvero sia al ristabilimento della situazione precedente alla commissione dell'illecito (art. 35 del Progetto)¹². Solo laddove non possa addivenirsi alla *restitutio in integrum* – ché la stessa è materialmente impossibile, o comporta un onere sproporzionato in capo al soggetto responsabile rispetto al beneficio che da essa deriva allo Stato leso (secondo quanto stabilito sempre dall'art. 35) – lo Stato cui è imputabile l'illecito è tenuto alla *riparazione per equivalente*, *id est* al pagamento allo Stato leso di una somma di denaro di valore corrispondente a quello stimato della restituzione in forma specifica, che si aggiunge o può aggiungersi al risarcimento del danno (art. 36 del Progetto).

La *soddisfazione*, dal canto suo, costituisce una forma di riparazione residuale, che appare dovuta laddove le altre modalità non siano praticabili (art. 37 del Progetto). Essa si realizza «come riparazione del danno morale subito dallo Stato che è vittima dell'illecito, ovvero del danno giuridico, consistente nella rottura della legalità internazionale implicata dalla violazione di un obbligo internazionale», e in corrispondenza a tale duplice funzione «può consistere sia nel riconoscimento della violazione e del carattere obbligatorio della norma violata, sia in espressioni di rincrescimento, in scuse formali o in qualche altra modalità appropriata (quale il pagamento di una somma simbolica di denaro, o la punizione degli individui responsabili materiali dell'azione illecita)»¹³.

¹¹Le garanzie di non ripetizione hanno lo scopo di rafforzare la norma primaria e sono un corollario della cessazione della sua violazione. Così L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 276.

¹²Talvolta, però, non è agevole distinguere tra cessazione dell'illecito e restituzione: nel caso dell'abrogazione di una legge emanata in violazione di un obbligo internazionale, ad esempio, si è di fronte a un adempimento tardivo o a un mezzo di riparazione in forma specifica? Cfr. ancora sul punto L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 277.

¹³Così L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 278.

Cfr. altresì, su questi profili, M. N. SHAW, *International law*, cit., pp. 715-720: l'Autore rileva, in particolare, come la punizione degli ufficiali di rango intermedio rientri tra le misure di "soddisfazione".

La commissione dell'atto internazionalmente illecito attribuisce inoltre allo Stato dan-

Per quanto la questione rilevi solo marginalmente ai fini della nostra indagine – dato che, nei regimi speciali di responsabilità, i soggetti legittimati ad agire per far valere la responsabilità internazionale dello Stato saranno, a seconda dei casi, talune istituzioni (come la Commissione nella procedura di infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia) o le vittime della violazione (nei ricorsi individuali dinanzi alla Corte di Strasburgo) – bisogna precisare come la responsabilità dello Stato, che pure sorge come effetto giuridico automatico dalla commissione dell'illecito, divenga operante *solo a seguito di un'effettiva reazione dello Stato legittimato a invocarla* (il quale va identificato con lo Stato nei confronti del quale era dovuto il comportamento prescritto dalla norma primaria violata e dunque è legittimato a invocarne il rispetto)¹⁴. Laddove quest'ultimo abbia, invece, rinunciato a farlo (o si possa ritenere – in ragione della sua condotta – che esso abbia prestato acquiescenza al venir meno della pretesa), il diritto a far valere la responsabilità internazionale dello Stato non potrà più essere fatto valere¹⁵.

neggiato il diritto di adottare contromisure nei confronti di quello responsabile, allo scopo di ottenere la cessazione dell'illecito e la riparazione.

La linea di tendenza – ben esemplificata dagli artt. 49-52 del Progetto – è tuttavia quella di introdurre limiti sempre più pervasivi all'imposizione di misure di questo tipo, le quali:

- a) sono legittime solo se consistenti nel rifiuto di adempiere ad obbligazioni cui lo Stato danneggiato era tenuto nei confronti di quello responsabile e compatibili con la possibilità di adempiervi in un secondo momento;
- b) non possono avere ad oggetto l'obbligo di astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza stabilito dalla Carta dell'ONU;
- c) sono legittime solo se proporzionate al pregiudizio subito dallo Stato leso, in rapporto alla gravità dell'atto illecito e dei diritti coinvolti;
- d) devono terminare appena lo Stato responsabile abbia adempiuto all'obbligo di riparazione, e comunque devono essere sospese immediatamente se l'illecito è cessato e la controversia è stata sottoposta a una corte o a un tribunale internazionale che possa deciderla in maniera vincolante.

Cfr. ancora L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., pp. 281-282.

Sottolinea acutamente l'Autore che «tale possibilità costituisce invero (...) un indice particolarmente significativo dei caratteri della società internazionale, nella quale difetta una struttura istituzionalizzata investita del compito di infliggere sanzioni ai soggetti che hanno violato le regole allo scopo di ripristinare la "legalità". E proprio tale caratteristica (...) spiega la riduzione (fino all'esclusione) del potere di ricorrere a contromisure in quei quadri organizzativi in cui un grado, più o meno elevato, di istituzionalizzazione è raggiunto».

¹⁴Cfr. ancora L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 279.

¹⁵Cfr. ancora L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 280; M. N. SHAW, *International law*, cit., p. 713; I. BROWNLIE, *Principles*, cit., p. 486.

La reazione dello Stato deve necessariamente consistere in misure formali, non apparendo sufficiente una semplice protesta. L'art. 43 del Progetto prevede che lo Stato leso debba dare a quello responsabile comunicazione (non necessariamente in forma scritta) della propria intenzione di invocare la sua responsabilità sul piano internazionale, e richiede che in tale comunicazione vada specificata tanto la condotta che questo deve tenere per far cessare l'illecito quanto la forma in cui la riparazione deve aver luogo.

8.3 La violazione degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione dà luogo a responsabilità internazionale dello Stato?

E veniamo ora alla domanda con cui abbiamo aperto il presente capitolo: la *violazione degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione* può dar luogo a responsabilità internazionale dello Stato inadempiente?

La riflessione dottrinale sulla legge interna come atto internazionalmente dannoso – per riprendere il titolo del capitolo della celebre monografia di Edoardo Vitta sulla responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi, che porta la data del 1953¹⁶ – sembrerebbe dare una risposta positiva.

Cominciamo dal caso più semplice: quello, cioè, in cui la norma internazionale imponga allo Stato di *astenersi dall'emanare un determinato atto legislativo* (ad esempio, dettando un obbligo di criminalizzazione *in termini negativi*, e dunque vietando l'introduzione di norme penali di favore le più varie che indebitamente restringano l'ambito della punibilità).

Laddove l'atto legislativo oggetto del divieto venisse emanato, certamente sorgerebbe una responsabilità internazionale dello Stato, perfezionandosi l'illecito «al momento della promulgazione od altra fase finale del processo legislativo»¹⁷.

E veniamo ora al caso in cui la norma internazionale – qualunque ne sia la fonte, anche se nella maggior parte delle ipotesi si tratterà di disposizioni di

¹⁶E. VITTA, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milano, 1953.

¹⁷Così E. VITTA, *La responsabilità internazionale dello Stato*, cit., p. 89.

Osserva l'Autore che «è questo un caso difficilmente configurabile, in quanto obbligazioni omissive di questo tipo tendono quasi sempre a vietare una determinata attività, senza aver riguardo al modo nel quale questa viene effettuata. Ma, qualora un preciso divieto d'adottare leggi specificamente determinate avesse a sussistere in un trattato od altro strumento internazionale, è indubbio che sorgerebbe responsabilità per atto illecito qualora venisse emanata una legge incompatibile col divieto stesso».

Cfr. altresì G. MUSACCHIA, *La responsabilità internazionale degli Stati per fatti degli organi legislativi*, Roma, 1939, p. 66: «Evidentemente se l'obbligo dello Stato consiste in non fare nel campo legislativo l'eventuale azione degli organi legislativi in contraddizione con l'obbligo stesso costituirà senz'altro una violazione della norma internazionale da cui l'obbligo deriva».

L'Autore rileva, peraltro, come l'inadempimento possa essere anche successivo, distinguendo a seconda del fatto che le norme interne emanate successivamente si pongano in contrasto «con norme emanate precedentemente perché imposte da una norma internazionale, oppure con norme che, pur non essendo imposte direttamente dal diritto internazionale, sono strettamente connesse all'adempimento di un obbligo internazionale o infine con norme che servono unicamente a facilitare l'adempimento», concludendo poi in maniera un po' vaga che «si avrà violazione del diritto internazionale, e, quindi, responsabilità dello Stato tutte le volte che l'emanazione anzidetta costituisce abrogazione o modifica di norme interne che sono in stretta relazione con l'adempimento di un obbligo internazionale».

diritto internazionale pattizio¹⁸ – *obblighi lo Stato a emanare un determinato atto legislativo* (il che si verifica appunto, per quel che attiene alla nostra indagine, laddove essa detti un obbligo di criminalizzazione *in termini positivi*): allorché lo Stato non provveda in tal senso, si avrà illecito internazionale e quindi responsabilità¹⁹.

Conviene riportare significativo passaggio della monografia di Ian Brownlie del 1983, che ancor oggi costituisce il testo fondamentale in tema di *State responsibility*: «*It may appear that, particularly in the case of treaty obligations, the acts and omissions of the legislature are, without more, creative of responsibility. If a treaty creates an obligation to incorporate certain rules in domestic law, failure to do so entails responsibility for breach of the treaty.*»²⁰.

Quanto affermato necessariamente presuppone – ma si tratta di un principio del tutto consolidato nella dottrina internazionalistica – che lo Stato nel suo complesso possa essere chiamato a rispondere per l'illecito internazionale commesso dal potere legislativo: è del tutto pacifico, infatti che – per quanto lo Stato si ripartisca al suo interno in una serie di organi aventi diverse funzioni, e talvolta persino diverse personalità – *ai fini del diritto internazionale lo stesso debba essere trattato come una singola persona giuridica* di talché «la condotta di qualsiasi organo statale viene considerata come atto dello Stato ai sensi del diritto internazionale, sia che esso eserciti funzioni legislative, giudiziarie o esecutive, qualunque posizione esso abbia nell'organizzazione dello Stato, e a prescindere dal suo carattere di organo del governo centrale ovvero di una ripartizione territoriale dello Stato»²¹.

¹⁸Precisa ancora E. VITTA, *La responsabilità internazionale dello Stato*, cit., pp. 90-91 che «l'obbligo di adottare una data legge può esser posto dalla norma internazionale tanto esplicitamente che implicitamente, senza che ciò sposti in alcun modo i termini della questione. Infatti, anche allorché l'obbligo di adottare una certa legge sia desumibile solo implicitamente dai termini di un trattato, è evidente che ciò non cambierà in nulla l'essenza dell'obbligazione. Tutt'al più sarà necessaria un'opera di interpretazione del testo del trattato di cui si tratta. Ma se dall'interpretazione risulti che l'obbligo sussiste, sarà questo un obbligo assolutamente identico a quello derivante da una clausola esplicita».

¹⁹Cfr. ancora E. VITTA, *La responsabilità internazionale dello Stato*, cit., p. 90. Rileva l'Autore che «il caso che ad uno Stato venga fatto l'obbligo positivo di emanare un determinato atto legislativo» appare come quello «meno improbabile»; e continua osservando che «la semplice omissione è qui sufficiente per produrre l'illiceità, senza che vi sia da attendere le conseguenze pratiche dell'omissione stessa».

²⁰I. BROWNLIE, *State responsibility*, Oxford, 1983, pp. 142-143.

²¹Così L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 260. I. BROWNLIE, *State responsibility*, cit., afferma ancora più icasticamente, a p. 142: «*The general principles apply to the legislature, which is an organ of the state and a vital part of the system of government. In any case the classification of the powers of an organ as "legislative" or otherwise is a matter of internal organization and local fashion.*».

Come giustamente rileva C. MELONI, *Command responsibility in international criminal law*, L'Aja, 2010, p. 7, affermare la responsabilità internazionale dello Stato non significa certo disconoscere il fatto che l'atto illecito sia stato materialmente commesso da un individuo, dal momento che gli Stati possono concretamente agire solo attraverso persone fisiche, tanto nella loro attività privatistica quanto nell'esercizio dello *jus imperii*. Cfr. altresì L. CONDORELLI, *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite: solutions*

E' bene peraltro rilevare come, talvolta, la responsabilità internazionale dello Stato possa sorgere perché – pur essendo la legge stata emanata, in ottemperanza agli *input* provenienti dal diritto internazionale – gli organi esecutivi e giudiziari non vi si conformino pienamente.

Laddove ciò si verifichi, ad ogni modo, i termini della questione non muteranno, dal momento che – per usare ancora una volta le parole di Brownlie – «*in a number of instances the situation is simply one of incompatibility of the position in municipal law and the requirements of the given treaty provision. Whether this incompatibility stems from the faults of the legislature, or the state of the relevant case law, is immaterial. In essence the system of government has failed to produce the necessary congruence of internal law an the treaty standars*»²².

8.4 La violazione degli obblighi di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale dà luogo a responsabilità internazionale dello Stato?

Forse meno immediata è la risposta alla seconda domanda, anch'essa d'importanza cruciale ai fini della nostra indagine: la *violazione degli obblighi di persecuzione penale e degli obblighi di cooperazione giudiziaria* in materia penale può dar luogo a responsabilità internazionale dello Stato?

Si tratta di una questione diversa da quella con la quale abbiamo chiuso il paragrafo precedente, e che riguarda il caso in cui l'illecito internazionale deriva dalla concreta applicazione data dalle Corti interne alla legge emanata in esecuzione dell'obbligo internazionale (per quel che ci interessa, in particolare, degli obblighi di penalizzazione enunciati in termini positivi).

La dottrina internazionalistica non si è, per vero, soffermata su questo profilo. Anche in questo caso, però, i principi generali che regolano la materia e la nozione di illecito internazionale accolta dall'art. 2 del Progetto redatto dalla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite²³ sembrano poterci

classiques et nouvelles tendances, in 189 *Collected Courses*, L'Aja, 1984.

²²I. BROWNLIE, *State responsibility*, cit., p. 143.

A questo proposito E. VITTA, *La responsabilità internazionale dello Stato*, cit., p. 90 evidenzia come «allorché la norma internazionale richiede l'emanazione di una legge specifica, non è detto che lo Stato cui essa si dirige sia da considerarsi libero da ogni obbligo con la semplice promulgazione. Infatti è stato giustamente notato che lo Stato sarà tenuto a compiere tutti gli atti sussidiari necessari perché l'atto legislativo raggiunga il suo pieno effetto».

²³L'articolo, rubricato "Elements of an internationally wrongful act of a State", recita: «There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting o fan action or omission:

- a) is attributable to the State under International law; and,
- b) constitutes a breach of an International obligation of a State».

condurre agevolmente verso una risposta di segno positivo: siamo infatti di fronte a una violazione di un obbligo internazionale senz'altro attribuibile allo Stato poiché perpetrata dallo Stato-giurisdizione, e come tale produttiva di una responsabilità dello Stato medesimo sul piano internazionale²⁴.

Come vedremo nei paragrafi successivi, anche la prassi internazionale emersa negli ultimi anni supporta questa conclusione.

8.5 Cenni sugli strumenti pacifici di risoluzione delle controversie internazionali. In particolare, il ruolo della Corte internazionale di giustizia

Ricapitolando quanto abbiamo sinora esposto, possiamo affermare che, secondo i principi generali in tema di responsabilità internazionale degli Stati, *l'inottemperanza agli obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale da parte dello Stato-legislatore o dello Stato-giurisdizione costituisce un illecito internazionale* ed espone lo Stato medesimo a tutte le conseguenze che ne derivano sul piano internazionale.

Tale responsabilità potrà poi essere invocata da parte dello Stato leso o da tutti gli Stati della comunità internazionale, in caso di violazione di norme di *jus cogens*.

Ora, poiché quella che sorge tra lo Stato responsabile e lo Stato leso a seguito dell'illecito può senz'altro essere classificata come "controversia" – nel senso, precisato dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel lontano precedente *Mavronatis* del 1924, di un «disaccordo su questioni di fatto o di diritto, o un conflitto di interessi o di punti di vista giuridici esistenti tra due soggetti»²⁵ – è ben possibile che il secondo decida a tal proposito di attivare uno degli strumenti di risoluzione pacifica delle controversie; strumenti che devono essere distinti, secondo la bipartizione tradizionale, in mezzi diplomatici, da un lato, e mezzi arbitrari o giurisdizionali, dall'altro.

I *metodi di carattere diplomatico* sono non solo i più antichi, ma anche quelli tuttora più largamente utilizzati (anche in parallelo ad altri): attraverso di essi, gli Stati (o altri soggetti di diritto internazionale) tentano di por fine alla controversia sforzandosi di trovare un accordo²⁶.

²⁴Cfr. sul punto I. BROWNIE, *State responsibility*, cit., p. 145.

²⁵Cfr. ancora F. MUNARI, *Risoluzione pacifica e prevenzione delle controversie internazionali*, in S.M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, pp. 225-226.

²⁶Il più diffuso è il negoziato, cui partecipano esclusivamente i soggetti parti della controversia: la sua instaurazione è molto agevole, e di fatto si realizza senza soluzione di continuità rispetto agli usuali rapporti tra Stati; e soprattutto – ed è questa la ragione principale del suo successo – non è idoneo a individuare una parte "vincitrice" e una "sconfitta", e dunque preserva l'equilibrio delle posizioni degli Stati nei loro rapporti

L'*arbitrato* – il primo dei rimedi di carattere non diplomatico a diffondersi nella prassi internazionale – si caratterizza per tre elementi: a) la volontà degli Stati in lite di rimettere al giudizio di arbitri la soluzione della controversia; b) la scelta degli arbitri; c) la risoluzione della lite mediante norme giuridiche.

Di norma, la sottoposizione di una controversia internazionale al giudizio di arbitri avviene mediante la stipula di un compromesso, nel quale vengono nominati gli arbitri e vengono fissati le questioni sulle quali gli stessi saranno chiamati a pronunciarsi, il termine entro il quale dovrà essere pronunciato il lodo e il diritto applicabile (in genere, quello internazionale).

Le Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 per la risoluzione pacifica delle controversie, nondimeno, hanno non solo introdotto norme modello per procedure arbitrali, ma altresì istituito una *Corte permanente di arbitrato* (la quale tuttavia non può inquadrarsi come una vera e propria corte, ma come un meccanismo che rende più semplice, per gli Stati contraenti, il ricorso all'*arbitrato*)²⁷.

E veniamo, infine, ai *mezzi di carattere giurisdizionale*. Accanto ai sempre più numerosi tribunali internazionali *ad hoc*, specie negli ultimi anni ²⁸, conserva tuttora un ruolo preminente la *Corte internazionale di giustizia*, succeduta nel 1946 alla Corte permanente di giustizia internazionale (che era

internazionali.

Altri strumenti diplomatici che contemplanò, invece, il coinvolgimento di soggetti terzi sono i buoni uffici (nell'ambito dei quali un terzo cerca di influenzare le parti in lite tentando di metterle in contatto e di portarle al tavolo negoziale), la mediazione (nella quale il terzo partecipa attivamente al negoziato, e talora propone informalmente ai contendenti di una possibile soluzione della controversia), la conciliazione (in cui il conciliatore predispone una formale proposta per la soluzione della lite, e al termine della procedura adotta un verbale di conciliazione in cui sono contenute osservazioni e raccomandazioni in tal senso rivolte alle parti) e la nomina di una commissione di inchiesta (nel caso in cui la controversia implichi un diverso apprezzamento dei fatti ad opera delle parti contrapposte).

Cfr. ancora F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., pp. 230 - 234.

²⁷Essa consiste infatti in una lista di persone designate – quattro per ciascuno – dagli Stati contraenti, che abbiano «notoria competenza in questioni di diritto internazionale» e la «più alta reputazione morale» e che siano «disponibili ad accettare i doveri di un arbitro» (art. XLIV della Convenzione dell'Aja del 1907). Allorché due Stati parte della Convenzione intendano instaurare una procedura arbitrale, essi potranno scegliere gli arbitri all'interno della lista.

Cfr. ancora F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., p. 236.

²⁸Sottolinea F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., pp. 227-228, che l'affacciarsi di importanti attori individuali nei rapporti internazionali, da un lato, e il ridimensionamento del volontarismo tipico del sistema di risoluzione delle controversie internazionali, dovuto al crescente condizionamento posto agli Stati dalla loro appartenenza a una comunità «globale», dall'altro, abbiano rafforzato l'opportunità di devolvere a soggetti specificamente competenti la risoluzione delle liti internazionali. L'individuazione di meccanismi di risoluzione più qualificati sul piano tecnico presenta certamente vantaggi per gli Stati, poiché non vi è il rischio che il ricorso ai medesimi possa determinare effetti di natura politica e si affievolisce «l'idea di un unico "Tribunale degli Stati", che necessariamente tende a farlo apparire come un soggetto posto... al di sopra di essi»: così F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., p. 228.

stata creata nel 1920 sotto gli auspici della Società delle Nazioni).

La Corte internazionale di giustizia, che ha sede all'Aja, costituisce *il principale organo giurisdizionale delle Nazioni Unite* e funziona in conformità allo Statuto, che forma parte integrante della Carta dell'ONU (come si legge all'art. 92 di quest'ultima)²⁹.

Essa esercita una *competenza consultiva*, su richiesta dell'Assemblea Generale o del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, e una *competenza giurisdizionale in senso stretto*, sulla quale è bene soffermarci brevemente.

Ai sensi dell'art. 34 dello Statuto, *solo gli Stati possono essere parti dinanzi alla Corte*. Non è necessario, peraltro, che gli stessi siano membri delle Nazioni Unite, ben potendo anche Stati non membri chiedere di aderire allo Statuto ai sensi dell'art. 93 § 2 della Carta ONU. Tutti i membri delle Nazioni Unite, invece, sono aderenti *ipso facto* al suddetto Statuto (anche se ciò non implica un loro assoggettamento automatico alla giurisdizione della Corte internazionale di giustizia, la quale richiede invece il loro consenso, espresso ai sensi dell'art. 36 dello Statuto medesimo)³⁰.

Particolarmente frequente è la previsione, all'interno di un trattato internazionale, dell'obbligo per le parti di assoggettarsi alla giurisdizione della Corte internazionale di giustizia, con conseguente accettazione preventiva della sua competenza: si parla, in proposito, di cd. "clausole compromissorie complete", in contrapposizione a quelle "incomplete", nelle quali gli Stati si limitavano a obbligarsi a stipulare un compromesso nel caso in cui una lite fosse effettivamente sorta³¹.

Altre volte, invece, gli Stati formulano apposite dichiarazioni unilaterali ai sensi dell'art. 36 § 2 dello Statuto della Corte – le cd. "clausole opzionali" – talora prevedendo particolari termini o condizioni, e in particolare la condizione di reciprocità³².

²⁹Essa è composta da quindici giudici, tutti di nazionalità diversa, eletti secondo una complessa procedura delineata dallo Statuto la quale non è scevra da condizionamenti di carattere politico; ciò che, appunto, ha fatto sorgere dubbi quanto alla natura davvero tecnica dell'organo giurisdizionale. La nomina dei giudici deve inoltre consentire un'adeguata rappresentatività di tutte le aree geopolitiche.

Cfr. F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., p. 239.

³⁰L'accettazione della competenza della Corte è richiesta anche laddove si tratti di accertare nei confronti dello Stato la violazione di *obligationes erga omnes*. Cfr. F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., p. 244.

³¹Cfr. ancora F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., p. 241.

³²Cfr. ancora F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., p. 242.

Quanto abbiamo appena detto evidenzia come gli Stati non abbiano un obbligo a comparire dinanzi alla Corte nel caso in cui essi non vogliano. In tal caso, la Corte medesima può tuttavia pronunciarsi su controversie tra Stati che abbiano sì accettato la sua giurisdizione ma decidano di restare contumaci (pur con le difficoltà che tale mancata cooperazione comporta, sia in relazione all'acquisizione delle prove sia in riferimento all'accettazione degli esiti delle sentenze da essa emesse).

8.6 Il caso *Belgio c. Senegal. (Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite)*

Queste necessarie premesse ci permettono di inquadrare meglio un caso recentemente sottoposto alla Corte internazionale di giustizia dal Belgio nei confronti del Senegal, il quale riguarda direttamente i temi oggetto della nostra indagine: significativamente, infatti, esso reca il titolo *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*³³.

Conviene ripercorrere brevemente la questione, sulla quale – è bene precisarlo – ancora non si è addivenuti a una pronuncia della Corte medesima³⁴.

In estrema sintesi, il regno del Belgio sosteneva che il Senegal fosse venuto meno all'obbligo di perseguire penalmente o di estradare in Belgio l'ex Presidente del Ciad, Hissène Habré, che si era reso responsabile di atti di tortura e di crimini contro l'umanità e che dal 1990 viveva, appunto, in esilio in Senegal.

A seguito dei ricorsi proposti nel gennaio 2000 da sette persone fisiche e da un'associazione non governativa (*l'Association of Victims of Political repression and Crime*)³⁵, Habré era stato sottoposto a processo a Dakar nel febbraio dello stesso anno per complicità in crimini contro l'umanità, atti di tortura e di barbarie e messo agli arresti domiciliari³⁶, per poi essere successivamente prosciolto il 4 luglio dalla Corte d'appello sulla base della considerazione che i crimini contro l'umanità non erano previsti dalla legge penale senegalese³⁷.

Tra il novembre e il dicembre 2000, un cittadino belga originario del Ciad e alcuni cittadini del Ciad avevano presentato ricorsi simili dinanzi

³³Il riassunto dettagliato della pronuncia si trova a p. 40 del *Report of the International Court of Justice 2009-2010*, reperibile sul sito ufficiale della Corte, all'indirizzo www.icj-cij.org.

Si veda altresì, in proposito, M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, pp. 158 ss.

³⁴L'udienza è stata fissata per il mese di marzo 2012.

³⁵Pareri legali qualificati avevano indirizzato la coalizione di associazioni umanitarie a scegliere quale luogo deputato per l'esercizio dell'azione penale contro Habré «lo Stato progressista del Senegal, il cui sistema giudiziario godeva di maggiore indipendenza rispetto agli altri Stati africani»: così ancora M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, p. 159.

³⁶Come rileva M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, p. 159, con tali atti «per la prima volta uno Stato terzo, il Senegal, esercitava la propria giurisdizione penale su di un capo di Stato, non più in carica, di altro Stato africano». Hissène Habré «aveva avuto la propria residenza in Ciad sino alla sua detronazione avvenuta nel 1990, cui era seguito l'esilio forzato in Senegal. Lo Stato *de quo* aveva ratificato la Convenzione internazionale contro la tortura nel 1986, implementando la fattispecie nel proprio codice penale nel 1996».

³⁷«L'avvenuta implementazione dell'articolo 5 della Convenzione contro la tortura con emendamento dell'articolo 288 del codice di diritto penale non sembrava base sufficiente per l'esercizio della giurisdizione penale. A parere del giudice di secondo grado sarebbe stato necessario modificare anche l'articolo 669 del codice di procedura penale, disponendo espressamente l'applicazione del principio di giurisdizione universale»: cfr. ancora M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, p. 160.

alle corti belghe, e sin dalla fine del 2001 le autorità giurisdizionali belghe avevano richiesto vari atti investigativi alle omologhe autorità senegalesi, per poi emettere nel settembre del 2005 un mandato d'arresto internazionale nei confronti di Habré, cui queste ultime non avevano dato alcun seguito.

Nel febbraio 2007, peraltro, il Senegal aveva introdotto nel proprio ordinamento penale i crimini di genocidio, di guerra e contro l'umanità, ma aveva addotto non meglio precisate difficoltà finanziarie a sostegno della propria decisione di non sottoporre Habré a giudizio.

Particolarmente interessanti, ai fini della nostra indagine, i motivi del ricorso: il Belgio si doleva della circostanza che, decidendo di non perseguire penalmente Habré e di non estradarlo, il Senegal avesse violato gli artt. 5 § 2, 7 § 1, 8 § 2 e 9 § 1 della Convenzione ONU contro la tortura del 1984³⁸, di cui entrambi gli Stati erano parti, e così pure la norma di diritto internazionale consuetudinario che impone di punire le gravi violazioni del diritto umanitario.

Quanto alla *giurisdizione della Corte internazionale di giustizia*, essa si fondava, da un lato, sulla dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte fatta dalle Parti contraenti ai sensi dell'art. 36 § 2 dello Statuto della Corte, rispettivamente, nel giugno del 1958 (Belgio) e nel dicembre del 1985 (Senegal), e, dall'altro, sulla cd. *clausola compromissoria completa* contenuta all'art. 30 della citata Convenzione contro la tortura (che prevede l'intervento della Corte internazionale di giustizia in tutte le controversie concernenti l'interpretazione e l'applicazione della medesima che non abbiano potuto essere risolte tramite negoziati o arbitrati, e che certamente poteva essere invocata nel caso di specie poiché il negoziato era fallito nel giugno 2006 e l'arbitrato successivamente intentato non aveva avuto miglior sorte).

Senza entrare nel merito della questione (che, come abbiamo anticipato, è ancora in attesa di essere definita dalla Corte dell'Aja) possiamo affermare che la sola proposizione di un simile ricorso appare *di per sé* particolarmente significativa: da essa si desume inequivocabilmente, infatti, che gli obblighi sovranazionali di tutela penale *sono giustiziabili sul piano internazionale*, e che, a differenza di quanto si potrebbe forse pensare, la prassi internazionale *non annovera esclusivamente casi di acquiescenza* a fronte delle violazioni degli stessi³⁹.

Il caso è ancor più interessante, poi, per il fatto che lo Stato precedente era uno *Stato terzo*, rispetto al quale i crimini di diritto internazionale che

³⁸Si veda il § 1.16 del primo capitolo.

³⁹Non pare di potersi ad esempio escludere, allo stato, che l'Italia decida di adire la Corte internazionale di giustizia in relazione alla mancata estradizione dal Brasile del terrorista Cesare Battisti: le ripetute affermazioni del Presidente della Repubblica Napolitano e dell'allora Ministro degli Esteri Frattini lasciano, anzi, intendere che iniziative in tal senso verranno effettivamente prese nel prossimo futuro.

Si veda in proposito *Battisti, rigettato il ricorso dell'Italia. Brasilia vota per la scarcerazione*, in *Corriere della Sera*, 8 giugno 2011.

venivano in rilievo non presentavano alcun criterio di collegamento, e che dunque ha agito sulla base della propria *giurisdizione universale*.

Il che – al di là delle perplessità che, in generale, circondano modelli di giurisdizione universale come quello belga e quello spagnolo, che consentono l'esercizio della giurisdizione penale «*contre toute personne accusée de graves crimes internationaux, sans pour autant exiger au préalable que la personne se trouve, ne serait-ce que de passage, sur le territoire*»⁴⁰ – dimostra quanto possa essere rilevante il ruolo degli Stati per rendere effettive le prescrizioni poste dal diritto internazionale.

Solo nella misura in cui i giudici interni realmente esercitino la loro «*fonction de gardiens des valeurs universelles*»⁴¹, infatti, il divario tra la *law-in-the-books* e la *law-in-action* potrà essere, gradualmente, colmato.

Perché ciò accada, è tuttavia necessario un preventivo intervento del legislatore nazionale, e più specificamente l'introduzione di una norma simile a quella dell'ordinamento tedesco⁴², o che comunque preveda un'ipotesi di *mandatory universal jurisdiction* condizionata alla presenza del presunto autore del crimine internazionale sul territorio dello Stato procedente e subordinata alla mancata richiesta di estradizione da parte dello Stato nel cui territorio il crimine è stato commesso⁴³.

La ragione profonda che milita in favore di tale impostazione era già stata enunciata efficacemente da Grozio nel XVII secolo: i crimini internazionali possono essere puniti da qualunque Stato, dal momento che essi offendono *l'intera comunità internazionale*.

E, come rileva acutamente Antonio Cassese, «*aujourd'hui, nous pouvons revenir aux idées de Grotius, car nous avons une sorte de nouveau droit naturel, mais c'est du droit positif cette fois-ci: ce sont les normes impératives du droit International, qui consacrent des valeurs fondamentales auxquelles tous les États doivent s'en tenir*»⁴⁴.

Accanto a questa ragione di tipo ideale, tuttavia, ve ne sono altre di carattere eminentemente pratico.

In primo luogo, l'esercizio obbligatorio della giurisdizione universale riduce, se non addirittura elimina, il rischio dell'impunità, «*car le juge étranger se*

⁴⁰Così, efficacemente, A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., p. 22, al quale si rinvia per l'analisi dei profili problematici delle ipotesi di giurisdizione universale *in absentia*.

⁴¹Così ancora A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., p. 25.

⁴²Si veda in proposito A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., p. 19, nt. 1.

⁴³In questo senso, A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., p. 19.

⁴⁴Così ancora A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., p. 20.

L'autore rileva come, in quest'ottica, possa essere superata l'obiezione mossa da Beccaria al principio di territorialità, che si fondava essenzialmente sul fatto che era giusto che il delitto, inteso come rottura del patto sociale, fosse punito solamente nel luogo in cui tale patto era stato infranto.

Cfr. in proposito C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, cap. XXIX (il riferimento è, naturalmente, alla prima edizione).

substitutie au juge territorial défaillant»⁴⁵.

In secondo luogo, la previsione di un'ipotesi di giurisdizione universale ridimensiona notevolmente il potere delle autorità nazionali di rifiutare allo Stato precedente l'assistenza richiesta, con evidenti implicazioni positive per quel che concerne l'effettività del sistema internazionale di cooperazione di polizia e giudiziaria⁴⁶.

Lungi dal trasformarsi in «cavalieri erranti della natura umana» «*qui redresseraient les torts les plus graves partout dans le monde*» – secondo la celebre immagine attribuita a Beccaria e ripresa, appunto, da Cassese – nell'esercizio della giurisdizione universale i giudici nazionali «*seraient chargés d'agir comme organes de la communauté internationale, comme gardiens et défenseurs des valeurs fondamentales de cette communauté*»⁴⁷.

Con ciò non si vuole in alcun modo negare l'importanza delle giurisdizioni internazionali (e *in primis* della Corte penale internazionale), ma semplicemente sottolineare come lo sradicamento dell'impunità per i crimini internazionali richieda anche una *collaborazione fattiva delle magistrature nazionali* (le quali, beninteso, potranno agire in tal senso *soltanto laddove il legislatore nazionale abbia dato loro gli strumenti per farlo*: il che, ad esempio, non è avvenuto nel nostro ordinamento, dove il progetto di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale sembra essere finito su un binario morto).

8.7 I regimi speciali di responsabilità e i tribunali internazionali specializzati

Accanto al sistema generale della responsabilità internazionale che abbiamo brevemente delineato nei paragrafi precedenti, esistono poi «sistemi giuridici speciali di diritto internazionale (variamente denominati come sottosistemi, sistemi oggettivi, autonomi, o “*self-contained*” di diritto internazionale), nei quali le norme primarie sono collegate a speciali regole secondarie relative alla responsabilità che deriva dalla loro violazione, in modo tale che la violazione delle norme primarie appartenenti al sottosistema comporta le conseguenze da questo previste e non le conseguenze generali»⁴⁸.

L'art. 55 del Progetto elaborato dalla Commissione ONU del diritto internazionale esplicitamente ammette la costruzione dei suddetti sistemi; e a tali conclusioni non si sarebbe potuto d'altronde sfuggire sulla base del carattere *derogabile* delle norme sulla responsabilità internazionale e della

⁴⁵Così A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., p. 21.

⁴⁶A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., p. 21, cita a questo proposito l'ordinanza del 23 gennaio 1997 del giudice spagnolo Garzon. Si veda, in particolare, la nota 3.

⁴⁷Così A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., p. 24.

⁴⁸Cfr. sul punto L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 283.

considerazione per cui è ben possibile che un trattato internazionale, oltre a stabilire determinati obblighi in norme “primarie”, definiscano anche le conseguenze della violazione dei medesimi introducendo a tal scopo norme “secondarie” distinte da quelle previste dal diritto internazionale generale⁴⁹.

Di qui la considerazione che *la Corte internazionale di giustizia non è l'unico tribunale internazionale*: gli ultimi anni hanno visto, anzi, un proliferare di questi ultimi in forma permanente o semipermanente⁵⁰.

Il fenomeno ha riguardato, in primo luogo, i tribunali internazionali sorti nel settore della protezione dei diritti umani: la *Corte europea dei diritti dell'uomo* e, successivamente, la *Corte interamericana* e la Corte africana dei diritti dell'uomo.

Ma esso ha coinvolto anche il settore del diritto internazionale penale, con l'istituzione dei Tribunali per i crimini commessi, rispettivamente, nella *ex Jugoslavia* e in Ruanda, e naturalmente della *Corte penale internazionale* (i quali tuttavia – è bene precisarlo – non si occupano di accertare la responsabilità internazionale dello Stato, ma la responsabilità penale individuale dei presunti autori dei crimini di diritto internazionale).

E ancora, non si possono non menzionare il *Tribunale internazionale del diritto del mare*, con sede ad Amburgo, istituito con la *Convenzione ONU di Montego Bay sul diritto del mare* del 1982, e il *panel* di esperti cui sono devolute le controversie commerciali insorte tra gli Stati parti dell'OMC, previsto dal *Dispute Settlement Understanding*.

A livello regionale, poi, la *Corte di giustizia dell'Unione europea* rappresenta un tribunale internazionale *sui generis*, posto che – accanto alle specifiche competenze che attengono all'accertamento delle eventuali violazioni dei Trattati da parte degli Stati membri – essa svolge anche «una funzione (...) più facilmente riconducibile a quella di un giudice interno, sia pur di ultima istanza»⁵¹.

Nei paragrafi successivi guarderemo più da vicino, date le relevantissime implicazioni che essi hanno per il nostro Paese, i regimi speciali di responsabilità delineati dal Trattato dell'Unione europea e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, da un lato, e dallo Statuto del Consiglio d'Europa e dalla CEDU, dall'altro, senza perdere di vista lo scopo ultimo di questa pur necessaria digressione: verificare, cioè, se e in che misura gli obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria siano giustiziabili sul piano internazionale, nei rispettivi ambiti di applicazione degli strumenti ora menzionati.

A questo proposito, in particolare, non potremo esimerci dal delineare sinteticamente le modalità di funzionamento degli organi giurisdizionali pre-

⁴⁹ Così ancora L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, cit., p. 283.

⁵⁰ Cfr. F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., p. 248.

⁵¹ Cfr. ancora F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, cit., p. 249.

posti all'accertamento della responsabilità dello Stato e di esecuzione delle rispettive sentenze.

8.7.1 Il sistema dell'Unione europea e il ruolo della Corte di giustizia. In particolare, il procedimento per infrazione

E veniamo dunque alla *Corte di giustizia dell'Unione europea*, un'istituzione di carattere unitario, comprensiva al suo interno della Corte di giustizia in senso stretto (sulla quale il nostro interesse di penalisti e la circostanza che essa giudica dei ricorsi più importanti ci consentono di focalizzare l'attenzione in maniera esclusiva), il Tribunale e i Tribunali specializzati (tra i quali figura il Tribunale della funzione pubblica europea)⁵².

Fra le numerose competenze della Corte, quella che più da vicino ci interessa è la competenza a conoscere dei *ricorsi per inadempimento* proposti, rispettivamente ai sensi degli artt. 258 e 259 TFUE dalla Commissione o da qualsiasi Stato membro, e aventi ad oggetto appunto la violazione degli obblighi degli Stati membri derivanti dai trattati e dagli atti vincolanti delle istituzioni.

L'inottemperanza agli obblighi di tutela penale (*sub specie* di obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria, poco importa) *potrebbe dunque portare all'attivazione di una procedura giurisdizionale* dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione, volta a verificare se, nel caso di specie, sussistano gli estremi di una responsabilità internazionale dello Stato; procedura che, significativamente, è più conosciuta nella prassi come «procedura di infrazione».

Non si può dimenticare, a questo proposito, come la celebre sentenza della Corte di giustizia delle allora Comunità europee sul caso del *mais greco* originasse proprio da una *procedura per infrazione*, nella quale la Commissione tra l'altro contestava alle autorità elleniche di non aver avviato «i procedimenti penali o disciplinari previsti dall'ordinamento interno» nei confronti degli autori di una frode ai danni del bilancio comunitario e «di quanti avevano collaborato a perpetrarla o ad occultarla»⁵³.

⁵²Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 13.

⁵³Corte di giustizia CEE, sent. 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia* (causa C-68/88).

Il riassunto della complessa vicenda è contenuto al § 2 della sentenza: «Alla fine del 1986 la Commissione, dopo aver condotto un'approfondita inchiesta avviata a seguito di informazioni acquisite, è giunta alla conclusione che due carichi di granoturco esportati dalla Grecia in Belgio dalla società ITCO, nel maggio 1986, erano costituiti, in realtà, da granoturco importato dalla Jugoslavia, mentre erano stati ufficialmente dichiarati dalle autorità elleniche come granoturco di origine greca. Non era stato applicato, quindi, alcun rilievo agricolo, destinato al finanziamento delle risorse proprie della Comunità. Secondo la Commissione, detta frode sarebbe stata perpetrata grazie alla complicità di alcuni funzionari greci, mentre diversi funzionari avrebbero preparato, a posteriori, documenti falsi e rilasciato dichiarazioni non veritiere nel tentativo di dissimulare la frode stessa».

Benché il Trattato sul funzionamento dell'Unione preveda la legittimazione attiva sia della *Commissione*, sia di qualunque *Stato membro*, lo Stato che intenda adire la Corte di Giustizia perché ritiene che *un altro Stato membro* abbia violato gli obblighi derivanti dalle fonti primarie o secondarie dell'UE deve prima necessariamente *rivolgersi alla Commissione, a pena di irricevibilità*, e potrà presentare ricorso solo laddove la Commissione, con parere motivato: a) affermi di non ritenere fondate le motivazioni su cui si basa la richiesta dello Stato, o b) non sia in grado di assumere una posizione in proposito, o ancora c) dichiari di voler appoggiare la tesi dello Stato cui l'inadempimento è imputato. Se, invece, la Commissione nel proprio parere dimostri di condividere la tesi dello Stato ricorrente, la procedura seguirà grossomodo lo stesso *iter* di quella introdotta dalla Commissione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

E' questa, per vero, l'ipotesi più frequente, che si contraddistingue per la successione di *due fasi distinte*: quella *precontenziosa*, caratterizzata da una lettera di messa in mora con cui la Commissione contesta allo Stato la violazione dei propri obblighi e fissa un termine per la presentazione di osservazioni in proposito, e che si conclude con l'emissione di un parere motivato indirizzato allo Stato medesimo, nel quale la Commissione sottolinea l'inadempimento e invita lo Stato a conformarsi agli obblighi discendenti dai Trattati per porvi fine; e quella *contenziosa*, che prende avvio laddove lo Stato non si sia conformato in tempo utile al parere motivato, sempre che la Commissione decida di adire la Corte⁵⁴.

Nel caso in cui la Corte constati che lo Stato convenuto sia in effetti venuto meno agli obblighi discendenti dalle fonti UE, essa pronuncerà una *sentenza di mero accertamento* dell'intervenuta violazione. Ai sensi dell'art. 260 TFUE, nondimeno, tale sentenza fa sorgere in capo allo Stato inadempiente *un nuovo obbligo giuridico di dare esecuzione alla sentenza della Corte*, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui lo stesso non vi si conformi, possa essere instaurata una nuova procedura di infrazione, all'esito della quale – se lo Stato persiste nell'inadempimento – la Corte potrà condannarlo al pagamento di una somma forfettaria o di una penalità.

La circostanza che quest'ultima sia, spesso, assai gravosa per le finanze statali attribuisce alla procedura delineata dagli artt. 258-260 TFUE *un carattere dissuasivo ben più intenso rispetto agli strumenti tradizionali disponibili nel panorama internazionale*⁵⁵.

⁵⁴E' bene rilevare come non sussista alcun obbligo della Commissione in proposito, tanto che se la stessa decidesse di non procedere dinanzi alla Corte non si accoglierebbe un ricorso in carenza ai sensi dell'art. 265 TFUE.

E' appena il caso di osservare, poi, come l'oggetto del ricorso alla Corte non sia l'innosservanza del parere motivato, ma l'inadempimento dello Stato agli obblighi di fonte UE, e che la non conformità ai *dicta* della Commissione sia soltanto un presupposto per l'instaurazione della fase propriamente contenziosa.

⁵⁵Così, F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 15.

Come abbiamo già rilevato nel capitolo dedicato al diritto delle istituzioni europee, il presidio del ricorso per inadempimento è stato esteso agli atti a connotazione penalistica *soltanto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*: in precedenza, infatti, le iniziative di armonizzazione in materia di diritto e procedura penale erano veicolate *non da direttive ma da decisioni-quadro*, la cui violazione non esponeva lo Stato ad alcuna sanzione proprio perché le stesse erano sottratte al controllo sul relativo adempimento da parte della Corte di giustizia. L'unica eccezione era costituita, naturalmente, dalle direttive emanate a seguito delle importanti prese di posizione dei giudici di Lussemburgo del settembre 2005 e dell'ottobre 2007, che hanno appunto anticipato le novità introdotte dal Trattato di Lisbona.

E' ragionevole attendersi, dunque, che la Commissione avvii nel prossimo futuro procedure per infrazione nei confronti degli Stati che non abbiano provveduto ad adempiere agli obblighi di tutela penale discendenti dalle direttive a connotazione penalistica, e che – proprio in virtù del timore dell'apertura di una procedura per infrazione nei loro confronti – anche i Paesi più riluttanti si mostreranno, in futuro, più solleciti a rispondere agli *input* provenienti dagli atti dell'Unione, anche nella materia penale.

Un ultimo rilievo attiene, infine, alla possibilità che la violazione degli obblighi di criminalizzazione espressi in termini negativi sia data dal contrasto della normativa interna (precedente o sopravvenuta è indifferente dal punto di vista del diritto di fonte UE, in ragione del primato di quest'ultimo) con le norme primarie o secondarie emanate dalle istituzioni europee.

Ora, laddove i giudici interni non siano persuasi dell'interpretazione da dare alle norme europee e/o dell'esistenza di un'antinomia tra diritto interno e diritto nazionale – eventualità, questa, tutt'altro che remota nella prassi applicativa – essi potranno adire la Corte di giustizia dell'Unione sperando il rimedio del rinvio pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 267 § 4 TFUE (in particolare domandando, nel secondo caso, se la norma pertinente del diritto UE osti a una normativa nazionale come quella che essi sarebbero tenuti ad applicare nel caso di specie)⁵⁶.

In questo caso, la sentenza interpretativa emessa dalla Corte avrà effetti *erga omnes* ed *ex tunc*, e vincolerà il giudice del giudizio *a quo* a disapplicare la norma interna contrastante con quella europea (salva, tuttavia, la possibilità per la Corte di rivedere in qualsiasi momento la propria linea interpretativa e/o di limitare eccezionalmente gli effetti nel tempo della propria pronuncia stabilendo che essa debba avere efficacia soltanto *ex nunc*).

⁵⁶Cfr. ancora F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 14.

L'Autore osserva, peraltro, come il suddetto strumento «andrebbe azionato con un doveroso senso di *self-restraint*, per evitare che il casellario della Corte venga inutilmente affollato da questioni che potrebbero essere agevolmente risolte dal giudice interno, che è – dopo tutto – chiamato, in qualità di primo giudice del diritto UE, ad applicare direttamente questo diritto, nel rispetto dei suoi principi e dei suoi canoni ermeneutici».

8.7.2 Il sistema delineato dallo Statuto del Consiglio d'Europa e dalla CEDU. In particolare, il problema dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU

Conviene rilevare anzitutto – sulla scorta delle osservazioni di Francesco Viganò – come vi sia una discrasia tra le sfere d'azione del Consiglio d'Europa (che ha lo scopo di promuovere e garantire su tutto il continente europeo i *diritti umani*, la *democrazia* e lo *Stato di diritto*) e le competenze attribuite alla Corte di Strasburgo, che è appunto l'organo giurisdizionale del Consiglio d'Europa: la Corte, infatti, è stata istituita dall'art. 19 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo allo scopo di assicurare il rispetto, da parte degli Stati membri, degli obblighi scaturenti *dalla Convenzione medesima e dai Protocolli addizionali a quest'ultima*, mentre non svolge questa preziosa funzione negli altri due settori nei quali pure si è andata sviluppando l'attività normativa del Consiglio d'Europa (rispetto della democrazia e *rule of law*), e non può pertanto conoscere delle violazioni degli obblighi promananti dagli atti emanati nell'ambito di questi ultimi (che pure condizionano in misura rilevante l'esercizio dello *jus puniendi* da parte degli Stati membri)⁵⁷.

Ai sensi dell'art. 32 della Convenzione, la Corte ha infatti la competenza a giudicare *su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione medesima e dei suoi Protocolli*.

Quanto alla legittimazione attiva, possono lamentare la violazione degli obblighi derivanti dai suddetti strumenti *non solo gli Stati parte* (secondo il modello tradizionale della responsabilità internazionale degli Stati, ripreso dall'art. 33 CEDU), ma anche – in base all'innovativa disposizione introdotta dall'art. 34 CEDU – *le persone fisiche o giuridiche* che assumano di essere state vittima della suddetta violazione, purché abbiano prima esperito tutti i mezzi di ricorso (effettivi) disponibili a livello nazionale e adiscano la Corte entro i sei mesi dalla decisione interna definitiva (art. 35 CEDU)⁵⁸.

La carica innovativa delle disposizioni ora menzionate è evidente: «per la prima volta nell'ambito del diritto internazionale» – rileva Viganò – «si afferma così il (rivoluzionario) principio che uno Stato può essere convenuto avanti a un tribunale, per rispondere delle violazioni dei propri obblighi convenzionali concernenti i diritti umani, da parte di *qualsiasi individuo, non importa se cittadino dello Stato resistente o di altro Stato, firmatario o meno della Convenzione*»⁵⁹.

Merita menzione, a questo proposito, l'art. 41 CEDU, il quale delinea la sentenza della Corte EDU come una sentenza che – volendo utilizzare le categorie processualcivilistiche – potremmo definire al contempo di *mero accertamento* («Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli», esordisce infatti la norma) e di *condanna* (poiché la

⁵⁷ Cfr. ancora F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., pp. 4 ss.

⁵⁸ Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., pp. 4-6.

⁵⁹ Così F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 6.

stessa prosegue affermando che «se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa»).

Il carattere ibrido delle sentenze della Corte è peraltro enfatizzato dalla circostanza che negli ultimi anni – e in particolare a partire dalla pronuncia della grande camera nel caso *Scordino c. Italia (n. 1)* del marzo 2006⁶⁰ – la Corte abbia talvolta intimato allo Stato convenuto l'adozione di *misure individuali* volte a riparare alle conseguenze dell'accertata violazione, e – a partire dal caso *Broniowski c. Polonia* del giugno 2004⁶¹ – abbia talaltra ingiunto allo Stato resistente di adottare misure generali per porre fine a violazioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che presentavano carattere sistemico (sia che fossero determinate dalla *legislazione* dello Stato, sia che trovassero la loro causa in *prassi amministrative* o nell'*interpretazione giurisprudenziale* di disposizioni di per sé compatibili con i suddetti strumenti)⁶².

Analogamente a quanto abbiamo visto a proposito della procedura per infrazione nell'ambito del diritto di fonte UE, l'art. 46 § 1 CEDU sancisce in capo agli Stati membri l'obbligo (positivo) di conformarsi alle sentenze definitive nelle controversie delle quali sono parti; il punto è, però, che *non esistono mezzi di pressione indiretti* per indurre gli Stati firmatari della Convenzione a dare effettivamente esecuzione alle sentenze della Corte EDU come quelli previsti, invece, dagli artt. 258-260 TFUE per le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea.

E' vero che il *Protocollo n. 14* ha attribuito al Comitato dei Ministri – cui è demandata la supervisione sull'esecuzione delle sentenze della Corte – il compito di investire la Corte medesima di tutte le questioni relative all'interpretazione delle stesse e, soprattutto, di avviare *una sorta di "procedura di infrazione"* per ottenere da quest'ultima un'ulteriore sentenza che accerti che lo Stato convenuto non si è conformato al precedente *dictum* della stessa, come presupposto per l'applicazione di ulteriori "misure" nei suoi confronti; ma poiché il quadro istituzionale del Consiglio d'Europa non attribuisce alcuna potestà sanzionatoria al Comitato dei Ministri, tali misure non potranno che consistere in *ulteriori pressioni politiche* nei confronti dello Stato inadempiente (in particolare, nella forma di risoluzioni del Comitato dei Ministri che reiterino la richiesta di provvedere entro un determinato termine all'esecuzione della sentenza o di giustificare le ragioni del perdurante ritardo)⁶³.

A onor del vero, l'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa prevede che, nel caso in cui uno Stato membro abbia commesso gravi violazioni dell'art.

⁶⁰Corte EDU, grande camera, sent. 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97, *Scordino c. Italia (n. 1)*.

⁶¹Corte EDU, grande camera, sent. 22 giugno 2004, ric. n. 31443/96, *Broniowski c. Polonia*.

⁶²Cfr. ancora F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 6.

⁶³Così F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 7.

3 (che consacra i principi dello Stato di diritto e della garanzia dei diritti umani e delle libertà fondamentali), lo stesso possa essere *sospeso dal diritto di rappresentanza e invitato dal Comitato dei Ministri a recedere o venire addirittura espulso dal Consiglio d'Europa*. Si tratta nondimeno di un potere che finora non è (comprensibilmente) mai stato esercitato, neppure a fronte delle violazioni massive dei diritti umani perpetrate dalle autorità russe in Cecenia o della politica repressiva adottata dalla Turchia nei confronti dei membri del PKK. E' giocoforza concludere, dunque, che l'esecuzione delle pronunce della Corte resti in ultima analisi «affidata alla buona volontà degli Stati membri»⁶⁴.

Bisogna, peraltro, rilevare come l'*esecuzione spontanea* delle sentenze della Corte sia assai frequente, talvolta anche al di là dei limiti indicati dall'art. 46 (che come abbiamo visto afferma la forza vincolante delle sentenze della Corte *solo una volta che queste abbiano acquisito carattere definitivo e nei confronti dello Stato convenuto*).

Basti pensare, a titolo esemplificativo, al d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, convertito, con modificazioni, in l. 22 aprile 2005 n. 60, attraverso il quale il nostro Paese ha dato seguito alla sentenza (non definitiva) resa dalla Corte nel caso *Sejdovic*⁶⁵, modificando la disciplina del processo contumaciale ritenuta a Strasburgo irrispettosa dei canoni del *fair trial* che nel sistema convenzionale trovano il loro referente normativo nell'art. 6 CEDU⁶⁶.

Al punto che – seppur in una prospettiva più attenta alla procedura penale che non al diritto penale sostanziale – Oliviero Mazza è giunto a ipotizzare la contemporanea operatività di «un adeguamento *spontaneo e preventivo*, sempre legato a carenze strutturali dell'ordinamento» e di «un adeguamento *coattivo e successivo*, correlato alla necessità di dare attuazione a una sentenza di condanna [con la quale la Corte EDU ha stabilito l'iniquità di uno specifico processo]»⁶⁷.

Torneremo su questi profili tra breve, quando andremo ad occuparci della giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale sul piano del diritto interno. Prima, però, pare opportuno concludere la parte di questo capitolo dedicata alla giustiziabilità dei suddetti obblighi sul fronte del diritto internazionale con alcune considerazioni di ordine generale.

⁶⁴Così F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 7.

⁶⁵Corte EDU, sent. 10 novembre 2004, ric. n. 56581/00, *Sejdovic c. Italia*, alla quale ha poi fatto seguito la pronuncia (definitiva) della grande camera in data 1° marzo 2006 (e dunque dopo che il nostro legislatore aveva proceduto all'adeguamento spontaneo alla sentenza di prima istanza).

⁶⁶Cfr. sul punto O. MAZZA, *La procedura penale*, in F. VIGANÒ – O. MAZZA (a cura di), *Europa e diritto penale*, numero speciale di *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 38.

⁶⁷Così O. MAZZA, *La procedura penale*, cit., pp. 35 ss.

8.8 La giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale sul piano internazionale: considerazioni conclusive

Una prima considerazione di carattere generale attiene alla sempre maggior rilevanza dei regimi speciali di responsabilità rispetto a quello generale, almeno per quel che concerne l'ottemperanza agli obblighi sovranazionali di tutela penale (che costituisce, appunto, l'oggetto della nostra indagine).

Non si può non rilevare, infatti, come una nutrita percentuale dei suddetti obblighi discendano, per lo Stato italiano, proprio dalle fonti normative della "piccola" e della "grande Europa"⁶⁸, e come tali soggiacciano alle "norme secondarie" delineate nell'ambito di questi ultimi. Il che si traduce – almeno per quanto riguarda il sistema dell'UE, ma in misura minore anche per quello che gravita attorno alla CEDU – in una più accentuata giustiziabilità degli stessi sul piano del diritto internazionale, dal momento che i regimi speciali di responsabilità si mostrano per molti versi più efficaci di quello generale.

E' da tenere presente, peraltro, che negli ultimi anni la Corte di Strasburgo ha sempre più spesso fatto ricorso a *strumenti internazionali adottati al di fuori dell'ambito del Consiglio d'Europa* per determinare lo *standard* di tutela offerto dalle norme della CEDU e dei suoi Protocolli addizionali, non di rado finendo per "sanzionare" le violazioni dei primi come altrettante violazioni di questi ultimi.

Un esempio paradigmatico è dato dalla sentenza *M.S.S. c. Grecia e Belgio* del gennaio 2011⁶⁹, con cui la Corte EDU ha per così dire riletto la propria consolidata giurisprudenza in tema di art. 3 CEDU sul principio cd. di *non-refoulement* anche alla luce dell'art. 13 della *direttiva 2003/9/CE recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, giungendo per tale via alla condanna degli Stati convenuti. Ma si può ritenere che, quando la Corte si troverà ad affrontare la questione dell'inadeguatezza della normativa penale italiana a reprimere atti di tortura, pronunciandosi sul ricorso proposto da alcuni degli arrestati e dei fermati di Bolzaneto nel settembre 2010, essa non vorrà certamente prescindere dall'art. 5 della Convenzione ONU per la prevenzione e la repressione della tortura, che sancisce un obbligo di criminalizzazione espresso.

Può dunque darsi il caso che i giudici di Strasburgo intervengano per *sanzionare indirettamente* le violazioni degli obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale (e più raramente di cooperazione giudiziaria in materia penale) *previsti da altri strumenti internazionali*; con gli ovvi problemi che

⁶⁸Cfr. per questa terminologia F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 4.

⁶⁹Corte EDU, grande camera, sent. 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. c. Grecia e Belgio*, sulla quale cfr. L. BEDUSCHI, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it.

ciò può porre laddove lo Stato convenuto non abbia ratificato i suddetti strumenti.

Una seconda considerazione attiene, invece, alla *ridefinizione dei rapporti tra responsabilità internazionale dello Stato per la violazione degli obblighi di tutela penale*, da un lato, e *responsabilità penale individuale*, dall'altro, cui sembra portare l'evoluzione complessiva del sistema di giustizia internazionale.

E' certamente vero che queste due forme di responsabilità hanno *natura e funzioni distinte*, e che – nel panorama internazionale – solo i tribunali penali internazionali (ovverosia la Corte penale internazionale e i suoi più o meno lontani “precursori”) giudicano sulla responsabilità penale dell'individuo. Eppure, la linea di demarcazione tra l'una e l'altra sembra assai meno netta di quanto non fosse in passato (o, se si preferisce, i punti di contatto tra questi due diversi paradigmi sono molto più evidenti che un tempo).

Ciò accade – ci pare – essenzialmente per due ordini di ragioni:

- a) per un verso, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte di San José spesso registra violazioni della CEDU e della CADU (e dunque accerta la responsabilità internazionale degli Stati convenuti) *proprio in relazione alla mancata persecuzione penale e/o punizione degli autori di gravi violazioni dei diritti fondamentali*;
- b) per altro verso, la stessa giurisprudenza frequentemente individua *proprio nella persecuzione penale e nell'effettiva punizione* degli autori delle suddette *gross violations* uno degli strumenti attraverso i quali lo Stato può in qualche misura porre rimedio alle lesioni dei diritti umani di cui si è reso responsabile⁷⁰.

Si tratta, com'è evidente, di due facce della stessa medaglia: *a monte* sta la violazione dell'obbligo di persecuzione penale da parte dello Stato, la quale determina la sua responsabilità; *a valle* si colloca invece l'ottemperanza a quello stesso obbligo come strumento di riparazione della violazione medesima (che come abbiamo visto costituisce, appunto, una delle conseguenze dell'illecito internazionale).

Quel che emerge con chiarezza nel settore della *human rights law*, dunque, è che, per quanto le due Corti dei diritti siano chiamate ad accertare esclusivamente la responsabilità dello Stato, le implicazioni delle loro pronunce sulla

⁷⁰Ciò è stato ben esplicitato da Corte EDU, grande camera, sent. 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* (ric. n. 22978/05), in cui al ricorrente, minacciato di tortura durante un interrogatorio, è stato riconosciuto lo status di “vittima” ex art. 34 Cedu in ragione del fatto che: a) la condanna degli agenti a pene pecuniarie di modesta entità, peraltro condizionalmente sospese, fosse manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità della violazione di un diritto fondamentale come quella da essi perpetrata, e non si mostrasse idonea ad esplicitare un adeguato effetto deterrente; b) gli agenti non fossero stati sospesi dal servizio, ma solo trasferiti; c) a oltre tre anni di distanza dall'instaurazione del procedimento amministrativo per ottenere il risarcimento del danno subito, non fosse stata ancora celebrata alcuna udienza.

responsabilità penale degli individui sono notevolissime, così che davvero non è possibile non tenerle in adeguata considerazione.

Un ultimo rilievo conclusivo riguarda, infine, i rapporti tra il grado di *giustiziabilità* e il grado di *legittimazione* degli obblighi sovranazionali di tutela penale sanciti *in via pretoria*.

L'impressione è, infatti, che i due fattori siano legati da un *rapporto di proporzionalità diretta*, sicché ad un elevato livello di giustiziabilità fa da contraltare un parimenti elevato livello di legittimazione, e viceversa.

Si pensi, ad esempio, alle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee prima e dell'Unione poi che hanno affermato obblighi di criminalizzazione (a partire da quella, ormai lontana, sul mais greco, per finire con le due sentenze "gemelle" del settembre 2005 e dell'ottobre 2007 sull'esercizio dello *jus puniendi* mediante atti di primo pilastro): il grado di accettazione di pronunce come queste, che pure avevano un impatto rivoluzionario nel momento in cui sono state rese, è stato ben maggiore di quello che ci si sarebbe potuti attendere, forse proprio perché era diffusa la consapevolezza che, attraverso la procedura per infrazione, la Corte di Lussemburgo avrebbe in futuro potuto effettivamente sanzionare gli Stati che non si fossero tempestivamente conformati ai suoi obblighi.

All'opposto, la dottrina penalistica si mostra assai più riluttante a riconoscere la legittimazione della Corte europea dei diritti dell'uomo a rivolgere agli Stati richieste di tutela penale anche perché – a differenza della Corte di giustizia – *essa non ha alcun potere di imporre conseguenze sanzionatorie agli Stati inadempienti*, ai quali in definitiva spetta l'ultima parola riguardo alle scelte in materia di politica criminale⁷¹.

Tutto ciò potrebbe apparire sorprendente, se sol si considera che gli obblighi di criminalizzazione e di persecuzione penale sinora sanciti dalla Corte di Strasburgo sono stati affermati alla luce dell'esigenza di tutelare *i più fondamentali tra i diritti fondamentali*, e mirano ad intercettare un numero incomparabilmente più limitato di condotte rispetto a quanto non facciano quelli, di portata ben più ampia, enunciati dalla Corte di Lussemburgo.

8.9 La giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale sul piano del diritto interno

E veniamo ora ad occuparci dei profili della giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale *sul piano del diritto interno*, individuando per ciascuna delle categorie che abbiamo enucleato nel capitolo dedicato

⁷¹Una seconda ragione del minor grado di legittimazione di cui godono gli interventi in materia penale della Corte EDU rispetto a quelli della Corte di giustizia va poi ricercata, con ogni probabilità, *nel più accentuato livello di politicità percepito nelle decisioni della prima* e, viceversa, nel maggior grado di tecnicismo che – probabilmente a ragione – si ritiene caratterizzi quelle della seconda.

alla sistematica – obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale – altrettanti attori istituzionali ai quali compete l'attuazione degli stessi.

8.9.1 La giustiziabilità degli obblighi di criminalizzazione

Cominciamo, dunque, dagli *obblighi di criminalizzazione* enunciati *in termini positivi*: è evidente che, a fronte della richiesta di introdurre norme incriminatrici a tutela di determinati interessi o valori, o di estendere l'ambito di applicazione o di inasprire il trattamento sanzionatorio di fattispecie già esistenti, è precluso qualsiasi intervento di supplenza da parte dei giudici ordinari e costituzionali. In virtù del principio di separazione dei poteri e del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, nei Paesi di *civil law* com'è il nostro *solo il legislatore nazionale* potrà, infatti, dar seguito ai suddetti *input* di penalizzazione.

L'adempimento potrà essere poi – per riprendere la distinzione di Mazza – *spontaneo e preventivo* (e dunque seguire immediatamente alla posizione dell'obbligo di penalizzazione) o invece *coattivo e successivo* (e quindi essere subordinato alla pronuncia di una sentenza di accertamento dell'intervenuta violazione dell'obbligo suddetto e di condanna alla riparazione della violazione medesima).

Può accadere, però, che l'ordinamento interno già preveda norme incriminatrici in astratto idonee a intercettare le condotte che costituiscono l'oggetto della fattispecie di criminalizzazione dettata da questa o quella disposizione internazionale, ma che nella prassi applicativa si sia diffusa *un'interpretazione di carattere restrittivo*, che circoscrive l'ambito di applicazione di tali norme. E' chiaro che, in tali circostanze, l'adempimento degli obblighi di penalizzazione declinati in termini positivi potrà (e dovrà) essere assicurato dai giudici ordinari, e in particolare da quelli di ultima istanza, cui è affidata la funzione nomofilattica: esso passerà, dunque, per l'affermazione di un'interpretazione estensiva delle norme incriminatrici esistenti, tale da restituire interamente a queste ultime la loro sfera applicativa.

Si tratta, per vero, di un aspetto non così pacifico, almeno nell'elaborazione dottrinale, posto che autorevoli studiosi negano l'ammissibilità di un'interpretazione estensiva *in malam partem*⁷².

Siamo dell'avviso, però, che il canone dell'interpretazione conforme possa e debba operare anche laddove esso conduca ad un'espansione dell'area del penalmente rilevante perché non vi sono ragioni di sistema che possano giustificare l'esclusione della sua operatività (sempre ad ammettere, a livello concettuale, la distinzione tra interpretazione estensiva e analogia). Con due

⁷²Cfr. per tutti V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti "in malam partem"*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 101 ss., e G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2366.

caveat, beninteso: da un lato, l'esigenza di vigilare affinché il limite della lettera della legge sia effettivamente rispettato, di modo che non vengano contrabbandate per interpretazioni estensive imposte dalle fonti sovranazionali vere e proprie *applicazioni analogiche a sfavore del reo*⁷³; dall'altro, la verifica della *prevedibilità* di un eventuale *revirement* giurisprudenziale che, appunto in ottemperanza all'obbligo di interpretazione conforme alle fonti sovranazionali, determini la punibilità di condotte che in precedenza erano sottratte all'area della rilevanza penale (come impone l'art. 7 CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo).

Un discorso del tutto diverso attiene, invece, agli obblighi di criminalizzazione enunciati *in termini negativi*. Può avvenire, infatti, che l'ordinamento penale nazionale preveda norme penali di favore di portata talmente ampia da restringere in modo indebito l'area del penalmente rilevante, in contrasto con gli *input* di penalizzazione provenienti dalle fonti sovranazionali; ed è del tutto indifferente che le suddette norme *preesistessero* all'enunciazione di questi obblighi o siano state invece *introdotte successivamente* a quest'ultima.

Anche in questo caso, il legislatore potrebbe certamente intervenire per rimodulare le norme penali di favore che configgono con gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione, tanto spontaneamente e in via preventiva quanto in forza della necessità di conformarsi al *dictum* di una corte internazionale che abbia accertato la violazione degli stessi. Ma laddove ciò non si verificasse, i margini entro i quali i giudici ordinari e costituzionali potrebbero fornire il loro apporto per risolvere l'antinomia tra disposizioni nazionali e sovranazionali sono assai più ampi rispetto a quanto non accada per gli obblighi di penalizzazione declinati in termini positivi.

Un contributo davvero decisivo potrebbe essere dato, anche in questo caso, dalla *magistratura ordinaria*, e soprattutto dai giudici della Suprema Corte. Questi ultimi, in particolare, ben potrebbero avallare e/o promuovere un'interpretazione *restrittiva* delle norme penali di favore configgenti con gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione, tale da renderle conformi a questi ultimi.

E' quel che è accaduto, in modo paradigmatico, per la scriminante della legittima difesa, in cui la Corte di Cassazione⁷⁴ si è di fatto allineata all'interpretazione restrittiva dell'art. 52 co. 2 lett. b) c.p. (secondo la quale l'espressione "pericolo di aggressione" dev'essere riferita a beni di carattere personale quali la vita e l'integrità fisica) che era stata in precedenza proposta in dottrina per eliminare i profili di contrasto con l'art. 2 CEDU⁷⁵.

⁷³Si veda in proposito F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, pp. 616 ss. (in particolare, pp. 649 ss.).

⁷⁴In questo senso Cass. Pen., sez. I, sent. 21 febbraio 2007, n. 12466, *S.*, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1120, con nota di PALMA e Cass. Pen., sez. I, sent. 8 marzo 2007, n. 16677, *G.A.*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1049.

⁷⁵F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in

Ma esigenze analoghe – anzi, ancor più stringenti – si ravvisano in relazione all’esimente dell’uso legittimo delle armi di cui all’art. 53 c.p., la quale dovrà essere interpretata come se contenesse implicitamente il limite della proporzione⁷⁶.

Laddove l’interpretazione conforme della norma penale di favore sia preclusa dal dato letterale della stessa, invece, la palla passerebbe senz’altro alla Corte costituzionale.

La dottrina penalistica più attenta ai profili sovranazionali ha infatti da tempo evidenziato la possibilità, per il giudice delle leggi, di dichiarare l’illegittimità costituzionale *ex art. 117 co. 1 Cost. delle norme penali di favore* che, in contrasto con i vincoli discendenti dal diritto internazionale, sottraggano all’ambito di applicazione di una norma incriminatrice vigente una sottoclasse di fatti che – una volta dichiarata l’illegittimità della norma di favore contrastante con gli obblighi internazionali – pacificamente potrebbero esservi ricondotti⁷⁷.

La Corte costituzionale non ha, per vero, ancora avuto occasione di trasporre i principi della propria giurisprudenza in tema di norme penali di favore agli obblighi di tutela penale discendenti dal diritto di Strasburgo; ma con la sent. 28/2010 ha compiuto un’operazione del tutto analoga in riferimento agli obblighi di penalizzazione derivanti dalle *direttive comunitarie in tema di rifiuti* (che, peraltro, non essendo norme dotate di effetto diretto sono soggette agli stessi meccanismi di risoluzione dei conflitti che valgono per quelle di fonte CEDU, secondo quanto ribadito dal giudice delle leggi anche nella recente sent. 227/2010).

E’ del tutto ragionevole attendersi, dunque, che la Corte costituzionale possa in futuro intervenire a censurare norme che determinino l’indebito “ritrarsi” dell’area del penalmente rilevante, in contrasto con gli obblighi di tutela penale discendenti dal sistema che gravita attorno alla CEDU; e che qualcosa di analogo possa presto o tardi avvenire rispetto alle *norme internazionali di natura consuetudinaria*, sulla base questa volta non dell’art. 117 co. 1 ma dell’art. 10 Cost.

8.9.2 La giustiziabilità degli obblighi di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale

E’ la stessa natura degli obblighi di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale a suggerire l’idea che l’ottemperanza agli stessi passi *attraverso l’azione della polizia giudiziaria e della magistratura requirente*

Riv. it. dir. proc. pen., 2007, pp. 92-93.

⁷⁶Cfr. ancora F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 94, nonché, volendo, A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita*, cit., pp. 205-206.

⁷⁷Cfr. sul punto C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 171 ss., e F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*, cit., p. 2662.

e *giudicante*, che – nel rispetto dei reciproci ruoli e delle reciproche competenze – dovranno complessivamente farsi carico:

- a) di svolgere *indagini effettive* tali da condurre all'individuazione dei responsabili; e,
- b) qualora ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi, di infliggere a questi ultimi una *pena congrua* rispetto al fatto di reato e di curare che la stessa venga effettivamente eseguita; e ancora, se si presenta il caso,
- c) di fornire alle omologhe autorità straniere tutta l'*assistenza* di cui le stesse necessitano per attendere, a loro volta, agli obblighi sovranazionali di persecuzione penale.

La garanzia dei tre gradi di giudizio, e in particolare la possibilità di un *riesame nel merito* della causa in grado d'appello, consentono di ritenere che il sistema consenta di porre in gran parte rimedio alle eventuali inefficienze dei giudici di primo grado.

Quel che abbiamo detto muove dal presupposto – tutt'altro che scontato, per vero, in un panorama in cui i giudici nazionali ancora faticano a scrollarsi di dosso la convinzione di dover tributare obbedienza solo alle leggi interne, e non alle fonti internazionali – che le magistrature nazionali *prendano sul serio* i suddetti obblighi di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale, in particolare realizzando di essere i primi giudici tanto del diritto di fonte UE quanto del diritto di fonte CEDU⁷⁸.

Anche laddove ciò avvenisse – e siamo certi del fatto che avverrà, poiché sono ormai molti gli indizi del fatto che la sensibilità su queste questioni stia gradualmente mutando – potrà comunque accadere che i principali destinatari dei suddetti obblighi materialmente non siano nelle condizioni di adempiervi, in ragione:

- a) dell'*inadeguatezza del quadro normativo*; e/o
- b) dell'*insufficienza delle risorse umane ed economiche* necessarie per farlo.

In entrambe le ipotesi, il ruolo del legislatore ritornerà ad essere centrale: egli dovrà rimuovere, attraverso opportuni interventi legislativi e/o nuovi stanziamenti di bilancio, gli ostacoli che precludono alle forze di polizia, ai pubblici ministeri e ai giudici di adempiere agli obblighi di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria in materia penale.

Qualora invece non vi provveda, purtroppo, non vi saranno strumenti pratici per imporgli di farlo, anche se un'eventuale condanna da parte di un

⁷⁸In relazione a questi mutamenti cfr. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i nuovi vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, 2011, pp. 1 ss., e F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, cit.

tribunale internazionale (e in particolare, con diversità di effetti, della Corte EDU e della Corte di giustizia dell'UE) potrà rappresentare uno stimolo in tal senso.

Un discorso a parte merita, poi, il problema dell'*esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo* che abbiano accertato la violazione degli obblighi di persecuzione penale derivanti dagli artt. 2 e 3 CEDU.

Com'è ampiamente noto, con la sentenza n. 113/2011 la Corte costituzionale ha individuato nel nuovo caso di revisione di cui all'art. 630 c.p.p. lo strumento attraverso il quale addivenire «alla riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

In tutti i casi in cui non sia stato possibile accertare le responsabilità per fatti di tortura o morti avvenute in conseguenza dell'uso illegittimo della forza a causa del decorso del termine necessario a prescrivere o dell'intervento di provvedimenti di clemenza, laddove a) la vittima della violazione abbia tempestivamente proposto ricorso alla Corte di Strasburgo e b) quest'ultima (con sentenza definitiva) abbia condannato l'Italia per violazione degli obblighi procedurali discendenti dagli artt. 2 e/o 3 CEDU proprio in ragione dell'intervenuta prescrizione o dell'applicazione dell'amnistia o dell'indulto, sarà possibile per la vittima medesima instaurare un *procedimento di revisione davanti alla competente Corte d'Appello e ottenere, per questa via, la riapertura del processo* e una pronuncia nel merito (sia essa di assoluzione o di condanna).

Non si tratta di una questione puramente teorica: basti pensare al fatto che la gran parte dei reati contestati agli imputati dalla pubblica accusa per le note vicende avvenute all'interno della scuola Diaz e della caserma di Bolzaneto nel corso del G8 genovese del 2001 si sono prescritti, e che quelli non prescritti sono stati quasi integralmente indultati⁷⁹.

Laddove, dunque, tutte le condizioni che abbiamo enunciate fossero integrate, i giudici penali di secondo grado competenti per la revisione potrebbero (o addirittura dovrebbero?) dare esecuzione alla pronuncia di condanna della Corte europea intervenuta nel caso concreto *attraverso la riapertura del processo in precedenza dichiarato estinto per effetto della maturazione dei termini di prescrizione o dell'applicazione del provvedimento di indulto*, pronunciando dunque (all'esito dell'eventuale istruttoria) una sentenza nel merito sulla responsabilità degli imputati.

Lo strumento individuato dalla Corte costituzionale italiana per rendere possibile l'esecuzione delle sentenze definitive della Corte di Strasburgo ha,

⁷⁹Per l'analisi delle complicate vicende si consenta il rinvio ad A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, cit., pp. 1801 ss., e alla lettura delle sentenze della Corte d'Appello di Genova del 5 marzo 2010 (Bolzaneto) e del 18 maggio 2010 (Diaz), pubblicate su *Dir. pen. cont.* rispettivamente in data 21 aprile e 20 aprile 2011 con una nota introduttiva a cura di A. COLELLA e F. VIGANÒ.

infatti, *portata generale*, e dunque opera non solo nei casi in cui il giudice europeo abbia rilevato violazioni dell'art. 6 Cedu, ma anche a fronte di violazioni di altre norme convenzionali (come – accanto a quelle più sopra citate – gli artt. 7 Cedu e 3 Prot. n. 1 Cedu, che venivano ad esempio in rilievo nel caso *Scoppola c. Italia nn. 2 e 3*, oggetto di due importantissime pronunce di condanna da parte della Corte EDU).

Si tratta, com'è ovvio, di *scenari futuribili*, che certo solleverebbero un intricato groviglio di questioni (come quella della legittimità, al metro del diritto penale nazionale, di una condanna penale intervenuta dopo il decorso del tempo necessario a prescrivere o, più in generale, a dispetto dell'intervento di una causa estintiva del reato o della pena). E non è escluso che – proprio per scongiurare queste conseguenze deflagranti – un futuro intervento legislativo possa ridimensionare la portata applicativa del rimedio individuato dalla Corte costituzionale, o che la giurisprudenza della Cassazione possa pervenire allo stesso risultato attraverso un'interpretazione restrittiva del *dictum* del giudice delle leggi nella sent. n. 113/2011, subordinandone l'esperibilità al fatto che la Corte EDU, nel ravvisare la violazione dell'art. 3 Cedu, abbia espressamente richiesto la riapertura del processo come misura per porvi rimedio, ai sensi dell'art. 41 CEDU, secondo la giurisprudenza *Scordino*.

Nell'affrontare le suddette questioni – nel caso in cui le stesse effettivamente si pongano – bisognerà, nondimeno, adottare necessariamente una *prospettiva integrata*, che tenga conto delle notevolissime implicazioni che il diritto dei diritti umani e il diritto internazionale penale hanno sul diritto penale nazionale: non sarà possibile ignorare, ad esempio, il principio di diritto internazionale consuetudinario – che come abbiamo già sottolineato è stato codificato, per il diritto internazionale pattizio, all'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati – secondo cui nessuno Stato può giustificare l'inadempimento dei propri obblighi sul piano internazionale (tra i quali certamente figura l'obbligo di perseguire penalmente i crimini di *jus cogens*, o comunque le più gravi violazioni dei diritti fondamentali) invocando leggi appartenenti all'ordinamento interno (come quelle che regolano l'istituto della prescrizione, o i provvedimenti di amnistia o indulto).

Un eventuale intervento legislativo che ripermettesse lo strumento individuato dalla sent. 113/2011 per dare esecuzione alle pronunce della Corte EDU in modo tale da escludere dal suo ambito di applicazione casi come quelli da noi ipotizzati si esporrebbe d'altra parte, proprio per le ragioni che abbiamo appena enunciato, al rischio di non superare il vaglio di legittimità costituzionale *ex artt. 10 e 117 co. 1 Cost.* (quest'ultimo, letto alla luce della giurisprudenza in tema di obblighi di tutela penale discendenti dall'art. 3 CEDU, di cui abbiamo trattato nella parte descrittiva del presente lavoro).

8.10 Considerazioni conclusive: gli obblighi sovranazionali di tutela penale come obblighi “a giustiziabilità variabile”

L'impressione complessiva che si impone al termine di questa panoramica è che gli obblighi sovranazionali di tutela penale siano, sul piano del diritto interno, *obblighi “a giustiziabilità variabile”*, il cui livello di cogenza può pertanto variare (anche significativamente) da un'esperienza ad un'altra, da un Paese ad un altro.

La concreta *giustiziabilità* degli stessi dipende infatti, in buona misura, dal *grado di apertura dell'ordinamento interno a quello internazionale* (o, se si vuole, dal grado di integrazione dei due ordinamenti) *fissato dalle fonti normative* – quelle costituzionali *in primis* – e, soprattutto, *delineato dalle supreme magistrature nazionali*.

E' plasticamente emerso, infatti, che – ferma restando l'assoluta preclusione, per il potere giudiziario, di introdurre nell'ordinamento interno le fattispecie incriminatrici necessarie ad assicurare agli interessi protetti dalle fonti sovranazionali una tutela effettiva (in virtù del principio di separazione dei poteri e di quello di legalità del reato e della pena, che certamente permeano gli ordinamenti di *civil law*) – l'attitudine dimostrata dai giudici nazionali abbia un peso decisivo nel determinare il livello di ottemperanza ai suddetti obblighi e, in definitiva, il loro grado di cogenza.

Essi possono infatti, in primo luogo, esperire (o avallare, se si tratta degli organi giurisdizionali di ultima istanza) interpretazioni conformi al diritto internazionale in tutti i casi in cui la lettera della legge non lo precluda; e così pure – per quanto questo aspetto rilevi in maniera assai più marginale ai fini della nostra analisi, proprio in ragione dei principi or ora menzionati – dare alle norme sovranazionali diretta applicazione negli ambiti non disciplinati da disposizioni nazionali (e dunque nelle ipotesi di *lacune* dell'ordinamento interno). E ancora, nel caso dei giudici costituzionali, possono espungere dall'ordinamento con efficacia *ex tunc* ed *erga omnes* le eventuali norme penali di favore che configgano con gli obblighi di criminalizzazione in termini negativi di fonte sovranazionale.

Per rendersi conto di quanto ciò sia vero è sufficiente porre a confronto le ricadute interne degli obblighi di tutela penale enunciati dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte di San Josè, che – come abbiamo visto nella parte descrittiva – presentano contenuti per la gran parte coincidenti.

Per quel che concerne le pronunce della Corte europea, nei paragrafi precedenti abbiamo evidenziato come l'art. 46 CEDU – rubricato “*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*” – al § 1 sancisca in capo agli Stati firmatari della Convenzione l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive nelle controversie delle quali sono parti.

Considerazioni non troppo dissimili valgono – almeno sulla carta – anche per l'esecuzione delle pronunce della Corte IDU: l'art. 68 CADU prevede, infatti, l'obbligo per gli Stati di conformarsi alla sentenze di cui siano parti (§ 1) e di dare esecuzione alla parte della sentenza che dispone il risarcimento del danno secondo le procedure nazionali relative all'esecuzione delle sentenze contro lo Stato (§ 2).

L'impatto delle sentenze della Corte di San José sul piano nazionale è stato, nondimeno, a dir poco dirompente, per molti versi in ragione dell'obbligo – affermato dalla Corte medesima in capo ai giudici nazionali – di *disapplicare le norme interne contrastanti con la Convenzione*; obbligo al quale tuttavia – ed è questo l'aspetto su cui vogliamo focalizzare la nostra attenzione – *le magistrature di numerosi Stati del Sud America come il Perù, il Cile, l'Argentina e da ultimo l'Uruguay si sono in effetti conformate*, spingendosi fino a dichiarare inapplicabili leggi di (auto)amnistia approvate dai membri dei regimi dittatoriali nella fase di declino degli stessi o, addirittura, dal Parlamento democraticamente eletto, a distanza di qualche anno dalla fine di questi ultimi, in nome di esigenze di pacificazione nazionale⁸⁰.

Davvero emblematiche, a questo proposito, la sentenza *Simón* del 2005, con la quale la Suprema Corte di Giustizia della Nazione argentina ha dichiarato invalide e incostituzionali le leggi di amnistia approvate dal Parlamento nel 1987, rendendo con ciò possibile la riapertura generalizzata dei procedimenti penali intentati nei confronti degli autori dei crimini contro l'umanità commessi tra il 1976 e il 1983 e la conseguente condanna di questi ultimi; e la sentenza *Bordaberry* del 2010 (ancora appellabile), con la quale il Tribunale di Montevideo ha condannato ad una pena detentiva assai elevata un soggetto che aveva assunto poteri dittatoriali per i crimini contro l'umanità da esso commessi sotto il suo regime «superando ostacoli tecnico-giuridici di non poco rilievo, costituiti dalla vigenza di una legge di amnistia, dal teorico ricorso della prescrizione dei reati, dal sistema ordinario del concorso di persone nel reato e dal principio di irretroattività»⁸¹.

Le ricadute pratiche della giurisprudenza di Strasburgo non sono state, invece, altrettanto deflagranti.

Ciò è senz'altro dipeso dal fatto che – come è stato giustamente sottolineato – a differenza della Corte IDU la Corte europea non ha, fino a questo momento, mai richiesto ai giudici nazionali di disapplicare le norme che avessero sottratto alla responsabilità penale gli autori delle più gravi violazioni dei diritti della Convenzione, né preteso che venissero riaperti procedimenti archiviati o dichiarati estinti per via dell'intervento di provvedimenti di amnistia o di indulto o a causa della maturazione dei termini di prescrizione⁸²; ma un'altra ragione del diverso grado di cogenza degli *input* di tutela penale dati dalle

⁸⁰Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2662.

⁸¹Cfr. sul punto G. FORNASARI, *Dittatori alla sbarra*, cit., pp. 2281 ss.

⁸²Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., pp. 2677 e 2678.

due Corti può senz'altro essere ricercata nella *maggior riluttanza dei giudici nazionali a prendere sul serio i suddetti input e a concepire se stessi come i primi custodi dei diritti convenzionali*, tanto che non è facile prevedere quali potrebbero essere le reazioni di questi ultimi laddove la Corte EDU dovesse giungere al punto di far proprie affermazioni simili a quelle cui è addivenuta la Corte interamericana.

Il grado di giustiziabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale è, dunque, in larga parte determinato – come dicevamo – dall'attitudine dimostrata dal *legislatore* e, soprattutto, dai *giudici nazionali*: ne è prova il fatto che, a fronte di un quadro normativo pressoché identico, l'impatto complessivo della giurisprudenza della Corte IDU sugli ordinamenti degli Stati sudamericani sia stato incomparabilmente maggiore rispetto a quello che la parallela giurisprudenza della Corte EDU ha avuto sugli ordinamenti europei.

8.11 Gli obblighi sovranazionali di tutela penale sono veri e propri obblighi giuridici, per quanto non sempre corredati da sanzioni effettive

Nell'introduzione al presente capitolo avevamo evidenziato come la questione della giustiziabilità degli obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria fosse strettamente connessa a quella dell'ammissibilità, in via teorica, di *obligationes* il cui mancato adempimento non determini l'insorgenza di sanzioni (le cd. *obligationes imperfectae*).

Siamo dell'avviso che ritenere – come spesso si fa – che l'assenza di vere e proprie sanzioni sul piano internazionale (o l'ineffettività di quelle esistenti) valga sostanzialmente a privare gli obblighi internazionali (e in particolare gli obblighi di tutela penale di matrice sovranazionale) della stessa natura di *obligationes* sia estremamente fuorviante: quest'affermazione si fonda, infatti, sul presupposto per cui le coordinate valide nell'ordinamento interno (e, segnatamente, elaborate in ambito civilistico) possano essere trasposte *tout court* nell'ordinamento internazionale; presupposto che trascura, nondimeno, le profonde differenze che esistono tra l'ordinamento interno e quello internazionale, nel quale anzitutto – contrariamente a quel che accade nell'ordinamento interno – i principali attori, ovverosia gli Stati, sono soggetti *superiores non recognoscentes*, e dunque non possono, per definizione, essere “costretti” (nel vero senso del termine) a fare o a non fare qualcosa.

Il carattere di *obligationes imperfectae* è dunque, in una certa misura, insito nelle obbligazioni internazionali, il cui adempimento può essere al più sollecitato attraverso strumenti di pressione indiretta (i quali comunque non eliminano il rischio che uno Stato sovrano possa scientemente decidere di non tener fede agli impegni in precedenza presi sul piano internazionale e/o di persistere nella propria condizione di inottemperanza a questi ultimi).

Concludere, però, per ciò solo che le norme internazionali e i *dicta* delle Corti dei diritti dai quali derivano in capo agli Stati siano, perciò, destinati a rimanere lettera morta ci pare, francamente, eccessivo.

Certo, la distanza tra la *law-in-the-books* (secondo cui gli Stati sono vincolati ad adempiere agli obblighi di tutela penale promananti dalle fonti sovranazionali) e la *law-in-action* (che dimostra, invece, come tali obblighi rimangano, frequentemente, inadempiti) è ancora palpabile, tanto che suonano ancora attuali le considerazioni di M. Cherif Bassiouni: «Il divario tra aspettative giuridiche e realtà giuridica è (...) assai profondo. Esso può essere colmato da certe dichiarazioni internazionali e da opere di autori insigni, ma resta il dubbio se un simile ponte possa essere abbastanza solido da consentire la trasformazione di questi concetti da *desiderata* ad obblighi giuridicamente sanzionabili secondo il diritto penale internazionale, con la conseguenza di far sorgere, in caso di inosservanza, una responsabilità dello Stato»⁸³.

E tuttavia, non si può non constatare come – se i casi di inadempimento sono frequenti – quelli di adempimento (più o meno spontaneo) lo sono altrettanto, anche rispetto agli obblighi sanciti da strumenti di *soft law*⁸⁴ o da sentenze rese dai tribunali internazionali nei confronti di altri Stati, che pure non sarebbero vincolanti dal punto di vista giuridico.

Più in generale, l'analisi che abbiamo condotto nei vari settori del diritto internazionale ci induce a ritenere che, invece di limitarsi ad evidenziare il *deficit* di cogenza degli obblighi sovranazionali (di tutela penale) in virtù del fatto che essi non sono suscettibili di esecuzione in forma specifica sia necessario adottare sul piano internazionale un concetto più elastico di «sanzione», che tenga debitamente conto di tutte le conseguenze *lato sensu* pregiudizievoli che discendono in capo allo Stato dall'inadempimento degli obblighi sovranazionali.

Qualche esempio potrà aiutarci a chiarire meglio il nostro pensiero.

Abbiamo accennato in nota, nell'introduzione a questo capitolo, come l'Italia sia inadempiente all'obbligo di criminalizzazione della tortura e degli altri trattamenti inumani o degradanti. Ora, non può dubitarsi del fatto che nessuna istituzione sovranazionale o nazionale possa imporre al nostro legislatore di inserire all'interno del codice penale una fattispecie *ad hoc*; ma i ripetuti rapporti del CPT, del Comitato contro la tortura e del Comitato ONU

⁸³Così M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., p. 67.

⁸⁴Si rinvia, in proposito, all'interessante studio di A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 536 ss.

L'Autore sottolinea in particolare, per quel che qui più ci interessa, come nei casi in cui la *soft law* «assume le vesti di “diritto meramente esortativo”, diretto a persuadere anziché a obbligare, risultando pertanto del tutto priva di sanzioni», «l'aspettativa di osservanza è dovuta non tanto alla minaccia delle conseguenze negative derivanti a chi disattende l'esortazione, quanto alla forza di persuasione riconducibile alla (...) dimensione autoregolamentativa che assai spesso pervade la *soft law*; oppure è dovuta al prestigio della fonte più che alla sua autorità formale».

sui diritti umani che stigmatizzavano l'inerzia del nostro Parlamento hanno certamente gettato discredito sul nostro Paese; e ancor più ne getterebbe – riteniamo – un'ipotetica sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte EDU per i fatti della Diaz e di Bolzaneto (specie se i giudici di Strasburgo evidenziassero, sul modello *Broniowski*, la carenza strutturale della nostra legislazione penale su questo fronte).

La notizia della sentenza – possiamo facilmente immaginare, guardando al clamore mediatico che pochi giorni orsono ha avuto la condanna del nostro Paese per la vicenda dei respingimenti collettivi in Libia nel maggio del 2009⁸⁵ – approderebbe sulle prime pagine dei giornali di tutta Europa, e probabilmente farebbe il giro del mondo: e l'Italia (che non è la Russia e nemmeno la Turchia) dovrebbe darsi un gran daffare per allontanare da sé il giudizio negativo dell'opinione pubblica internazionale, adottando *misure concrete* dalle quali si possa indubitabilmente desumere il suo rinnovato impegno per la protezione dei diritti umani.

E' stata proprio la condanna del nostro Paese a Strasburgo nel caso *Sulejmanovic*, d'altronde, uno dei fattori che più hanno sollecitato una seria riflessione sul problema del sovraffollamento carcerario, rispetto al quale sono state prese negli ultimi mesi misure assai incisive⁸⁶.

Sempre nell'introduzione al presente capitolo abbiamo menzionato in nota un altro nervo scoperto della legislazione penale italiana, quello del contrasto alla corruzione: è forse possibile pensare ai numerosi rapporti del gruppo GRECO, che spesso collocano l'Italia tra i *mauvais élèves* quanto al livello di compliance agli impegni internazionali assunti in questo campo, come a una forma (sia pur molto debole) di sanzione⁸⁷.

E lo stesso potrebbe dirsi, ad esempio, per il caso in cui – data la perdurante inadempienza dell'Italia all'obbligo di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale – uno degli Stati che si sono dotati di norme che consentono l'esercizio della giurisdizione universale o la stessa Corte penale internazionale si sostituissero alle autorità giurisdizionali interne per perseguire penalmente crimini di diritto internazionale che la nostra legislazione interna non autorizza a perseguire (l'esempio più eclatante è, ancora una volta, quello della tortura).

In quest'ottica, paradossalmente, l'ottemperanza spontanea agli impegni (volontariamente) assunti sul piano internazionale può essere vista come *uno dei principali strumenti che lo Stato ha a disposizione per conservare quel che gli rimane della propria sovranità*.

⁸⁵In relazione alla quale si rinvia a L. MASERA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato i respingimenti collettivi verso la Libia operati nel maggio 2009 contrari agli artt. 3, 4 prot. 4 e 13 CEDU*, 2012, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁶Cfr. sul punto *Pubblicata la legge 17 febbraio 2012, n. 9, di conversione del decreto cd. 'svuota carceri'*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸⁷Il rapporto del gruppo GRECO del maggio 2011 è stato pubblicato in www.penalecontemporaneo.it, con una breve nota introduttiva a cura di M. PANZARASA.

Capitolo 9

Gli obblighi sovranazionali di tutela penale: questioni emergenti e prospettive attuali

Indice

9.1	Introduzione	358
9.2	Legalità e dintorni	359
9.2.1	Prima obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione determinano un <i>vulnus</i> alla statualità delle scelte in materia di politica criminale	363
9.2.2	Seconda obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione non rispettano il principio democratico	371
9.2.3	Terza obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione enunciati di matrice giurisprudenziale non rispettano il principio di separazione dei poteri	380
9.2.4	Quarta obiezione: gli obblighi di criminalizzazione di matrice sovranazionale non si mostrano rispettosi del principio di precisione	381
9.3	Proporzione e dintorni	385
9.3.1	Prima obiezione: le fonti sovranazionali impongono (o rischiano di imporre) il ricorso ai meccanismi della giustizia penale anche laddove un'efficace azione di contrasto potrebbe essere impostata attraverso l'utilizzo di strumenti extrapenali, come tali meno lesivi dei diritti fondamentali	387
9.3.2	Seconda obiezione: gli strumenti internazionali impongono (o rischiano di imporre) obblighi di incriminazione anche in assenza di un pregiudizio per un interesse meritevole di tutela. Gli esempi della pornografia virtuale e del negazionismo	391

9.4	Profili problematici degli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali	394
9.4.1	La possibilità di ricavare obblighi di tutela penale dalle norme attributive di diritti fondamentali intese quali norme di comportamento: un punto controverso	394
9.4.2	Quali diritti fondamentali possono “giustificare” l’affermazione in via pretoria di obblighi di tutela penale? Sui rischi di un’ipertrofia della tutela penale dei diritti fondamentali	400
9.5	Le forme di controllo preventivo e successivo sul rispetto dei principi costituzionali in materia penale e dei diritti fondamentali	402
9.6	Brevi riflessioni sul tema della giustizia di transizione	406
9.7	Fra monismo e dualismo: aperture al nuovo e “sacche di resistenza”	409

9.1 Introduzione

Nel presente capitolo, conclusivo del presente lavoro, andremo ad esporre le nostre personali considerazioni, passando più decisamente dal piano descrittivo a quello valutativo di quanto non abbiamo fatto nei tre precedenti (nei quali ci siamo pur sempre limitati a dare un’interpretazione quanto più possibile oggettiva dei dati in nostro possesso).

Troveranno spazio qui, dunque, tutte le riflessioni che la lunga panoramica fra gli obblighi sovranazionali di tutela penale ci ha via via sollecitato, e che tuttavia abbiamo ritenuto preferibile rimandare a questo punto della trattazione per non “contaminare” l’esposizione con considerazioni critiche, cosa che avrebbe creato un’indebita commistione di piani.

Il capitolo sarà organizzato attorno a sei gruppi di questioni:

- a) quelle che, *lato sensu*, interessano i profili della *legalità penale*, nelle sue varie articolazioni;
- b) quelle che concernono la *proporzione* dell’intervento penalistico;
- c) quelle che attengono, più specificatamente, agli *obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*;
- d) quelle che concernono le *sedes materiae* nelle quali possono esser fatti valere gli eventuali profili di contrasto degli obblighi sovranazionali di tutela penale con i tradizionali principi penalistici e con i diritti fondamentali;
- e) quelle che riguardano la cd. *giustizia di transizione*;

f) quelle che si inquadrano in seno al *dibattito tra monismo e dualismo*.

Solo una precisazione: quelle *sub a)* e *b)* riguardano alcuni tra i più importanti principi penalistici; principi che, nondimeno, sono spesso indicati con espressioni diverse, non sempre sono formulati in maniera identica dai diversi autori e, per di più, non in tutti i casi sono presenti nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dei vari Paesi, o almeno non con gli stessi contenuti.

Si ha dunque, inevitabilmente, l'impressione di trovarsi di fronte a una *babele linguistica*, nella quale ad uno stesso nome non necessariamente corrisponde uno stesso contenuto. Per questo abbiamo deciso di andare oltre i nomi, sforzandoci di esprimere i concetti in forma estesa.

Ci siamo peraltro fatti carico di traslitterare i contenuti dei tradizionali principi penalistici, tutte le volte in cui fosse possibile, nell'alfabeto – questo sì davvero universale – della *human rights law*, nella convinzione che ciò sia non solo auspicabile, ma in qualche misura indispensabile: c'è bisogno di *farsi comprendere nei diversi contesti internazionali*, perché il punto di vista dell'Italia possa pesare di più; e, pertanto, è necessario che non solo gli accademici, ma anche i giudici, gli esperti giuridici del Ministero della Giustizia e la stessa Corte costituzionale prendano l'abitudine di ragionare *anche secondo categorie differenti* da quelle alle quali tutti siamo abituati, ma che *possano suonare immediatamente comprensibili a giuristi che non hanno la nostra stessa formazione culturale* (e, in particolare, a quelli che siedono nelle varie Corti internazionali, che in tal modo sarebbero certo facilitati a prendere più adeguatamente in considerazione la nostra visione dei problemi che si sono posti e via via si porranno).

9.2 Legalità e dintorni

E veniamo dunque al primo ordine di questioni. Le abbiamo accostate le une alle altre sotto l'etichetta "legalità e dintorni" perché il richiamo – spesso apodittico – alla pretesa violazione del *nullum crimen* costituisce la veste formale attraverso la quale vengono in genere presentate e che, dunque, le accomuna.

A nostro modesto avviso si tratta, nondimeno, di *problematiche profondamente diverse tra loro*, che come tali meritano di essere affrontate separatamente e senza infingimenti, guardando alla sostanza dei problemi più che alle classificazioni dogmatiche tradizionali.

Più nel dettaglio, ci sembra che le obiezioni che vengono avanzate (o che potrebbero essere avanzate) nei confronti degli obblighi di criminalizzazione – rispetto ai quali l'esigenza che il principio di legalità sia rispettato è senz'altro più pressante di quanto non sia per quelli di persecuzione penale e di cooperazione giudiziaria – siano riconducibili essenzialmente a quattro:

- a) i suddetti obblighi (espresi o impliciti, poco importa) determinerebbero, in prima battuta, un *vulnus* alla *statualità delle scelte di politica criminale*, che a torto o a ragione si ritiene una delle anime della legalità penale;
- b) una seconda rottura della legalità si manifesterebbe, poi, nella *lesione del principio democratico*, in ragione del *deficit* di rappresentatività degli organismi internazionali in seno ai quali gli obblighi di tutela penale vengono affermati (per quel che attiene agli obblighi espresi) e alla mancanza di legittimazione dei giudici sovranazionali (per quel che concerne, invece, gli obblighi impliciti);
- c) e ancora, da più parti si denuncia una *pericolosa incrinatura del principio di separazione dei poteri*, dal momento che gli obblighi impliciti di tutela penale – enunciati *in termini positivi* o, come più spesso accade, *negativi* – sono essenzialmente di matrice giurisprudenziale;
- d) un ultimo motivo di tensione con la legalità penale sarebbe rappresentato, infine, dalla *violazione del principio di precisione* (inteso, nell'accezione di Marinucci e Dolcini, come esigenza di chiarezza e di rigore del linguaggio legislativo, funzionale alla limitazione degli spazi di discrezionalità del potere giudiziario nell'applicazione della legge)¹ in virtù dell'evidente grado di approssimazione e di a-tecnicismo che caratterizzerebbe le fattispecie di criminalizzazione enunciate dalle fonti sovranazionali.

Sono questioni della massima importanza, che vengono affrontate – per vero *con diverso livello di approfondimento* e, oserei dire, *di consapevolezza* – da giuristi di ogni parte del mondo, e la cui soluzione costituisce una delle più stimolanti sfide per i penalisti del futuro.

Non è certamente questo – *ça va sans dire* – lo scopo che ci prefiggiamo qui di raggiungere: nelle pagine seguenti cercheremo di offrire soltanto *il nostro personale, limitato punto di vista*. Ciò su cui vogliamo richiamare l'attenzione del lettore, è, piuttosto, l'importanza del *metodo* da noi utilizzato per affrontare i problemi poc'anzi esposti, che – con una punta di presunzione – riteniamo possa fornire un piccolo contributo all'avanzamento del dibattito in materia (più delle nostre, senz'altro parziali, considerazioni).

Come accennato *in incipit*, abbiamo indagato cosa si nascondesse dietro la polifonica – seppur non corale – denuncia della violazione della legalità penalistica, esplicitando le preoccupazioni e le inquietudini che il richiamo spesso generico al *nullum crimen* celava; e solo in un secondo momento abbiamo cercato di verificare se davvero un *vulnus* vi fosse, e se lo stesso fosse così insanabile da gettare un'ombra sinistra sull'intera tematica degli obblighi sovranazionali di tutela penale.

A questo scopo, ci siamo certamente giovati delle riflessioni di Francesco Viganò – che nel menzionato saggio sugli obblighi di tutela penale dei diritti

¹G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 119.

fondamentali distingueva due risvolti del principio di legalità, quello della riserva di legge *parlamentare* e quello della riserva di legge *nazionale*² – e, soprattutto, di Ciro Grandi, il quale in un recentissimo (e per molti versi “rivoluzionario”) lavoro monografico sulla compatibilità degli obblighi di criminalizzazione di fonte UE con il suddetto principio identificava, sulla scorta dell’insegnamento di Francesco Palazzo³, due versanti della legalità penale: quello «universalistico-astorico, attinente alla conoscibilità delle norme penali da parte dei loro destinatari», al quale «possono essere ricondotti i corollari della determinatezza-tassatività e della irretroattività della norma penale»; e quello più propriamente «“storico”, attinente all’individuazione delle fonti legittimate alla produzione delle norme penali, e soggetto ai condizionamenti degli assetti politico-istituzionali operanti nelle diverse epoche all’interno dei singoli Stati», di cui «il principio *nullum crimen sine lege parlamentaria* rappresenta solo una delle possibili concretizzazioni»⁴.

Anche noi abbiamo ritenuto utile non confrontarci con il principio di legalità penalistica come se fosse un blocco monolitico, ma scomporlo, per così dire, nelle sue diverse anime (in particolare accogliendo la distinzione tra versante storico e astorico riproposta da Ciro Grandi, che ci ha trovati immediatamente d’accordo).

Le peculiari esigenze della presente trattazione, nondimeno, ci hanno suggerito di discostarci in parte dall’approccio di Viganò e di Grandi e di organizzare la nostra riflessione attorno ai quattro punti or ora elencati: abbiamo infatti accolto la suddetta “scomposizione” solo nella misura in cui la stessa si dimostrava funzionale ad un più articolato esame dei problemi che

²Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *L’arbitrio del non punire*, cit., p. 1296: «L’argomento della riserva di legge, spesso evocato dalla dottrina italiana a proposito di obblighi sovranazionali in materia penale, ha in verità due risvolti, che non sempre vengono analiticamente distinti con la dovuta chiarezza. Da un lato, (a) la riserva di legge tutela il principio della divisione dei poteri, e dunque il principio *democratico*, che affida all’organo direttamente rappresentativo – e alla sua *maggioranza* – il monopolio delle scelte di incriminazione, che più pesantemente incidono sui diritti fondamentali dei cittadini (riserva di legge *parlamentare*). Dall’altro, (b) la riserva di legge di cui all’art. 25 co. 2 Cost. è – almeno implicitamente – intesa come riserva di legge nazionale, e dunque come prerogativa della sovranità statale nella materia penale, che sarebbe come tale refrattaria ai condizionamenti della comunità internazionale (riserva di legge *statale*)».

³Cfr. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999, p. 205. Per la verità, l’Autore sottolinea come la distinzione non vada radicalizzata, dal momento che tra i requisiti sostanziali e quelli formali della legalità sussistono intense sinergie: in particolare, egli collega la concentrazione della produzione delle norme penali nelle mani di taluni organi e non di altri ad «un’esigenza di contenimento quantitativo e di selezione qualitativa dei contenuti del diritto penale».

Cfr. sul punto, più di recente, A. BERNARDI, *Le “qualità” della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. Sicurella (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 337 ss., nonché C. GRANDI, *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, *ibidem*, pp. 371 ss.

⁴Così C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, pp. 7-8.

si sono posti o che si potrebbero porre in tema di obblighi sovranazionali di penalizzazione; con la conseguenza che, ad esempio, l'attenzione al versante astorico della legalità è, nel nostro lavoro, senz'altro più marginale rispetto a quello storico (e si risolverà – come vedremo – nel solo esame delle reali o presunte violazioni del principio di precisione).

Prima di procedere oltre, ci sembra opportuno sviluppare alcune considerazioni di fondo.

La nostra analisi ha evidenziato un divario (spesso incolmabile) tra due opposte visioni, entrambe degne della massima considerazione pur nella loro irriducibile diversità: quella di quanti guardano *con preoccupazione* alle sollecitazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, che potrebbero risultare fatali per la tenuta dei principi garantistici su cui si fonda il diritto penale moderno⁵; e quella di coloro che, viceversa, ritengono che le suddette sollecitazioni *non solo non possano essere ignorate, ma addirittura impongano una rilettura dei suddetti principi* e, se del caso, l'abbandono delle posizioni dogmatiche più intransigenti.

Tra i sostenitori dell'una e dell'altra tesi si annoverano *giuristi di generazioni, di provenienza geografica e di scuole assai diverse*, sicché sarebbe del tutto fuorviante ritenere, ad esempio, che la visione più "tradizionale" accomuni i penalisti che si sono formati attorno alla metà del Novecento, ed essenzialmente nei Paesi di *civil law* – come pure si potrebbe logicamente supporre – e la visione più "progressista" quelli che hanno raggiunto la maturità solo negli ultimi decenni e che, in massima parte, provengono dai Paesi di *common law*. Certo, la minor dimestichezza dei penalisti dei Paesi di *civil law* con un *sistema reticolare di fonti*⁶ (ammesso e non concesso che quest'immagine sia ancora in grado di descrivere bene la realtà delle cose) ha fatto sì che le voci di denuncia si levassero, più spesso, proprio dalle loro fila; ma le eccezioni sono così numerose e talmente autorevoli che una simile semplificazione sarebbe davvero arbitraria.

A ben vedere, la contrapposizione tra queste opposte visioni non è che l'ennesima riproposizione dello scontro dialettico tra Creonte e Antigone: tra leggi *scritte* e leggi *non scritte* o, ancor più radicalmente, *tra legge e diritto*⁷.

⁵Davvero emblematiche, ad esempio, le posizioni espresse dal giovane giurista cileno E. MALARINO, *La cara represiva*, cit.

⁶L'immagine del sistema reticolare di fonti è ripresa, da ultimo, da A. BERNARDI nella *Presentazione* a C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. VIII.

⁷La tragedia sofoclea è spesso indicata come il testo antico nel quale per primo si affaccia l'idea del "giusnaturalismo": oltre alle leggi prodotte dalla volontà di chi comanda, vi sarebbero anche leggi naturali superiori alle prime, e dalle quali anzi queste ultime dovrebbero discendere. Anche al di là di questa lettura, lo scontro tra Antigone e il sovrano Creonte per la sepoltura del fratello di lei, Polinice, caduto in battaglia, sta comunque a simboleggiare uno scontro tra leggi naturali e leggi positive: Creonte proibisce infatti la sepoltura di Polinice sulla base della legge da lui creata, cui pretende sia data esecuzione, mentre Antigone ad essa si oppone in nome di una legge non scritta e più alta.

A dispetto del fatto che il finale della tragedia di Sofocle (finale obbligato, trattandosi di una tragedia!) sembrerebbe “dar ragione” ad Antigone, le ragioni di Creonte – perdonate il gioco di parole – davvero non possono essere sottovalutate: fuor di metafora, non si può non riconoscere come il «processo di destatalizzazione nel settore più espressivo dell’identità nazionale» abbia generato e continui a generare *comprensibili inquietudini*, dal momento che lo stesso mette profondamente in crisi la concezione illuministica del principio di legalità penalistica (e dei suoi corollari), nei confronti della quale anche il diritto penale contemporaneo continua ad essere, in larga misura, debitore.

E tuttavia – ci sembra corretto dichiararlo, perché il lettore ne sia consapevole fin d’ora – ci viene istintivo, per indole e per formazione, prendere le parti di Antigone e non quelle di Creonte: siamo convinti che l’avvento di strumenti sovranazionali a connotazione penalistica e di nuovi attori istituzionali (portatori ciascuno di una propria, peculiare, concezione quanto all’esercizio dello *jus puniendi*), e la conseguente *coesistenza di fonti scritte e non scritte, di norme e principi*, non siano necessariamente da guardare con sfavore, né conducano inevitabilmente al caos; e anzi ci pare che un nuovo ordine già cominci a intravedersi, anche grazie alle riflessioni di molti autorevoli giuristi che negli ultimi decenni non hanno disdegnato di misurarsi con queste nuove sfide⁸.

Come ripete spesso Francesco Viganò⁹, il compito del penalista contemporaneo è infatti proprio quello di contribuire a *portare ordine*, non limitandosi a porre problemi e ad evidenziare la complessità del sistema ma, all’opposto, impegnandosi ad offrire soluzioni e/o chiavi di lettura che, in quella complessità, consentano di districarsi¹⁰; senza paura di sostituire alle gerarchie del passato nuove gerarchie o di sacrificare elementi dello strumentario penalistico tradizionale qualora gli stessi non appaiano più utili o, addirittura, mettano su una falsa strada.

E’ quel che cercheremo appunto di fare, con le nostre limitate forze, nei paragrafi seguenti.

9.2.1 Prima obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione determinano un *vulnus* alla statualità delle scelte in materia di politica criminale

E veniamo, dunque, alla prima obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione determinerebbero, in prima battuta, un *vulnus* alla

⁸Emblematica, in questo senso, la riflessione di Giovanni Fiandaca sulla funzione *lato sensu* normativa della giurisprudenza anche nell’ambito del diritto penale. Cfr. sul punto G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002.

⁹Cfr., da ultimo, F. VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 4.

¹⁰In questo senso va letto anche il titolo del recente lavoro monografico di M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006.

*statualità delle scelte di politica criminale*¹¹.

Bersaglio della *vis polemica* dei penalisti più sensibili a quest'anima della legalità penale sono, naturalmente, tanto gli *obblighi espressi* – che limitano in maniera assai significativa la discrezionalità del legislatore nazionale nell'individuare cosa debba essere oggetto di punizione e cosa no, ed eventualmente come debba essere strutturata la fattispecie incriminatrice e quali sanzioni debbano essere ad essa correlate – quanto gli *obblighi impliciti*, frutto dell'attività interpretativa dei tribunali internazionali e dei numerosi *treaty-bodies* a carattere para-giurisdizionale.

Entrambe le categorie di obblighi sono infatti parimenti indiziate di recare un pregiudizio all'autonomia degli Stati sovrani nelle scelte penali, o addirittura di attentare alla sussistenza di ordinamenti penali che siano autenticamente rappresentativi della civiltà giuridica dei singoli Paesi: quel che si contesta è dunque, lo stesso processo di armonizzazione delle legislazioni penali, che – costituisca esso *oggetto di un preciso disegno*, come accade ad esempio in seno all'Unione europea, o sia invece un *mero effetto* della fissazione, da parte delle istanze internazionali, di precisi limiti all'esercizio dello *jus puniendi* o alla scelta di non esercitarlo, come succede invece nell'ambito della *human rights law*¹² – comunque mina alle fondamenta la stessa sovranità statale, di cui il diritto penale costituisce forse l'espressione più autentica.

Qualche esempio aiuterà a comprendere ancor meglio la questione.

Perché lo Stato italiano dovrebbe rinunciare alla tradizionale bipartizione tra corruzione e concussione, come in più occasioni ha suggerito l'OCSE? O – sempre per approntare un'efficace azione di contrasto ai fenomeni corruttivi – sottoporre a una robusta manutenzione la disciplina penalistica della prescrizione, almeno con riferimento a questo limitato settore?

O ancora, perché il nostro legislatore, che negli ultimi vent'anni ha pervicacemente dimostrato di non voler ottemperare agli *input* sovranazionali di penalizzazione della tortura, dovrebbe infine risolversi ad introdurre nel

¹¹Per la verità, un simile dibattito si è sviluppato anche nella materia processuale a seguito dell'emersione delle giurisdizioni internazionali, che hanno progressivamente eroso l'ambito di esercizio della giurisdizione nazionale.

Cfr. sul punto le belle pagine di A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable*, cit., pp. 13 ss., il quale rileva però – muovendo dalla celebre frase di Santi Romano, secondo cui lo Stato è veramente tale quando può dire «*Jubeo ergo sum*» – come quello dell'erosione della sovranità statale sia, in realtà, un falso mito: «*ne nous laissons pas attendrir par les lamentations de ceux qui proclament que la souveraineté des États est en train de s'etiolier ou est déjà presque éteinte, ni enthousiasmer par les cris de joie de ceux qui exultent pour ce soi-disant dépérissement de la souveraineté. L'État souverain reste encore vigoureux; il est encore une sorte de dieu immortel; il a encore dans ses mains le glaive et n'acucune intention de le livrer aux institutions internationales*» (p. 17).

¹²Cfr. sul punto M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., pp. 314-316 e 323. L'Autrice sottolinea, del tutto condivisibile, come la Corte EDU non persegua l'obiettivo del ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali, ma si limiti ad esercitare un vaglio di compatibilità delle stesse rispetto alla Convenzione (a differenza di quanto accade, invece, in seno alla “piccola Europa”).

codice penale una fattispecie che, indubbiamente, “legherebbe le mani” alle forze di polizia nel contrasto alle varie forme di terrorismo, e che sembra parimenti disfunzionale alla lotta contro le mafie?

E, se poi proprio dovesse cedere sul fronte dell'*an* dell'incriminazione, per quale ragione mai non potrebbe almeno restringere il potenziale ambito di applicazione di un'ipotetica fattispecie di tortura prevedendo – come significativamente fanno alcuni dei più recenti disegni di legge presentati alla Camera e al Senato – che non siano punibili gli atti commessi in esecuzione di un obbligo legale?

Gli strali polemici dei sostenitori di questa visione si indirizzano, dunque, non solo nei confronti delle *richieste di penalizzazione* provenienti dalle istanze sovranazionali, ma anche della pretesa di queste ultime di stabilire *come la tutela penale* da apprestare ad un determinato interesse *debba essere modulata* e/o di individuare *quali siano i suoi limiti*, discendenti dall'esigenza di rispettare quelli che, nella tradizione italiana e tedesca, vengono comunemente indicati come i principi di proporzione, di sussidiarietà penalistica e di offensività, o di tutelare altrettanto rilevanti controinteressi¹³.

Sono tutti aspetti che si ritrovano nel testo della recente *sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona*¹⁴, per molti versi emble-

¹³Per quanto ciò non sia oggetto della nostra trattazione, e anzi riguardi problematiche opposte a quelle di cui qui ci occupiamo, è importante rilevare anche come l'insofferenza nei confronti delle ingerenze esterne si manifesti in relazione tanto agli obblighi quanto ai divieti di criminalizzazione, entrambi percepiti come un'insopportabile esautorazione dello Stato rispetto a una delle sue prerogative essenziali.

Anche in questo caso, qualche esempio potrà aiutarci a visualizzare più chiaramente il problema.

Perché mai l'Irlanda – che ha fatto dell'adesione al cattolicesimo uno dei tratti distintivi della propria identità – dovrebbe rinunciare alla propria legislazione estremamente restrittiva in tema di aborto dettata dall'*Offences Against the Person Act* del 1861 (tanto più che essa non viene di fatto applicata nella prassi, e dunque mantiene essenzialmente un valore simbolico)?

E ancora, non costituiscono un'indebita limitazione delle prerogative dello Stato sentenze come quelle rese dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nei casi *El-Dridi* e *Achughbadian*, che hanno censurato le scelte in tema di immigrazione del legislatore italiano prima e di quello francese poi?

Cfr. su questi profili, rispettivamente: A. COLELLA, *Un'importante sentenza della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, nota a Corte EDU, sent. 16 dicembre 2010, *A, B e C c. Irlanda*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it; L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare "conforme" e "non conforme" alla direttiva rimpatri*, nota a Corte di Giustizia UE, grande sezione, sent. 6 dicembre 2011, *Achughbadian* (causa C-329/11), 2011, in www.penalecontemporaneo.it; e F. VIGANÒ - L. MASERA, *Addio articolo 14: nota alla sentenza El Dridi della Corte di Giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, nota a Corte di giustizia UE, sent. 28 aprile 2011, *El-Dridi* (causa C-61/11 PPU), 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁴Il testo della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 30 giugno 2009, tradotto in lingua italiana dal prof. Jörg Luther, è reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it, alla sezione Atti di convegni e seminari, dove il lettore potrà parimenti avere accesso agli interventi che hanno avuto luogo nel seminario su questo tema tenutosi a Palazzo della

matica delle resistenze nazionali al processo di integrazione europea (e, più in generale, ai condizionamenti sempre più evidenti posti dalle fonti sovranazionali). Come ben ha messo in luce Helmut Satzger, il diritto penale ha assunto un ruolo assolutamente centrale nell'economia di quella decisione¹⁵: il *Bundesverfassungsgericht* ha infatti richiesto un approccio particolarmente rispettoso delle diverse sensibilità nazionali in questo delicato settore, nel quale «il legislatore, con la decisione sui comportamenti meritevoli di pena, assume la responsabilità, democraticamente legittimata, per una forma di azione sovrana, che appartiene al novero degli interventi più penetranti sulla libertà individuale, che possa aversi nel moderno Stato costituzionale» e che dunque «nel suo nucleo essenziale non serve come strumento tecnico-giuridico per la realizzazione di una cooperazione internazionale, bensì rappresenta la decisione democratica particolarmente sensibile sul minimo etico-giuridico»¹⁶.

Come scriveva con estrema lucidità Mirelle Delmas-Marty già nel 1986, guardando al «*modèle en devenir*» del diritto penale europeo, «*l'incrimination, la définition des interdits fondamentaux d'une société, garde le traces d'un mystère qui relie le champ penal à l'espace symbolique du sacré. (...) [L]e droit de punir est à la fois mystère et signe, le plus éclatant peut-être, de la souveraineté nationale*».¹⁷

Non è un caso che, nell'Inghilterra del Medioevo, le *Crown Courts* fossero corti itineranti che amministravano per conto del sovrano la giustizia – e in specie la giustizia penale – su tutto il territorio nazionale, esprimendo plasticamente l'idea dell'unità della giurisdizione e del profondo legame esistente tra l'esercizio di quest'ultima e l'idea stessa di sovranità¹⁸ (non diversamente da quanto facevano – a ben vedere – le monete su cui era inciso il volto del re, le quali pure circolavano all'interno dei confini dello Stato): come sottolinea Adriano Cavanna, l'opera dei magistrati itineranti «diffuse (...) nell'intero Paese l'idea che la giustizia veniva unicamente dal re e che ciascuna giurisdizione locale (pubblica o feudale) doveva essere considerata *come conferita dal re ed esercitata in suo nome e sotto il suo controllo*»¹⁹.

Consulta il 19 ottobre 2009.

¹⁵Cfr. sul punto H. SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea. Appendice al Manifesto del gruppo scientifico internazionale "European criminal policy initiative"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1282.

¹⁶Così i §§ 356 e 358 della motivazione della sentenza, riportati nella traduzione italiana da H. SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea*, cit., p. 1282.

¹⁷Così, splendidamente, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 312.

¹⁸Cfr. sul punto A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, pp. 500-501.

Scrivere l'Autore: «l'istituzione che tendeva veramente un filo diretto fra l'apparato giudiziario centrale e l'amministrazione locale della giustizia da quella dei giudici viaggianti (*itinerant justices*, latinamente *iusticiarii itinerantes*). Si trattava di magistrati appartenenti alla Curia londinese, che però presiedevano una corte ambulante per le varie contee e munita, in qualità di tribunale regio, di una ampia competenza e di un'autorità assolutamente preminente su quella delle corti feudali o di contee».

¹⁹Così ancora A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno*, cit., p. 501

Possibili repliche: il modello statocentrico di diritto penale è ormai anacronistico

Vi è da chiedersi tuttavia se, prima di denunciare un'irrimediabile lesione della sovranità delle scelte in materia di politica criminale, non sia il modello statocentrico di diritto penale fin qui utilizzato a mostrarsi del tutto inadeguato a descrivere la mutata realtà.

L'apporto delle fonti sovranazionali all'individuazione delle condotte penalmente rilevanti e delle relative sanzioni è infatti talmente ragguardevole da far suonare come anacronistiche le rivendicazioni circa una presunta «autarchia punitiva» degli Stati nazionali²⁰: per rendersene conto, basti pensare che in Italia quasi la metà della produzione normativa statutale è ad oggi rappresentata da leggi attuative di disposizioni di fonte UE (con un numero di norme penali destinato con ogni probabilità a crescere nei prossimi anni, quando il sistema delineato dal Trattato di Lisbona funzionerà a pieno regime)²¹; e che – più in generale – è raro che gli interventi di riforma in qualsiasi settore dell'ordinamento, compresi quelli del diritto e della procedura penale, non siano motivati anche (se non primariamente) dall'esigenza di adeguamento ad *input* provenienti dai fonti sovranazionali.

E' questo – ci piaccia o no – il quadro che ci sta davanti agli occhi. E adottare modelli ideali che si mostrano troppo distanti da esso, che si mostravano pienamente validi in un passato divenuto di colpo lontanissimo, da un lato rischia di farci confondere il piano della realtà con quello dell'irrealtà, e dall'altro non ci aiuta a comprendere a fondo i suddetti fenomeni e a guardarli con il giusto equilibrio.

Sembra averne preso atto anche la Corte costituzionale tedesca nella recente sentenza sul Trattato di Lisbona. Anche i giudici di *Karlsruhe* hanno infatti riconosciuto che la sovranità dello Stato è garantita dalla legge fondamentale secondo una concezione nuova, che si differenzia profondamente da quella tradizionale: le aperture verso il diritto internazionale, la cd. *Europa frendlichkeit* e il *favor* verso forme di cooperazione tra Stati che realizzino e mantengano la pace le quali caratterizzano la Costituzione tedesca *impongono di superare l'idea di un potere sovrano ripiegato su se stesso, autosufficiente e libero di fare ciò che vuole anche sul piano internazionale*²².

Analogamente – aggiungiamo noi – l'abbandono della visione statocentrica del diritto, e in particolare del diritto penale, si rende necessario alla luce del dettato della Costituzione italiana, che contiene norme pregnanti come quelle

²⁰A. BERNARDI, *Presentazione*, cit., p. VII. E' curioso rilevare, per inciso, come questa tendenza evolutiva del sistema si sia manifestata, storicamente, proprio nello stesso momento in cui lo Stato nazionale perdeva, nell'Eurozona, un'altra delle sue tradizionali prerogative: quella di batter moneta; e come l'uno e l'altro fenomeno abbiano suscitato la resistenza degli Stati nazionali, o almeno delle componenti più oltranziste dell'agone politico.

²¹Cfr. sul punto C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 59.

²²Cfr. sul punto l'*Intervento* di A. ANZON, anch'esso reperibile gratuitamente sul sito www.cortecostituzionale.it, alla sezione Atti di convegni e seminari, p. 8.

degli artt. 10, 11 e ora 117 co. 1.; norme che, non possiamo dimenticarlo, sono state adottate anche per arginare il rischio che scelte scellerate come quelle compiute sotto il regime fascista potessero ripetersi in nome della rivendicazione dell'autarchia, nelle sue più varie manifestazioni.

Tanto più che, se il nostro Paese davvero avesse voluto “chiamarsi fuori”, ben avrebbe potuto richiedere – come hanno fatto in seno all'Unione europea il Regno Unito, l'Irlanda e la Danimarca – l'introduzione di meccanismi di “*opting-in*” o di “*opting-out*” che gli consentissero di decidere volta per volta se aderire o meno a questa o quella iniziativa in materia penale, o ancora – sempre nel quadro della “piccola Europa” del dopo Lisbona – avrebbe potuto attivare la procedura del cd. *freno di emergenza*.

Rispetto agli obblighi espressi di penalizzazione è dunque errato assumere che il ruolo del legislatore nazionale sia, in buona sostanza, ridotto a quello di un passacarte che – poco più che una formalità – si limita ad apporre il proprio sigillo a decisioni prese altrove, senza che nessuno lo abbia interpellato.

Anche su questo aspetto si diffonde la menzionata sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del giugno 2009, che ha affermato la compatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca proprio in ragione del fatto che le nuove competenze attribuite da quest'ultimo alle istituzioni europee (tra cui figurano quelle delineate dagli artt. 82 e 83 TFUE) sono state ad esse trasferite *mediante apposita manifestazione di volontà del Parlamento nazionale*²³.

(Segue): Il Preambolo e il testo della CEDU e della CADU attribuiscono alle rispettive Corti la giurisdizione a tutela dei diritti in essa sancite, che gli Stati firmatari hanno accettato

Le considerazioni che abbiamo ora esposto non valgono esattamente in questi stessi termini per gli obblighi *impliciti* di criminalizzazione, enunciati dai tribunali sovranazionali (o dai *treaty-bodies* a carattere para-giurisdizionale come il Comitato dei diritti umani, istituito nell'ambito dell'ONU).

E tuttavia, il *Preambolo* degli strumenti internazionali dai quali sono stati ricavati in via pretoria obblighi di tutela penale – che, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati costituisce parte integrante di questi ultimi – contiene indicazioni assai eloquenti in merito alla possibilità che gli Stati firmatari siano chiamati ad adottare *azioni positive* per la promozione dei diritti in essi sanciti, e dunque implicitamente evoca

²³Cfr. ancora A. ANZON, *Intervento*, cit., p. 6.

Si veda altresì L. KUHL, *Spazio giudiziario di cooperazione*, cit., p. 724, il quale sottolinea nondimeno come i giudici di Karlsruhe abbiano fatto riferimento «ad un sistema congelato che non si può più sviluppare» e mostra di ritenere che, all'opposto, «occorra considerarlo come sistema evolutivo, ossia un sistema che prevedendo una tabella di marcia a lungo termine, permette di andare gradualmente da un sistema integralmente cooperativo verso un sistema che intrudice alcuni elementi di integrazione; ovviamente il nucleo di questa integrazione sarà la creazione della Procura europea».

l'eventualità che le stesse consistano nell'adozione di norme penali. Risulta difficile pensare, pertanto, che al momento della ratifica di tali strumenti il legislatore nazionale non fosse neanche nelle condizioni di *immaginare* i suddetti sviluppi²⁴.

Più radicalmente, però, la discrezionalità del legislatore statale rispetto alle scelte di politica criminale non può ritenersi in alcun modo conculcata perché alla base degli obblighi di tutela penale enunciati in via pretoria dalle giurisdizioni sovranazionali vi è, pur sempre, l'adesione a una convenzione internazionale che attribuisce alle suddette giurisdizioni il ruolo di *interpreti ultimi delle convenzioni medesime*, proprio allo scopo di assicurare l'effettivo rispetto dei diritti e delle libertà in esse sanciti²⁵.

Il legislatore nazionale *ha pertanto acconsentito ad una limitazione della propria sovranità* – e segnatamente, della riduzione della propria discrezionalità in ordine all'esercizio o al mancato esercizio dello *jus puniendi* – *nel momento stesso in cui ha ratificato la Carta dei diritti e ha accettato la giurisdizione della Corte istituita a presidio della stessa*; sicché non potrà in alcun modo avanzare obiezioni legittime in sede di esecuzione degli obblighi di tutela penale di fonte sovranazionale, alla quale è certamente tenuto dal punto di vista giuridico (ancorché il sistema internazionale non preveda, per sua stessa natura, mezzi di coazione diretta), e il cui inadempimento costituisce senz'altro un illecito dal punto di vista del diritto internazionale.

²⁴Emblematico, in tal senso, il Preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ci sembra opportuno riportare qui per intero nella traduzione italiana (segnalando in corsivo i passaggi a nostro avviso più rilevanti): «I Governi firmatari, Membri del Consiglio d'Europa; Considerata la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948; Considerato che questa Dichiarazione tende a *garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti che vi sono enunciati*;

Considerato che il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi Membri, e che *uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*;

Riaffermato il loro profondo attaccamento a queste Libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico veramente democratico e, dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei Diritti dell'Uomo a cui essi si appellano;

Risoluti, in quanto governi di Stati europei animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto, a *prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di certi diritti enunciati nella Dichiarazione Universale*,

hanno convenuto quanto segue [...].» Cfr. sul punto M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 314.

²⁵Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2702.

(Segue): Alcuni valori universali devono ricevere tutela ovunque, e dunque si sottraggono all'arbitrio del legislatore nazionale nel decidere cosa debba essere punito e cosa no

Ma, anche a prescindere da queste considerazioni, l'idea che sembra emergere con sempre maggior forza è che *alcuni valori* – e in particolare, i diritti fondamentali sanciti dalle Carte dei diritti a vocazione universale o regionale – *debbano essere tutelati sempre e comunque, in qualsiasi parte del mondo*, e che, in maniera del tutto conseguente, la decisione se attivare o meno l'opzione penale rispetto a questi ultimi neppure rientri nella disponibilità del legislatore statale²⁶. La negazione di tutela penale in relazione ai suddetti valori, in buona sostanza, trascende in arbitrio²⁷.

Si tratta di un principio che, da Norimberga in avanti, sembra essersi definitivamente affermato per quel che concerne i *crimini di diritto internazionale*, rispetto ai quali è stata addirittura istituita una Corte internazionale permanente, chiamata ad accertare le responsabilità penali individuali laddove i tribunali nazionali non siano in grado o non vogliano procedervi.

Ma è nelle cose che – alla luce del processo di globalizzazione, che rende sempre più pressante l'esigenza che taluni reati ricevano un trattamento analogo, o quantomeno comparabile, qualunque sia il luogo in cui sono stati commessi – il suddetto principio si estenda in futuro anche al di là dell'ambito di elezione dei cd. *core crimes*, come sembrerebbero dimostrare, da un lato, le sempre più frequenti ipotesi di giurisdizione universale obbligatoria previste anche per gli *ordinary crimes* dagli strumenti internazionali a connotazione penalistica²⁸ e dalle legislazioni nazionali²⁹ e, dall'altro, l'effettivo esercizio della giurisdizione universale, anche per delitti comuni come l'omicidio o la violenza sessuale, da parte di alcuni importanti membri della Comunità internazionale (come l'Austria, la Danimarca, la Germania e la Norvegia)³⁰.

In questo senso risultano del tutto condivisibili le posizioni di Maria Antonella Pasculli, che nella sua recente monografia sulla giurisdizione universale adombra appunto l'idea che ad *una umanità* debba necessariamente corrispondere *una giustizia*³¹.

²⁶Cfr. sul punto M. DELMAS-MARTY, *Les crimes internationaux*, cit., pp. 59 ss.

²⁷Precisamente in questo senso va letto il titolo del più volte menzionato contributo di F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire* cit., pp. 2645-2704. Si vedano, in particolare, le pp. 2703-2704.

²⁸Quali la Convenzione ONU contro la tortura del 1984, che trova applicazione anche laddove la tortura non abbia il carattere sistematico che ne fa una micro-fattispecie di genocidio, crimine di guerra o crimine contro l'umanità, e ancor più di recente la Convenzione ONU sulla sparizione forzata del dicembre 2006. Vedi *supra*, cap. I, §§ 1.16 e 1.23.

²⁹Cfr. sul punto il dettagliatissimo report di Amnesty International dello scorso 15 ottobre 2011, *Universal jurisdiction. A preliminary survey of legislation around the world*, reperibile sul sito www.amnesty.org.

³⁰Cfr. ancora il report di Amnesty International, *Universal jurisdiction*, cit., p. 13.

³¹Cfr. M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia*, cit., in particolare pp. 121-181.

(Segue): le fonti sovranazionali lasciano al legislatore nazionale un (più o meno ampio) margine di discrezionalità in sede di adeguamento

L'obiezione che fa leva sulla lesione della dimensione statale del diritto, e in particolare del diritto penale, trascura infine un dato estremamente significativo: le fonti sovranazionali da cui promanano gli obblighi di criminalizzazione – e in particolare gli obblighi di criminalizzazione più controversi – di fatto lasciano al legislatore nazionale un margine più o meno ampio di discrezionalità in sede di adeguamento.

I meccanismi attraverso cui ciò può avvenire sono molteplici.

Negli strumenti internazionali a connotazione penalistica è, infatti, frequente il ricorso a *obblighi di penalizzazione alternativi* o ad *obblighi condizionati* (come abbiamo visto, alla compatibilità con i principi che governano il diritto penale nazionale o all'esistenza di norme penali a presidio dei corrispondenti beni nazionali, secondo la tecnica della tutela cd. per assimilazione); e così pure l'impiego di *clausole che prevedono la facoltà di non criminalizzare determinati comportamenti* (le quali – come abbiamo già messo in rilievo – trasformano gli obblighi di criminalizzazione in meri inviti a sanzionare penalmente talune condotte, la cui inosservanza non è produttiva di alcuna responsabilità internazionale per lo Stato).

Per quel che concerne gli obblighi di penalizzazione di matrice giurisprudenziale, invece, il *margine di apprezzamento* che residua al legislatore nazionale è di per sé estremamente ampio, posto che le Corti internazionali danno essenzialmente indicazioni *su quel che non è possibile fare* (ad esempio, prevedere cause di giustificazione o di esclusione della punibilità in senso stretto, o ancora introdurre condizioni di procedibilità) ma *non intervengono sulla concreta conformazione né del precetto penale né della sanzione* (rispetto alla quale si limitano a richiedere che sia effettiva e proporzionata alla gravità del fatto).

L'idea, dunque, che le decisioni siano integralmente preformate a livello internazionale non è poi così rispondente alla realtà.

9.2.2 Seconda obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione non rispettano il principio democratico

La seconda obiezione attiene alla presunta lesione del cd. *principio democratico*, che concentra nelle mani dell'organo rappresentativo il potere di formulare precetti e sanzioni³².

Anch'essa riguarda, come la precedente, tanto gli obblighi *espresi* quanto gli obblighi *impliciti* di criminalizzazione: i primi in ragione del *deficit* di rappresentatività degli organismi internazionali in seno ai quali vengono

³²Cfr. sul punto C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 11.

adottati; i secondi per via della mancanza di legittimazione dei giudici sovranazionali che li formulano.

Si tratta di un'obiezione *prima facie* molto suggestiva, specie per quel che attiene agli obblighi impliciti di penalizzazione, enunciati da «giudici privi di ogni rappresentanza democratica, ed anzi nominati in esito a un processo decisionale che attribuisce un ruolo cruciale ai soli governi degli Stati parte»³³.

Prima di esaminare le contro-obiezioni cui la stessa va incontro, merita di essere ricordato in questa sede come proprio quella del mancato rispetto del principio democratico fosse una (*rectius*, la principale) delle censure sollevate dinanzi alla Corte costituzionale tedesca nella già menzionata sentenza sul Trattato di Lisbona: più nel dettaglio, la norma invocata come parametro era l'art. 38 della Costituzione tedesca, che nel sancire il diritto di elettorato attivo dei membri del *Bundestag* attribuisce ai cittadini tedeschi non solo la possibilità di eleggere periodicamente i propri rappresentanti, ma quella di partecipare effettivamente alla determinazione delle scelte politiche; e ciò sia allo scopo di conferire un fondamento di legittimazione ai pubblici poteri, sia allo scopo di condizionare in via permanente l'esercizio di questi ultimi³⁴.

Siamo dunque di fronte a un'obiezione d'importanza cruciale, per quanto non insuperabile, come vedremo nei paragrafi successivi.

Possibili repliche: neppure a livello nazionale la maggioranza parlamentare è l'unico arbitro delle scelte punitive

Una prima, possibile replica è quella secondo cui «in ogni ordinamento costituzionale, è pacifico che il parlamento – *rectius* la maggioranza parlamentare – non [sia] l'unico arbitro delle scelte punitive», dal momento che «il *nullum crimen sine lege* esprime una riserva a favore del parlamento nei confronti del potere esecutivo e giudiziario; ma non esclude, ovviamente, un controllo della compatibilità delle scelte compiute dal parlamento con la Costituzione, e in genere con i vincoli sovralegislativi, da parte delle istituzioni a ciò deputate», le quali devono, a tale scopo, necessariamente essere *indipendenti* dal Parlamento e dalla maggioranza che esso esprime³⁵.

A ciò si può aggiungere, peraltro, che *non in tutti i Paesi i giudici sono democraticamente eletti*, e che proprio i meccanismi di reclutamento alternativi attraverso i quali vengono nominati sono normalmente visti come garanzia di imparzialità e indipendenza, nonché della capacità di decidere al di là di interessi contingenti.

³³Così F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2697, che pure arriva a conclusioni diametralmente opposte.

³⁴Cfr. ancora A. ANZON, *Intervento*, cit., p. 5.

³⁵Così F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2697.

(Segue): non si può ignorare la crisi che il modello rappresentativo attraversa a livello nazionale

Per altro verso, pare che, nel momento in cui si imputa alle fonti sovranazionali un *vulnus* al principio democratico, non si possa ignorare la profonda crisi che il modello rappresentativo sta attraversando a livello nazionale, per via dell'inadeguatezza dell'attuale sistema di rappresentanza politica, dell'uso snaturato delle fonti governative, delle distorsioni interne al procedimento legislativo e dell'illusorietà del controllo delle scelte di politica criminale da parte dell'opinione pubblica³⁶.

Al punto che le più recenti teorie ricostruiscono il *modus operandi* della riserva di legge in materia penale non più come «incentrato sulla giustizia e democraticità intrinseca della legge, ma piuttosto calibrato sulle diverse forme di controllo, concomitanti o successive alla sua formazione, di natura formale-democratica e sostanziale-contenutistica»³⁷.

Se le cose stanno così, *sarebbe assurdo pretendere sul piano sovranazionale più di quanto normalmente si pretende a livello nazionale*, scandalizzandosi per il mancato rispetto di un corollario della legalità penale che non viene rispettato neppure nelle varie realtà statuali³⁸.

(Segue): non è possibile trasporre automaticamente dal piano nazionale a quello internazionale gli stessi modelli

Come è stato da più parti osservato, inoltre, l'automatica trasposizione a livello internazionale di modelli squisitamente nazionali è erronea, dal momento che gli Stati nazionali e le organizzazioni internazionali nell'ambito delle quali gli strumenti a connotazione penalistica vengono adottati sono *entità incommensurabili*.

Ciò vale anche per la realtà che – come abbiamo più volte sottolineato – più somiglia a uno Stato nazionale, ossia l'Unione europea, posto che anche all'interno di quest'ultima sarebbe del tutto velleitario pretendere di tracciare

³⁶Cfr. sul punto C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., pp. 22-38. Pare opportuno riportare, inoltre, il seguente passaggio: «In realtà, oggi la riserva di legge non garantisce affatto che i contenuti delle norme penali corrispondano a una verità condivisa, o siano immuni da eventuali abusi dell'esecutivo o siano pienamente rispettosi degli interessi delle minoranze: più limitatamente, essa impone che l'adozione di tali norme avvenga nel rispetto di procedure che assicurino una "vigile partecipazione" da parte dell'opposizione e dell'opinione pubblica» (*ibidem*, p. 20).

³⁷Così ancora C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 21.

³⁸C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., pp. 74-6, scrive – a proposito delle ragioni per le quali «l'automatica trasposizione su scala europea di meccanismi tipicamente nazionali (come, per l'appunto, la riserva di legge parlamentare) sembra inopportuna, e financo errata» – che in una prospettiva di carattere puramente logico «non pare congrua, al fine di misurare il rispetto della legalità penale in sede europea, la scelta quale parametro valutativo di un corollario che, oltre a essere calibrato sulle realtà statuali, non viene il più delle volte rispettato neppure in queste ultime».

una netta linea di demarcazione tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario³⁹.

Nè si può replicare che, in un'ottica squisitamente nazionale, il principio democratico è un valore irrinunciabile, che non può dunque essere in alcun modo sacrificato alle esigenze dell'ottemperanza agli obblighi sovranazionali, posto che – come abbiamo già rilevato – *le limitazioni di sovranità sono state preventivamente autorizzate da un atto del Parlamento nazionale*, espressione della volontà democratica.

(Segue): il principio di legalità penale non necessariamente impone che lo *jus puniendi* venga esercitato dall'organo rappresentativo

E veniamo alla replica di portata generale che, a nostro avviso, ha il peso maggiore.

Riprendendo la distinzione di Francesco Palazzo e di Ciro Grandi tra “versante storico” e “versante astorico” della legalità penale – che come abbiamo già detto ci pare particolarmente persuasiva, oltre che funzionale alla nostra esigenza di affrontare i problemi che sorgono rispetto alla legalità penale senza reciproche commistioni – è senz'altro possibile affermare che la riserva di legge parlamentare non è affatto una costante nei diversi ordinamenti penali, e che anche in quelli che la contemplano assume caratteristiche peculiari, che mal si prestano a generalizzazioni: l'individuazione degli organi e delle fonti ai quali è demandata la formulazione dei precetti penali e delle relative sanzioni «è in definitiva una questione di matrice politico-istituzionale, aperta in quanto tale a soluzioni eterogenee in relazione tanto al contesto storico quanto all'area giuridica di riferimento»⁴⁰.

Di talché, *non solo il rispetto del principio di legalità penale non necessariamente postula la sussistenza di una riserva di legge, ma men che meno pretende la sussistenza di una riserva di legge parlamentare*: i tre concetti rimangono, infatti, profondamente distinti⁴¹.

Per rendersene conto, basti pensare agli ordinamenti di *common law*, in cui – nonostante il processo di progressivo ravvicinamento rispetto ai sistemi

³⁹Cfr. sul punto (anche se con riferimento al quadro istituzionale precedente al Trattato di Lisbona) M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Parigi, 2004, p. 20. Più di recente, v. invece C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 74, il quale evidenzia come nella definizione delle competenze delle istituzioni della “piccola Europa” non rilevi la tipologia dei singoli poteri, posto che «l'esercizio di ciascuno di essi viene regolarmente frazionato dai Trattati tra le istituzioni stesse (Commissione, Consiglio, parlamento, organi consultivi)»; di modo che «la legalità europea (qui intesa non come principio strettamente penalistico, ma come principio più generale regolatore dei rapporti tra organi istituzionali) non si esplica [...] attraverso lo schema classico della separazione dei poteri, ma mediante il principio dell'“equilibrio istituzionale”».

⁴⁰Così ancora C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 9.

⁴¹Cfr. sul punto C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 13, il quale peraltro condivisibilmente sottolinea come la riserva di legge – che è appunto un corollario, per quanto non indefettibile, del principio di legalità – condivide la stessa ratio garantistica di quest'ultimo.

di tradizione romano-germanica⁴² – una larga parte di norme incriminatrici tuttora trova la propria fonte non in una legge adottata dal Parlamento nazionale ma nella *case-law* delle Corti interne, ma rispetto ai quali affermare che il mancato rispetto del *nullum crimen sine lege parlamentaria* di per sé determini una lesione del principio di legalità penalistica sarebbe, nondimeno, a dir poco temerario.

Siamo dell'avviso che il nucleo forte del principio di legalità in materia penale coincida con quello che gli autori poc'anzi menzionati identificano come “versante storico” della legalità penale, e che più frequentemente viene indicato con l'espressione “legalità sostanziale”, contrapposta per l'appunto a quella “formale”, o con formule quali quella della “dimensione individualistica” del principio di legalità⁴³.

Andando oltre le etichette, ci sembra che quel che veramente debba rimanere della lezione dell'Illuminismo – al di là di qualsiasi possibile mutamento del quadro politico e giuridico sul fronte nazionale e su quello interno (immaginabile o no) – sia l'esigenza ineludibile che ciascun uomo possa conoscere *a priori* le conseguenze penali delle proprie azioni, di modo da orientare il proprio comportamento autodeterminandosi liberamente⁴⁴; esigenza ineludibile che deve essere soddisfatta attraverso la garanzia di norme penali chiare e precise⁴⁵, che descrivano fatti suscettibili di essere provati nel processo⁴⁶, e trovino applicazione solo per l'avvenire⁴⁷, e delle quali sia inibita ai giudici l'applicazione analogica⁴⁸.

⁴²Cfr. sul punto G. FORNASARI – A. MENGhini, *Percorsi europei di diritto penale. Casi, fonti e studi per il diritto penale*, Padova, 2005, p. 2 ss.

⁴³Con tale espressione si allude alla dimensione «relativa ai rapporti tra l'individuo e i poteri dello Stato, i quali risultano limitati nella misura in cui vengono tutelate le garanzie del primo». Cfr. sul punto ancora C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 84.

Cfr. altresì G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, 2007, vol. II, pp. 1247 ss.

⁴⁴Cfr. sul punto G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 12.

⁴⁵In questo senso parliamo di “principio di precisione”, secondo l'insegnamento di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 19, che ne fanno risalire la paternità a Beccaria e a Feuerbach.

⁴⁶E' questa l'esigenza che sta alla base del “principio di determinatezza”, sempre secondo l'insegnamento di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 20, i quali individuano la prima formulazione del suddetto principio nell'opera di Feuerbach.

⁴⁷Esprime quest'esigenza il “principio di irretroattività delle norme sfavorevoli all'agente”. Cfr. ancora G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 253. Gli Autori si oppongono, peraltro, alla nozione ampia del principio di legalità, comprensiva anche del principio di irretroattività, fatta propria da parte della dottrina, evidenziando come il primo riguardi la materia delle fonti, e il secondo l'efficacia nel tempo della legge penale, e come tanto la legislazione italiana quanto le fonti sovranazionali li enuncino talora in maniera separata: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 9-11. Contra, G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII, 1994, p. 284, il quale afferma invece che «la connessione del principio di irretroattività con quello di legalità non è solo storica e funzionale, ma logica e pertanto intima e indissolubile».

⁴⁸In questo limitato senso parleremo, ancora secondo l'insegnamento di G. MARINUCCI

Questa – e solo questa – è la *dimensione del principio di legalità che assurge a diritto fondamentale*, che dev'essere preservata a qualunque costo e rispetto alla quale non sono ammissibili cedimenti.

Non è un caso che, al di là di alcune recenti e a nostro giudizio poco condivisibili *departures*⁴⁹, tanto la Corte di Strasburgo quanto quella di Lussemburgo – che si è fin qui mossa sulle orme della prima, complice anche l'assenza, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁵⁰, di una norma *ad hoc* – abbiano fatto propria *questa lettura* del principio di legalità penale enunciato, *nella veste di diritto fondamentale*, dall'art. 7 CEDU⁵¹.

– E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 167, di “principio di tassatività”, il quale «esprime il divieto – per il giudice e per il legislatore – di estendere la disciplina contenuta nelle norme incriminatrici oltre i casi in esse espressamente previsti: pertanto, non solo a casi del tutto diversi ed eterogenei da quelli espressamente considerati dalla legge, ma anche a casi simili ed anche se le stesse esigenze di tutela (l'*eadem ratio*) che stanno alla base della norma incriminatrice avrebbero potuto spingere il legislatore a includere nella previsione espressa quei casi simili non considerati».

⁴⁹Alludiamo, per quel che concerne la Corte EDU, alla sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, che ha tratto dall'art. 7 CEDU il principio di retroattività favorevole, e, per quel che concerne la Corte di giustizia dell'UE, alla sentenza del 3 maggio 2005, *Berlusconi* (cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02), con la quale il principio di retroattività favorevole all'epoca espresso dall'art. 49 della Carta di Nizza è stato incluso tra i principi desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni. Quel che non condividiamo è l'accostamento di tale principio a quello di legalità penale, rispetto al quale presenta un fondamento del tutto diverso; accostamento che, nondimeno, per la Corte EDU era in qualche misura obbligato, dato che l'art. 7 CEDU rappresenta l'unica norma della Convenzione che espressamente concerne il diritto penale sostanziale.

Cfr. in relazione alla sentenza *Berlusconi* A. BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del “favore rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionali e di giustizia*, Torino, 2005, pp. 31 ss. L'Autore ritiene, in particolare, che con la suddetta pronuncia sia stato sacrificato il principio del primato del diritto comunitario a favore di un'interpretazione eccessivamente rigorosa del principio di legalità.

All'opposto, riteniamo che l'avanzamento effettuato dalla Corte EDU con la sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, che ha embrionalmente affermato il principio di colpevolezza, sia perfettamente giustificata nella logica dell'art. 7 CEDU, dato il profondo legame che sussiste tra quest'ultimo e il principio di legalità (in relazione al quale cfr. le sempre attualissime osservazioni di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 12, che valorizzano il *dictum* di Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364).

⁵⁰L'art. 49 CDFUE si limita, infatti, a sancire – in maniera quasi sorprendente, potremmo dire – i soli principi di irretroattività sfavorevole e di retroattività sfavorevole, che appaiono dunque messi sullo stesso identico piano ed elevati “autoritativamente” entrambi al rango di diritti fondamentali.

⁵¹Sulla dimensione del *nullum crimen* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia cfr. ancora C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., pp. 82 ss. e 92 ss.

Per quel che concerne invece il concetto di *legalità penale* nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cfr. invece V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 69 ss.

E parimenti non è un caso che la dottrina costituzionalistica e autorevoli esponenti di quella penalistica sottolineino come la riserva di legge *non possa essere invocata tra i "controlimiti"* alla potestà attribuita dai Trattati europei alle fonti dell'Unione⁵².

(Segue): per quel che concerne il diritto dell'Unione europea, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona le preoccupazioni sul deficit democratico delle istituzioni europee devono essere sensibilmente ridimensionate

Date le dimensioni del fenomeno dell'eterodirezione delle scelte di politica criminale da parte delle fonti del diritto dell'UE, è del tutto comprensibile che gran parte delle preoccupazioni della dottrina italiana si siano appuntate sul *deficit* democratico delle istituzioni europee. Si trattava di preoccupazioni indubbiamente fondate nel sistema precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (e alle sentenze "gemelle" del settembre 2005 e dell'ottobre 2007), quando gli atti a connotazione penalistica assumevano la forma della *decisione-quadro*, per la cui adozione era richiesto il voto unanime in seno al Consiglio: il trasferimento di competenze dagli Stati membri all'Unione si traduceva infatti, in buona sostanza, in un *trasferimento della potestà normativa in materia penale dai Parlamenti ai governi nazionali*, con buona pace degli insegnamenti della dottrina penalistica tradizionale⁵³.

Alla luce delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, tuttavia, i suddetti timori devono essere estremamente ridimensionati⁵⁴.

La *procedura legislativa ordinaria* – che costituisce il meccanismo generale di adozione degli atti legislativi dell'Unione, ivi comprese la gran parte delle direttive di armonizzazione penale⁵⁵ – vede infatti il Parlamento europeo e il

⁵²Cfr. sul punto R. BALDUZZI – F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1989, p. 1222 e S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 241 ss.

Di avviso contrario sono invece G. INSOLERA, *Democrazia, ragione, prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri*, Milano, 2003, p. 62; e, più di recente, C. SOTIS, *Diritto comunitario e giudice penale, Rassegna monotematica* a supplemento de *Il Corriere del Merito*, 2010, pp. 9-10, e C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 20.

⁵³Cfr. sul punto A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., in particolare pp. 24 e 44-45.

⁵⁴Su posizioni in parte diverse si colloca, invece, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., pp. 243 ss.

⁵⁵L'art. 83 § 1 TFUE dispone infatti che le direttive per l'armonizzazione delle normative nazionali in sfere di criminalità particolarmente grave a carattere transnazionale siano sempre adottate attraverso la procedura legislativa ordinaria; l'art. 83 § 2 prevede invece che le direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni nazionali in tutti i casi in cui ciò si riveli indispensabile a garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione siano adottate mediante il ricorso alla "stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle preve misure di armonizzazione". Bisogna peraltro tenere presente che la procedura ordinaria costituisce il meccanismo di gran lunga più frequente

Consiglio su un piano di parità pressoché assoluta: ai sensi dell'art. 294 TFUE l'organo rappresentativo dell'Unione ha infatti a) il potere di approvare o di respingere il testo proposto dalla Commissione (alla quale spetta l'iniziativa legislativa) e approvato dal Consiglio; b) la facoltà di suggerire modifiche alla proposta della Commissione, adottando in prima lettura una propria posizione; e c) il potere di apportare emendamenti in seconda lettura al testo modificato dal Consiglio⁵⁶.

Anche il *ruolo dei Parlamenti nazionali* è andato assumendo maggior rilievo in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, posto che il primo Protocollo al Trattato ha previsto l'obbligo di inviare a questi ultimi i progetti di tutti gli atti legislativi (art. 2) e così pure il divieto di metterli all'ordine del giorno prima che sia trascorso un periodo di otto settimane dal suddetto invio (art. 4), e che il secondo Protocollo ha attribuito ai Parlamenti nazionali il potere di esercitare un pervasivo controllo *ex post* sulla conformità degli atti dell'Unione con i principi di proporzionalità e di sussidiarietà⁵⁷.

Il coinvolgimento delle assemblee rappresentative nazionali recupera, dunque, un ulteriore segmento di democraticità al processo di *law-making* europeo.

Non si può dimenticare, peraltro, la possibilità per ciascuno degli Stati membri di attivare il cd. freno d'emergenza, che il terzo paragrafo degli artt. 82 e 83 TFUE individua come ipotesi senz'altro marginale, ma che non può essere del tutto esclusa. Nel complesso paiono, dunque, ingenerose le critiche di quanti ritengono che il procedimento di adozione delle direttive dell'Unione in materia penale si mostri ancora inadeguato sotto questo profilo⁵⁸; e ciò

per l'adozione degli atti legislativi, con la conseguenza che la clausola di "equiparazione delle procedure" prevista dal secondo periodo dell'art. 83 § 2 TFUE nella maggior parte dei casi renderà applicabile la procedura ordinaria anche per questa seconda tipologia di direttive di armonizzazione penale. Come nota C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 121 – per il quale comunque «meglio sarebbe stato (...) se l'art. 83.2 TFUE avesse prescritto la procedura ordinaria per l'adozione di qualsiasi direttiva di armonizzazione penale, a prescindere dalla procedura prevista caso per caso per l'adozione degli atti di armonizzazione penale» – alle procedure legislative speciali non è, per vero, estraneo il coinvolgimento del Parlamento europeo, attraverso la formulazione di un parere consultivo o vincolante, e dunque presentano un coefficiente di democraticità sufficiente (anche se migliorabile).

⁵⁶C. GRANDI, *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, cit., pp. 371 ss.

⁵⁷Cfr. ancora C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., pp. 110-111.

⁵⁸Gli argomenti sui quali si fonda tale critica sono, da un lato, la persistente allocazione del potere d'iniziativa legislativa nelle mani della Commissione e, dall'altro, la presunta incapacità del Parlamento europeo di svolgere un effettivo ruolo rappresentativo dei cittadini dell'Unione, poiché mancherebbe al suo interno una dialettica tra maggioranza e opposizione come quella che si innesca all'interno delle assemblee legislative nazionali: cfr. sul punto C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., pp. 115-118.

Né l'uno né l'altro paiono, tuttavia, insuperabili, posto che: a) l'art. 76 TFUE attribuisce il potere di iniziativa legislativa nel settore della cooperazione penale e di polizia anche a un quarto degli Stati membri (così che gli stessi possano farsi promotori di un processo

tanto più se si tiene a mente – come abbiamo cercato di fare – quanto profonda sia la crisi del meccanismo rappresentativo a livello interno e quanto problematica si mostri la automatica trasposizione su scala europea di modelli affermatasi sul piano nazionale.

Non a caso, il rimprovero di insufficiente rappresentatività e di inadeguatezza delle prerogative che la Corte costituzionale tedesca muove al Parlamento europeo è stato l'aspetto più criticato della più volte menzionata sentenza del giugno 2009, che non sembra tener conto né dei «passi fondamentali che fino ad ora sono stati compiuti, nei 50 anni del cammino d'integrazione», né del «ruolo riconosciuto, proprio dal Trattato di Lisbona, al Parlamento europeo ed alla sua sinergia con i parlamenti nazionali»⁵⁹.

(Segue): per quel che concerne gli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, non si può dimenticare che questi ultimi sono sottratti al principio democratico

Un altro bersaglio privilegiato delle critiche che si fondano sul *vulnus* al principio democratico è rappresentato dagli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, i quali come abbiamo visto sono stati in gran parte enunciati in via pretoria da giudici privi di qualsiasi legittimazione democratica.

Come è stato da più parti messo in luce, tuttavia, quest'obiezione non coglie nel segno per un'evidente ragione: la tutela dei diritti fondamentali, che talvolta passa anche attraverso l'utilizzo degli strumenti della giustizia penale, dev'essere assicurata se necessario anche *contro* le scelte delle contingenti maggioranze politiche, e a dispetto della volontà dei rappresentanti del popolo, pur democraticamente eletti, dato che «il principio democratico [...] incontra qui un preciso limite, connaturato alla cornice costituzionale nella quale si esercita (anche nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 1 Cost.) la stessa sovranità popolare»⁶⁰.

Finché, dunque, l'enunciazione degli obblighi di tutela penale rimane confinata allo stretto perimetro dei più fondamentali tra i diritti fondamentali, nessuna questione sulla democraticità delle scelte di politica criminale potrà seriamente porsi. La questione si intreccia allora, a ben vedere, con quella – che affronteremo in uno dei paragrafi successivi – di *quali diritti* possano legittimare l'affermazione di simili obblighi, anche alla luce della difficoltà di individuare un *numerus clausus* di diritti autenticamente fondamentali e

di armonizzazione laddove lo stesso sia avvertito come necessario per contrastare più efficacemente la criminalità transnazionale); b) la cd. "iniziativa dell'iniziativa" è attribuita dall'art. al Consiglio e al Parlamento europeo; c) la tenuità delle contrapposizioni ideologiche in seno al Parlamento europeo si è fin qui dimostrata un elemento funzionale alla reale democraticità del processo decisionale europeo nella materia penale.

⁵⁹Cfr. sul punto l'*Intervento* di G.M. FLICK al Convegno sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it, alla sezione Atti di convegni e seminari, p. 2

⁶⁰Così F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2699.

della tendenza assai diffusa di presentare sotto le mentite spoglie di “diritti fondamentali” diritti che tali non sono.

Conviene peraltro sottolineare ancora una volta che l’operato delle Corti dei diritti è stato sin qui caratterizzato dalla massima prudenza, e che né nella giurisprudenza di Strasburgo né in quella di Lussemburgo si intravedono le premesse per un’enuciiazione “a cascata” di obblighi di criminalizzazione, a fronte di qualunque tipologia di aggressione di qualsiasi diritto fondamentale: del lungo elenco della CEDU e della CADU, i diritti fondamentali a presidio del quale sono stati affermati obblighi di tutela penale davvero si contano, infatti, sulle dita di una mano; ed è sinora rimasto fermo il limite della necessità di un’aggressione intenzionale come ineludibile premessa di qualsiasi tutela penalistica.

I timori per un’incontrollata estensione degli *input* di tutela penale paiono dunque, al momento, del tutto infondati.

9.2.3 Terza obiezione: gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione enunciati di matrice giurisprudenziale non rispettano il principio di separazione dei poteri

La terza obiezione, che riguarda unicamente gli obblighi di criminalizzazione enunciati *in via giurisprudenziale*, tanto in termini positivi quanto in termini negativi, attiene al presunto *vulnus* al principio della separazione dei poteri che sarebbe connaturato a questi ultimi⁶¹.

Si tratta di un’una critica molto forte, dal momento che la separazione dei poteri costituisce nientemeno che *uno dei fondamenti dello Stato liberale di diritto*, almeno nei sistemi romano-germanici.

Tuttavia, ci pare che vi si possano contrapporre due argomenti decisivi, che andremo a esporre nei paragrafi successivi.

⁶¹Pur se non riguarda direttamente l’oggetto della nostra trattazione, non possiamo fare a meno di rilevare come preoccupazioni analoghe siano spesso manifestate in ragione del fatto che le Corti internazionali spesso intervengono a censurare le concrete modalità di esercizio dello *jus puniendi* da parte del legislatore sovrano, tanto ampliando quanto restringendo dell’area del penalmente rilevante da questi disegnata; e lo stesso fanno, sempre più sovente, le Corti interne, anch’esse in nome degli obblighi sovranazionali di tutela penale o dei limiti per così dire connaturati a questi ultimi, per come essi sono formulati sul piano internazionale. Ciò determinerebbe, secondo alcuni autori, non solo una lesione della sovranità dello Stato, attraverso la progressiva destatalizzazione delle scelte di politica criminale, ma anche la violazione del principio di separazione dei poteri, attraverso le ripetute “invasioni di campo” della magistratura nel “riservato dominio” del legislatore. Cfr. su questi aspetti G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente*, cit., in particolare alle pp. 2365-2371.

Possibili repliche: gli obblighi di criminalizzazione rimangono pur sempre richieste di pena, e pertanto presuppongono l'intervento del legislatore nazionale

L'obiezione che abbiamo riportato pare, anzitutto, trascurare che la forma assunta dagli obblighi di penalizzazione è semplicemente quella della richiesta di pena, la quale pertanto *presuppone la mediazione del legislatore nazionale*, che a quella richiesta è chiamato appunto a rispondere.

Finché per fondare la responsabilità penale dell'individuo permarrà la necessità dell'intervento di una legge interna di recepimento, dunque, il principio della separazione dei poteri verrà salvaguardato.

(Segue): non sussiste il pericolo che lo stesso organo che ha avanzato la richiesta di norme incriminatrici a tutela di determinati interessi si trovi concretamente ad applicarle

Ma vi è di più. Come insegna la dottrina più autorevole, nella materia penale il principio di separazione dei poteri è in particolare volto ad assicurare «la tutela del cittadino nei confronti (...) degli arbitri del giudice, che non deve diventare il “legislatore del caso concreto”»⁶². Ancor più concretamente, esso si traduce nella garanzia che il potere dello Stato chiamato a dare concreta applicazione alle norme incriminatrici sarà *diverso* da quello che le ha in precedenza emanate, e che dunque vi sia una *netta distinzione* – anche dal punto di vista temporale – tra il momento della *posizione* delle fattispecie penali e quello della loro *applicazione*.

Se così stanno le cose, è evidente come l'esigenza di una simile assicurazione non sussista, invece, per quel che concerne gli obblighi di criminalizzazione enunciati dai tribunali internazionali, i quali *non potranno in alcun modo dare concreta applicazione alle norme incriminatrici adottate in ottemperanza agli stessi* e rispetto ai quali non sussiste, dunque, il rischio di arbitri.

9.2.4 Quarta obiezione: gli obblighi di criminalizzazione di matrice sovranazionale non si mostrano rispettosi del principio di precisione

E veniamo infine all'ultima obiezione, quella secondo la quale gli obblighi di criminalizzazione di matrice sovranazionale non si mostrerebbero autenticamente rispettosi del principio di precisione. Un monito al rispetto di quest'ultimo è presente, con riferimento agli atti di fonte UE, nel già menzionato *Manifesto sulla politica criminale europea*⁶³; *Manifesto* nel quale si richiama giustamente l'attenzione sulla *ratio* del principio di *precisione* (chiamato per vero *principio di determinatezza*, secondo una classificazione

⁶²Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 9.

⁶³AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1263 ss.

diversa da quella che noi abbiamo accolto in questa sede, a riprova della babele linguistica cui accennavamo nell'introduzione!) e si richiede che il testo normativo sia comprensibile di per sé, e che in ogni caso siano prevedibili i presupposti oggettivi e soggettivi della punibilità e le conseguenze giuridiche minacciate⁶⁴.

Si tratta di un richiamo certamente valido anche al di là del diritto dell'Unione europea, oltre che di grande importanza pratica, posto che il principio di precisione si inquadra tra i corollari del principio di legalità nella sua dimensione "astorica", che come abbiamo evidenziato in precedenza sono quelli dai quali derivano reali garanzie per il cittadino: l'obiezione che fa leva sul *deficit* di chiarezza e di dettaglio delle norme sovranazionali che contengono obblighi di criminalizzazione va, dunque, affrontata con la massima serietà.

Anche in questo caso ci sembra, tuttavia, di poter intravedere almeno tre possibili repliche, che andremo a esaminare nei paragrafi seguenti.

Possibili repliche: il canone della precisione è estremamente relativizzato anche a livello interno

La prima contro-obiezione è, per così dire, di metodo: il canone della precisione è estremamente relativizzato anche a livello interno⁶⁵, e non sembra coerente pretendere dalle norme sovranazionali uno *standard* di chiarezza e un livello di dettaglio più elevati di quello che generalmente si pretende da quelle sovranazionali.

Anche sul piano nazionale, infatti, l'effettiva capacità di rendimento di tale principio è posta significativamente in dubbio; e, per altro verso, si tende ormai a riconoscere il ruolo dell'interpretazione giudiziaria, che viene a precisare il significato dei termini legislativi e dunque a garantire la prevedibilità delle conseguenze penali.

(Segue): le fattispecie di criminalizzazione previste dalle fonti sovranazionali più recenti presentano, con riferimento al precetto penale, un grado di precisione paragonabile o addirittura superiore a quello delle norme incriminatrici nazionali

Ma davvero si può affermare che le norme internazionali contenenti obblighi di tutela penale, e in particolare quelle che dettano obblighi di criminalizzazione, siano caratterizzate da uno *standard* di precisione inferiore a quello delle norme incriminatrici adottate a livello interno?

⁶⁴ AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1264.

⁶⁵ Cfr. sul punto G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 134 ss., i quali ravvisano peraltro le premesse per una nuova stagione, in cui il canone della precisione possa essere più compiutamente valorizzato tanto dal legislatore ordinario quanto dalla Corte costituzionale.

La risposta a questa domanda è necessariamente articolata, giacché essa dipende dalla tipologia di disposizioni internazionali che si assumono come metro di paragone.

Certo, se si pensa agli strumenti internazionali del primo Novecento, non si può non riconoscere come un *deficit* di precisione vi sia, e come il linguaggio utilizzato dai redattori delle Convenzioni sia spesso atecnico (oltre che, per forza di cose, arcaico); ma se si guarda agli atti emanati nella seconda metà del secolo, e in particolare a quelli adottati dagli anni Ottanta in poi, ci si accorge di come simili critiche siano, invece, del tutto ingiustificate, almeno per quel che concerne l'*enunciazione del precetto penale*.

Essi abbondano, infatti, di *definizioni legali* (che in genere precedono la formulazione della fattispecie di criminalizzazione, secondo il modello anglo-sassone), e non si sottraggono a una *descrizione estremamente dettagliata della condotta* o delle condotte alternative che costituiscono l'oggetto della richiesta di penalizzazione, e così pure *delle eventuali circostanze* che dovrebbero determinare l'applicazione di diminuzioni o di aumenti di pena: al punto che i legislatori meno volenterosi spesso si limitano semplicemente a trasporre le fattispecie di criminalizzazione così come sono nell'ordinamento interno, sottraendosi a qualsiasi sforzo aggiuntivo volto ad elevare lo *standard* di chiarezza e di dettaglio.

La situazione non è diversa rispetto agli atti di fonte UE, nei quali parimenti l'impiego di *definizioni legali* è ormai una costante, e che contengono vere e proprie *fattispecie di criminalizzazione*.

In relazione a questi ultimi il problema del *deficit* di precisione è dato, piuttosto, dall'utilizzo talora disinvolto della tecnica del rinvio, e in particolare del *rinvio cd. a catena*, che rende difficilmente accessibile e poco comprensibile il precetto penale: emblematica, in questo senso, la direttiva sull'inquinamento navale, sulla quale ci siamo soffermati nella parte descrittiva. E, naturalmente, dal problema dell'esistenza di un elevatissimo numero di *lingue ufficiali*, che inevitabilmente comporta frequenti incongruenze tra una versione linguistica e l'altra dello stesso atto.

Ma, al di là di queste critiche – che si appuntano comunque su strumenti isolati – non sembra comunque di poter ravvisare un problema generalizzato in merito al rispetto del canone della precisione.

Un discorso senz'altro diverso vale, invece, per l'*individuazione della sanzione*, rispetto alla quale è innegabile che i frequenti richiami alla necessità che la stessa abbia natura detentiva o si mostri “grave, proporzionata e dissuasiva”, contenuti negli strumenti internazionali, non siano sufficienti a individuare con precisione le conseguenze della violazione del precetto da esse descritto.

Gli atti dell'Unione europea, per vero, si spingono oltre, fino ad individuare il cd. *minimo del massimo edittale* o – come è accaduto con la recentissima direttiva 2011/92/UE in tema di lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile – a *differenziare i livelli di pena* che

rispecchino i diversi gradi di gravità dei reati che dovrebbero essere introdotti per rispondere agli *input* di penalizzazione, prevedendo per ciascuno di essi, appunto, la soglia sotto la quale non può assestarsi il massimo edittale.

E tuttavia, ci sarebbe da meravigliarsi se così non fosse: come potrebbero le fonti sovranazionali imporre *un'unica sanzione*, prescindendo totalmente dagli *standard* sanzionatori che caratterizzano gli ordinamenti penali degli Stati membri?

La stessa pena – quattro anni di reclusione, poniamo – potrebbe essere considerata una pena elevata o di lieve entità a seconda del sistema di riferimento: in assenza di un intervento di armonizzazione di portata generale, che allo stato non si può neppure ipotizzare, qualsiasi indicazione puntuale che si spinga oltre l'individuazione del cd. minimo del massimo sarebbe, dunque, indesiderabile.

(Segue): le norme sovranazionali contenenti obblighi di criminalizzazione presuppongono l'intermediazione di una norma interna di adeguamento, e dunque non necessitano lo stesso livello di precisione di quest'ultima

Ma la contro-obiezione davvero fondamentale è quella che fa leva sulla diversa *funzione* delle norme sovranazionali contenenti obblighi di criminalizzazione (anche quand'anche le stesse contengano vere e proprie fattispecie di criminalizzazione) e delle norme incriminatrici adottate in ottemperanza a queste ultime.

Poiché le prime necessariamente presuppongono, nei sistemi di *civil law*, l'intermediazione delle seconde, è ragionevole pensare che il livello di precisione non debba essere lo stesso per le une e per le altre: saranno infatti le norme incriminatrici adottate dal legislatore nazionale, e non le fattispecie di criminalizzazione eventualmente contenute nelle norme sovranazionali che pongono obblighi di criminalizzazione, a dover *orientare il comportamento dei consociati*, consentendo loro di distinguere con sicurezza ciò che è permesso da ciò che è proibito.

Più nel dettaglio, il canone della precisione si atteggia in maniera profondamente differente per le une e per le altre proprio in ragione della diversa funzione cui esso assolve nell'uno e nell'altro caso: mentre nell'ambito delle norme incriminatrici nazionali lo stesso risponde essenzialmente ad un'*esigenza di certezza*, nell'ambito delle fonti sovranazionali che contengono obblighi di penalizzazione esso si mostra invece *funzionale al corretto adempimento* di questi ultimi *da parte del legislatore nazionale*.

Più la norma sovranazionale è chiara, precisa e dettagliata, più la stessa potrà fungere da guida per il legislatore interno che si accinga a dare esecuzione all'obbligo di penalizzazione che la stessa gli impone; e viceversa, meno si mostra rispettosa del canone della precisione, minori saranno le *chances* che essa avrà di condizionarne l'azione. Se, dunque, un alto livello di precisione

delle norme sovranazionali che contemplano obblighi di penalizzazione – in particolare nel caso in cui le stesse assumano le sembianze di vere e proprie fattispecie di criminalizzazione – è senz'altro *auspicabile*, perché consente di ridurre il rischio di discrasie tra queste e le norme interne di recepimento, esso *non è tuttavia imprescindibile, o almeno non lo è nella stessa misura in cui lo è per le norme incriminatrici adottate a livello interno*, le quali sole dovranno assicurare ai consociati la sicurezza di libere scelte d'azione attraverso la garanzia della prevedibilità delle eventuali conseguenze penali delle stesse.

Il discorso cambierebbe, ovviamente, nel momento in cui anche nei sistemi di tradizione romano-germanica si postulasse la *diretta applicabilità* delle norme sovranazionali che contengono obblighi di penalizzazione: in questo caso sarebbero proprio queste ultime ad assolvere alla suddetta funzione garantistica, e il rispetto del principio di precisione diverrebbe un'esigenza ben più cogente. Si tratta tuttavia, come vedremo, di un'eventualità davvero remota, se si eccettua la competenza penale diretta che il Trattato di Lisbona sembra attribuire all'Unione europea nel settore della protezione dei propri interessi finanziari.

Piuttosto, sempre in quest'ottica può essere generalizzata l'osservazione contenuta nel più volte citato *Manifesto sulla politica criminale europea*, secondo la quale il livello di precisione che si richiede all'atto di armonizzazione penale dell'UE è *inversamente proporzionale all'ampiezza del margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri* per l'attuazione di quest'ultimo⁶⁶: quanto meno il legislatore nazionale potrà discostarsi dallo strumento sovranazionale contenente obblighi di criminalizzazione in sede di recepimento, tanto più quest'ultimo dovrà caratterizzarsi per standard elevati di chiarezza e di dettaglio.

9.3 Proporzione e dintorni

Le difficoltà linguistiche cui accennavamo nell'introduzione si fanno, poi, ancor più evidenti nel momento in cui ci si avventura sul terreno della *proporzione* dell'intervento penale: i riferimenti talora al principio di sussidiarietà penalistica (che sul fronte del diritto dell'UE rischia di essere confuso con quello di sussidiarietà *tout court*), talaltra a quello di *extrema ratio*, talatra ancora, appunto, al principio di *proporzione*, e così pure la frequente invocazione di un principio di *offensività* dai contorni sfuggenti, distinto seppur collegato da quello di *materialità* del reato, alimentano ingiustificatamente l'impressione che ci si trovi in presenza di un intricato groviglio di problemi.

Se non ci si fa intimorire da questa babele linguistica, tuttavia, si vede come le preoccupazioni degli studiosi che si sono approcciati al tema degli obblighi sovranazionali di tutela penale siano, essenzialmente, due:

⁶⁶ AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1264.

- a) da un lato si avanza il timore di un *ricorso indiscriminato ai meccanismi della giustizia penale*, anche in settori nei quali un'efficace azione di contrasto potrebbe essere impostata attraverso l'utilizzo di strumenti diversi e meno distruttivi della pena, che dovrebbe pur sempre rimanere l'*ultima ratio*;
- b) dall'altro, si paventa – e in alcuni limitati casi si denuncia – l'utilizzo dello strumentario penalistico anche in assenza di un potenziale pregiudizio per un qualsivoglia interesse, o comunque in presenza di un pregiudizio irrilevante.

Le due questioni, che andremo ad affrontare nei paragrafi successivi, sono a ben vedere strettamente correlate: non si può infatti ritenere *necessitato* il ricorso alla tutela penale – che è la massima forma di tutela di cui l'ordinamento dispone – laddove *manchi radicalmente un possibile oggetto di tutela*. Per questo abbiamo deciso di riunirle sotto la comune etichetta “proporzione e dintorni”, senza preoccuparci troppo del fatto che, in un'ottica squisitamente nazionale, la prima verrebbe considerata come attinente al principio di “sussidiarietà *penalistica/ultima ratio* e la seconda al principio di “offensività”⁶⁷.

Il termine “proporzione” ci è sembrato, d'altra parte, quello più evocativo, non foss'altro per il fatto che proprio nell'ambito del giudizio di proporzione in senso lato entrambe verrebbero concretamente affrontate dalle Corti dei diritti, nel linguaggio universale della *human rights law*.

Giova a questo proposito sottolineare come tanto la Corte di Strasburgo quanto quella di San José abbiano interiorizzato – sia pur con le dovute variazioni⁶⁸ – il procedimento di valutazione della conformità di una norma incriminatrice al principio di proporzione in precedenza elaborato dalle Corti costituzionali e dalla dottrina tedesca e austriaca, il quale si articola nei seguenti quattro passaggi successivi:

1. occorre in primo luogo valutare se lo scopo perseguito dalla fattispecie penale sia costituzionalmente legittimo e non arbitrario e si sostanzia in un *pubblico interesse*;

⁶⁷Il *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1263 utilizza le espressioni «esigenza di un legittimo scopo di tutela» e «principio dell'*ultima ratio* come espressione del principio di proporzione» per indicare, rispettivamente, i profili da noi indicati sub b) e sub a).

⁶⁸Tale giudizio viene in genere effettuato, per quel che concerne la Corte di Strasburgo (a noi più vicina!), in sede di accertamento di un'eventuale violazione degli artt. 8-11 CEDU e 1 Prot. 1, che sono quelli sui quali essenzialmente incide la sanzione penale.

Con riferimento alle tappe del suddetto accertamento, cfr. L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, pp. 293-294.

2. in seconda battuta, bisogna accertare se l'intervento legislativo sia *idoneo* a perseguire tale scopo (e dunque a realizzare il pubblico interesse);
3. in terza battuta, è indispensabile valutare se vi fossero altri strumenti egualmente idonei ma meno lesivi dei diritti fondamentali, e dunque se il ricorso alla sanzione penale fosse o meno *necessitato*;
4. infine, occorre esaminare se l'intervento penale sia *proporzionato*, in senso stretto, allo scopo, attraverso un giudizio di bilanciamento tra i beni in gioco (l'interesse pubblico, da un lato, e il diritto fondamentale su cui incide la sanzione penale, dall'altro)⁶⁹.

Esaurita questa necessaria premessa, è possibile guardare più da vicino a ciascuna delle due obiezioni avanzate – come abbiamo detto, talora sotto forma di timori, talaltra di vere e proprie denunce – da autorevoli esponenti della dottrina penalistica, anche in questo caso di formazione e provenienza geografica le più disparate.

9.3.1 **Prima obiezione: le fonti sovranazionali impongono (o rischiano di imporre) il ricorso ai meccanismi della giustizia penale anche laddove un'efficace azione di contrasto potrebbe essere impostata attraverso l'utilizzo di strumenti extrapenali, come tali meno lesivi dei diritti fondamentali**

Autorevoli studiosi di diritto penale lamentano anzitutto il rischio di un uso distorto degli strumenti della giustizia penale, talora *a fini propagandistici*, per rispondere a più o meno giustificate domande di sicurezza e di protezione che provengono dalla società civile (specie a fronte di fenomeni come il terrorismo o l'immigrazione clandestina), talaltra *come fattore di autolegittimazione*, (essenzialmente con riferimento al contesto dell'Unione europea)⁷⁰.

Di qui, il timore che le fonti sovranazionali che pongono obblighi di tutela penale non solo assecondino, ma addirittura *favoriscano la tendenza all'ipertrofia penalistica* che già affligge gli ordinamenti interni (in spregio all'insegnamento secondo cui il ricorso alla pena, che è «la più dura e distruttiva sanzione utilizzabile dal legislatore», dovrebbe costituire l'*extrema ratio*)⁷¹.

⁶⁹Cfr. sul punto, da ultimo, A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. Stextscicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., pp. 76-77, e ivi per gli ulteriori riferimenti bibliografici in lingua tedesca.

⁷⁰Cfr. sul punto, ancora, A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione*, cit., e l'ulteriore bibliografia ivi citata.

⁷¹Tale obiezione appare ancor più forte se la si colloca nella riflessione più generale, condotta dalla dottrina penalistica, sull'opportunità di ricercare strumenti alternativi alla

Possibili repliche: l'aumento degli atti sovranazionali che contemplano obblighi di criminalizzazione non è, di per sé, indicativo di un "uso improprio" del diritto penale

Nella parte descrittiva del presente lavoro abbiamo, in effetti, avuto modo di toccare con mano la proliferazione degli strumenti di diritto internazionale pattizio a connotazione penalistica, e così pure degli atti di diritto derivato dell'Unione europea (rispetto ai quali sono state espresse, per vero, le maggiori preoccupazioni, specie in seguito all'attribuzione alle istituzioni europee, ad opera del Trattato di Lisbona, di significative competenze indirette nella materia penale).

L'aumento del numero degli atti sovranazionali che contemplano obblighi di criminalizzazione, nondimeno, non è di per sé indicativo di un "uso improprio" del diritto penale. E ciò anche in considerazione del fatto che è raro che gli atti normativi di più recente adozione intervengano in un settore del tutto privo di regolamentazione sul piano internazionale, dato che, come abbiamo visto:

- a) è assai frequente, specie in taluni ambiti, che vengano progressivamente adottati una serie di atti, destinati ciascuno a sostituire quello precedente o ad affiancarsi a quest'ultimo innalzando lo *standard* di tutela (si pensi alle varie convenzioni in tema di schiavitù, o a quelle di diritto umanitario);
- b) sono, poi, moltissimi i campi nei quali operano contemporaneamente *molteplici strumenti di diritto internazionale, adottati in seno a organizzazioni internazionali diverse*, che normalmente contengono obblighi di criminalizzazione declinati in maniera identica o almeno simile (emblematico, in tal senso, il settore della lotta alla corruzione, nel quale convergono sul piano del diritto internazionale pattizio la Convenzione OCSE e la Convenzione ONU, e sul fronte del diritto UE il Secondo protocollo addizionale alla Convenzione PIF).

Non bisogna, dunque, farsi "spaventare" dai numeri.

(Segue): la complessità del processo di negoziazione degli atti sovranazionali costituisce un freno all'adozione di strumenti sovranazionali a connotazione penalistica che non si mostrino (strettamente) necessari

Per altro verso, bisogna rilevare come la *complessità del processo di negoziazione degli atti sovranazionali* (e in particolar modo di quelli che contengono obblighi di criminalizzazione, proprio in ragione del fatto che

pena: si rinvia in proposito a L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, 2010.

l'esercizio dello *jus puniendi* rappresenti una delle più evidenti espressioni della sovranità statale), costituisca un argine naturale a qualsivoglia tendenza ipertrofica.

E' difficile pensare che le organizzazioni internazionali che si fanno promotrici dell'adozione di questo o quello strumento a connotazione penalistica abbiano in mente solo (o prevalentemente) bieche operazioni di *marketing*, e che dunque si impegnino nelle negoziazioni nella consapevolezza dell'inutilità del ricorso alla sanzione penale o dell'esistenza di efficaci mezzi alternativi di contrasto. E ciò anche laddove già esistano altri atti internazionali che disciplinano quel determinato settore, dato che ben può accadere che gli stessi abbiano un *ambito di applicazione differente* (perché, ad esempio, gli Stati firmatari non coincidono) o che siano pensati *per contrastare determinate forme di aggressione a un dato bene*, e non altre.

Il discorso è solo apparentemente diverso per quel che concerne gli atti di diritto derivato dell'Unione europea, e in particolare le direttive di armonizzazione penale adottate in base all'art. 83 TFUE.

Si potrebbe *prima facie* pensare, infatti, che l'adozione degli strumenti a connotazione penalistica sia ora divenuta più semplice, essendo stato definitivamente abbandonato il metodo intergovernativo che caratterizzava gli atti dell'*ex* terzo pilastro.

Ma, a ben vedere, *la procedura legislativa ordinaria è oltremodo articolata*, e il raggiungimento di un accordo in seno al Consiglio (che rappresenta i Governi nazionali e i loro spesso non convergenti interessi) è tutt'altro che agevole, soprattutto alla luce del sostanziale "diritto di veto" attribuito agli Stati dall'art. 83 § 3 TFUE, che contempla la possibilità per ciascuno di essi di attivare il cd. freno di emergenza. Lo dimostrano le direttive approvate dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nelle quali la natura compromissoria di molte delle soluzioni adottate è testimoniata dal frequente ricorso ad obblighi di criminalizzazione alternativi o condizionati e dalla ricorrente previsione della facoltà di non sottoporre a sanzione penale determinate condotte.

(Segue): un più attento esame nel merito degli atti sovranazionali a connotazione penalistica smentisce il timore di un uso indiscriminato del diritto penale

Ma siamo davvero certi che gli strumenti internazionali a connotazione penalistica abbiano fatto, e tuttora facciano, un uso improprio del diritto penale?

La lunga carrellata di atti che abbiamo affrontato nella parte descrittiva del presente lavoro dà, piuttosto, l'impressione opposta⁷².

⁷²Cfr. in proposito G. M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori*

Non è infrequente, ad esempio, un approccio integrato, che prevede *anche* il ricorso a strumenti extrapenali della più varia natura: difficile pensare, allora, che si sarebbe proceduto ad affiancare a questi ultimi strumenti squisitamente penalistici qualora gli stessi non fossero apparsi *stricto sensu* necessari.

Un esempio particolarmente eloquente è dato, sul fronte del diritto dell'UE, dalla direttiva 2009/52/CE, che impone di criminalizzare l'assunzione illegale di immigrati irregolari solo laddove ricorra la presenza di una delle seguenti aggravanti: una violazione ripetuta o pervicace; l'assunzione di una pluralità di immigrati irregolari o di un minorenne; lo sfruttamento del lavoratore; l'assunzione nella consapevolezza che il lavoratore è vittima di un traffico di esseri umani. Nel caso in cui le stesse non siano ravvisabili, invece, vengono ritenute sufficienti sanzioni extrapenali, pure disciplinate dalla direttiva⁷³.

Ciò non toglie, peraltro, che l'effettiva necessità del ricorso alla tutela penale sia, in taluni limitati casi, opinabile. Gli esempi più ricorrenti – che parimenti riguardano il diritto dell'Unione europea – hanno ad oggetto le più accentuate forme di anticipazione della punibilità, che sarebbero espressive di un diritto penale cd. pre-preventivo.

Si dubita, giusto per citarne un paio, che le varie condotte di sfruttamento di *internet* come “campo di addestramento virtuale” da parte dei terroristi debbano necessariamente essere perseguite penalmente, come prevede la decisione quadro integrativa 2008/919/GAI sulla lotta contro il terrorismo, dal momento che altre misure (come una più stretta sorveglianza di *internet* o l'imposizione di determinati obblighi ai gestori delle pagine *web*) si sarebbero forse dimostrate egualmente efficaci⁷⁴; o, ancora, che la repressione penale si renda in effetti necessaria per contrastare la corruzione nel settore privato, e non possa invece essere adeguatamente fronteggiata – ma su questo nutriamo, personalmente, più di qualche riserva – attraverso l'introduzione del cd. principio “dei quattro occhi” nell'assegnazione degli incarichi o del ricambio regolare del personale nei reparti ordinazioni⁷⁵.

Certo, una replica puntuale alle suddette obiezioni richiederebbe approfonditi studi criminologici, possibilmente basati su dati empirici. Tuttavia,

d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, Milano, 2011, pp. 133 ss., nonché, più in generale, A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione*, cit., pp. 67 ss.; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 207 ss.; e soprattutto R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, *ibidem*, pp. 3 ss.

⁷³Cfr. sul punto AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1268. Gli autori si chiedono, per vero, se l'attenzione per il principio di proporzione in materia penale (ossia del principio di *ultima ratio*) sia o no consapevole.

⁷⁴Cfr. ancora AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1269.

⁷⁵Cfr. sul punto AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., pp. 1269-1270.

non sembra di essere in presenza di obblighi di penalizzazione in *evidente* contrasto con il principio di proporzione nella materia penale, dal momento che – rovesciando le suddette puntuali obiezioni – si potrebbe, quantomeno, dubitare del fatto che misure extrapenali come quelle suggerite possano dimostrarsi decisive nella lotta a fenomeni radicati come la corruzione nel settore privato o allarmanti come il terrorismo.

9.3.2 Seconda obiezione: gli strumenti internazionali impongono (o rischiano di imporre) obblighi di incriminazione anche in assenza di un pregiudizio per un interesse meritevole di tutela. Gli esempi della pornografia virtuale e del negazionismo

E veniamo dunque alla seconda obiezione: quella secondo cui gli strumenti internazionali imporrebbero, o quantomeno rischierebbero di imporre, obblighi di criminalizzazione anche in assenza di un pregiudizio (rilevante) per un interesse meritevole di tutela.

Il diritto penale verrebbe dunque utilizzato *esclusivamente in funzione simbolica*, per dare un segnale contro comportamenti ritenuti spregevoli, o *come fattore di autolegittimazione*.

Per la verità, questa seconda obiezione – a differenza della prima – non ha carattere generale. L'accusa di una violazione del principio di offensività (che – non possiamo dimenticarlo – è probabilmente il più sfuggente tra i principi penalistici, non è accolto in taluni Paesi di tradizione romano-germanica come la Francia e trova solo in parte corrispondenza nel cd. *harm principle* nei Paesi anglosassoni) viene, infatti, mossa nei confronti di *singoli strumenti internazionali contenenti obblighi di criminalizzazione*, e in particolare di due strumenti, entrambi adottati nell'ambito dell'Unione europea: la *decisione quadro 2004/68/GAI in tema di lotta allo sfruttamento sessuale dei bambini e contro la pornografia infantile*, ora sostituita dalla direttiva 2011/92/UE; e la *decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia*.

Con riferimento alla prima, si obietta che né la rappresentazione di persone che sembrino minorenni, né la ricostruzione di minorenni non reali, che solo attraverso animazioni al computer vengono rappresentati in maniera realistica, pregiudichino direttamente alcun minorenne⁷⁶.

Rispetto alla seconda, invece, si eccepisce che la richiesta di penalizzazione del negazionismo sarebbe ingiustificata, poiché ad essa non sarebbe sotteso alcun interesse meritevole di tutela, almeno laddove si reputi che lo stesso non possa consistere nella tutela della verità storica⁷⁷; e che se anche si ritenesse che l'oggetto della tutela sia, *tout court*, l'ordine pubblico, si sarebbe comunque di fronte a una forma di tutela talmente arretrata rispetto al

⁷⁶Cfr. sul punto AA. VV., *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., p. 1267.

⁷⁷Cfr. sul punto E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1065.

pericolo del prodursi di un evento lesivo da far ritenere che la materialità di simili reati altro non sia che «un contrasto di valori»⁷⁸.

Si tratta di obiezioni senz'altro valide, alle quali, tuttavia, sono state indirizzate repliche circostanziate.

Per quel che concerne la *criminalizzazione della cd. pornografia virtuale e della cd. pornografia apparente*, è stato infatti evidenziato, da un lato, come vi sia quantomeno un dubbio ragionevole sull'attitudine delle suddette immagini a rafforzare gli istinti pedofili, poiché fa apparire come normale ciò che normale non è e dunque abbatte le inibizioni indotte dalla società⁷⁹, e, dall'altro, come il mercato pedopornografico sia sostanzialmente unitario, e vada pertanto debellato nella sua globalità⁸⁰.

⁷⁸ Così E. FRONZA, *Profili penalistici*, cit., p. 1068.

⁷⁹ E' questa l'impostazione fatta propria dal legislatore nazionale, che nei lavori preparatori ha espressamente qualificato il delitto di pornografia virtuale quale reato di pericolo astratto o di ostacolo e ha evidenziato come anche nelle ipotesi di pornografia totalmente virtuale vi sarebbe un pericolo per il bene giuridico tutelato, poiché vi è, da un lato, la possibilità che l'agente, visionando tale materiale, vada alla ricerca di pedopornografia reale, così arrecando un potenziale nocimento allo sviluppo psico-fisico di "futuri" minori utilizzati nella realizzazione di "future" opere, e, dall'altro, la possibilità che proprio dalla fruizione di tali opere l'agente venga istigato a commettere reati di pedofilia o di violenza sessuale, in danno della libertà sessuale e/o del corretto sviluppo della sessualità dei minori.

A sostegno di questa impostazione, per vero, sussiste solo il *Report of the Commission on obscenity and pornography* dell'UNESCO, il quale peraltro non è riuscito a fornire alcuna prova scientifica certa circa il fatto che l'esposizione o l'uso di materiale sessuale esplicito abbia un ruolo significativo per la commissione di simili reati, ma che cionondimeno ha identificato nella pedopornografia informatica la principale fonte di eccitamento dei pedofili, ovvero sia uno strumento privilegiato per porli nello stato psicologico idoneo alla commissione dei reati di pedofilia (il cd. *acting out*).

In questo senso si è espressa anche la Suprema Corte canadese nel caso *R. v. Sharpe* del 26 gennaio 2001, consultabile sul sito www.scc.lexum.org, in relazione al quale si rinvia all'analisi di M. BIANCHI, *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è incostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese*, in *Ind. Pen.*, 2005, pp. 263 ss.

Secondo molti autori, tuttavia, tale presunzione sarebbe del tutto priva di riscontri scientifici, e vi è addirittura chi afferma che la pornografia avrebbe il beneficio di placare gli istinti dei pedofili, appagandone i desideri più reconditi (si parla in proposito di "effetto catartico").

Cfr. sul punto A. FORZA, *La pedopornografia*, cit., p. 483; R. RAFFAELLI, *La pedopornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla l. 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 799 ss. (la quale conseguentemente ritiene che il legislatore, preoccupato di rispondere all'allarme sociale generato da tali fenomeni, avrebbe imboccato la via del diritto penale d'autore e del sospetto, ledendo il principio di offensività e quello della presunzione di innocenza sancito dall'art. 27 co. 2 Cost.).

⁸⁰ Secondo questa impostazione le immagini pedopornografiche virtuali sarebbero, cioè, in grado di determinare un concreto incremento, un arricchimento e una diversificazione anche qualitativa dell'offerta sull'unico mercato della pedofilia, stimolando la domanda di rapporti sessuali con bambini: di qui la necessità di non circoscrivere la tutela penale a tardive e sporadiche reazioni a difesa di singole vittime in carne e ossa, ma di fronteggiare a monte il comprovato pericolo che incombe sulle giovani generazioni, e in particolare dei soggetti appartenenti a popolazioni o a classi sociali in posizione di debolezza. Cfr. in dottrina

A tali motivazioni si è aggiunto, poi, che non si può consentire all'indagato/imputato di sottrarsi alla responsabilità penale attraverso la prova che il materiale era virtuale o che il soggetto rappresentato era un adulto, o ancora invocando l'esimente dell'errore sul fatto⁸¹, e che il materiale pedopornografico viene, purtroppo, frequentemente utilizzato per adescare i bambini che in seguito vengono resi vittime di abusi sessuali⁸².

In riferimento al negazionismo, invece, si è rilevata, da un lato, la pericolosità insita in determinate idee (come sembrerebbero, purtroppo, dimostrare le stragi di Utoya e di Oslo del luglio 2011⁸³, e così pure la sparatoria contro i senegalesi avvenuta nel pieno centro di Firenze lo scorso dicembre⁸⁴), e, dall'altro, la problematica classificazione delle affermazioni negazioniste come opinioni coperte dalla libertà di manifestazione del pensiero (tutelata dalle Costituzioni nazionali oltre che, nel panorama europeo, dall'art. 10 CEDU)⁸⁵.

Secondo i sostenitori dell'utilizzo degli strumenti del diritto penale per contrastare questi due odiosi fenomeni, in entrambi i casi si sarebbe, dunque, sì di fronte ad un'anticipazione molto intensa della tutela; ma ad un'anticipazione che, pure, dovrebbe potersi ritenere *legittimata alla luce del principio di precauzione* (il quale, come è noto, segue logiche diverse da quelle del principio di offensività)⁸⁶.

L. PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in Internet* (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte seconda) in *Studium Iuris*, 2007, p. 1211.

⁸¹Così ha ritenuto anche la Suprema Corte canadese nel già menzionato caso *R. v. Sharpe* del 2001, con motivazioni del tutto in linea con quelle contenute nella relazione di accompagnamento della legge italiana n. 38 del 2006.

⁸²Cfr. ancora L. PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale*, cit., p. 1210, il quale ritiene ingiustificata e talora unilaterale la lettura allarmistica della novella legislativa effettuata dai primi commentatori, i quali sarebbero «preoccupati soltanto dall'asserito indebolimento delle garanzie che toccherebbe i principi fondamentali del diritto penale e in particolare quello di offensività fino a ravvisarvi i prodromi di un diritto penale d'autore, anziché del fatto, invasivo dell'ambito riservato alle scelte etiche e agli orientamenti morali del singolo individuo nella sua vita privata».

⁸³Cfr. sul punto C. BONINI, *Croci-celtiche, Odino e rock metal: l'ultra destra del Nord Europa*, in *La Repubblica*, 24 luglio 2011.

⁸⁴Cfr. sul punto M. PASQUA, *Il doppio volto di CasaPound Italia, in bilico tra solidarietà e violenza*, in *La Repubblica*, 15 dicembre 2011.

⁸⁵Cfr. sul punto Corte EDU, sent. 23 settembre 1998, *Lehideux c. Francia*, la quale ha ritenuto che le manifestazioni negazioniste, contrastando con i valori fondamentali di giustizia e di pace accolti dalla Convenzione, costituiscono un pericoloso abuso della libertà garantita dall'art. 10 CEDU.

Dello stesso avviso era stata in precedenza la sentenza del 13 aprile 2004 della Corte costituzionale tedesca, la quale aveva affermato che le affermazioni negazioniste, in ragione della loro falsità, non rientrano nella categoria delle manifestazioni di opinioni né in quella delle asserzioni di fatti.

All'opposto, il Tribunale costituzionale spagnolo nella sentenza del 7 novembre 2007 ha affermato che il negazionismo – a differenza del giustificazionismo – non può essere oggetto di repressione penale, perché è una condotta di per sé inoffensiva e, pertanto, coperta dalla libertà di espressione.

⁸⁶Cfr. per tutti D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 647 ss.

9.4 Profili problematici degli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali

Esaurita questa prima parte della trattazione, dobbiamo ora soffermarci su due significative obiezioni che sono state avanzate nei confronti degli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali affermati in via giurisprudenziale.

L'oggetto dei seguenti paragrafi sarà dunque, al tempo stesso, più ampio e più ristretto rispetto a quello dei precedenti, perché, da un lato, dovremo prendere in considerazione non solo gli obblighi di criminalizzazione ma anche quelli di persecuzione penale, e, dall'altro, limiteremo la nostra indagine al settore della *human rights law*, rispetto al quale i problemi che andremo ad affrontare si sono in effetti posti.

9.4.1 La possibilità di ricavare obblighi di tutela penale dalle norme attributive di diritti fondamentali intese quali norme di comportamento: un punto controverso

E veniamo alla prima, significativa, obiezione, avanzata al di là dell'Oceano da Bascuñan Rodriguez, un importante studioso cileno; obiezione che non ha fino a questo momento avuto eco nella dottrina europea⁸⁷.

Muovendo dall'inquadramento delle norme internazionali che enunciano diritti fondamentali come *norme di comportamento* (invero non del tutto ap problematico), l'autore di cui riportiamo il pensiero si interroga sulle conseguenze pratiche che, attraverso l'enucleazione di principi generali addizionali, dalle stesse si possono trarre⁸⁸.

La prima è quella del *disconoscimento*, sostanziale o procedimentale, *delle pretese normative in contrasto con il diritto fondamentale*, o – in termini forse più chiari per lo studioso di diritto penale – l'inammissibilità di cause di giustificazione che rendano lecita la violazione del diritto stesso.

La seconda è l'*autorizzazione al compimento di atti che valgano ad impedire la violazione del diritto fondamentale o a porre fine alla stessa o alle sue conseguenze negative*, attraverso l'attività delle forze di polizia e, in misura minore, all'esercizio dell'autotutela nei limitati spazi in cui esso è riconosciuto alla vittima attuale o potenziale della violazione. Più controverso è, invece, l'inquadramento all'interno di questa seconda categoria delle azioni giudiziali, e in particolare delle misure cautelari.

La terza conseguenza concerne, infine, il *dovere di riparazione della violazione* e, per quanto possibile, di *restitutio in integrum*.

Al di là di quelle ora enunciate – sostiene Bascuñan Rodriguez – non si registrano altre «conseguenze pratiche, suscettibili di imposizione forzata contro la volontà dell'autore della violazione, che possano ricollegarsi (in

⁸⁷A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Derechos fundamentales*, cit., pp. 47 ss.

⁸⁸Così, A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Derechos fundamentales*, cit., pp. 56-57.

alcun modo) all'infrazione di una norma di comportamento o al contenuto di un dovere di stabilire una norma siffatta»⁸⁹. In particolare, non sarebbe possibile ricavare una norma sanzionatoria da una norma di comportamento (mentre, viceversa, si può trarre una norma di comportamento da una norma sanzionatoria)⁹⁰: è necessario dunque un atto normativo ulteriore, del tutto svincolato da una norma di comportamento, poiché il principio di legalità del reato e della pena inibisce la deduzione di una norma incriminatrice a partire da una norma di comportamento⁹¹.

Anche il legislatore, d'altra parte, incontra nell'esercizio dello *jus puniendi* dei limiti stringenti, riconducibili in particolare al principio di colpevolezza e a quello di proporzione. Da quest'ultimo discende, in particolare, la cd. *prohibición de exceso* (ovverosia l'adozione di sanzioni che esorbitino da quelle che si rendono necessarie ad assicurare il rispetto della norma di comportamento, dato che tra la norma di comportamento e la norma sanzionatoria esiste un nesso meramente funzionale).

Se ben si è inteso il pensiero dello studioso cileno, la sua obiezione potrebbe essere riformulata sinteticamente in questi termini: le Corti dei diritti non sono legittimate ad imporre ai legislatori nazionali obblighi di criminalizzazione, di persecuzione penale e di effettiva punizione delle condotte poste in essere in violazione dei diritti fondamentali, poiché *l'affermazione dei suddetti obblighi a partire da una norma di comportamento costituisce un salto logico*, non potendosi in alcun modo inquadrare tra le conseguenze pratiche che da tale norma discendono.

Si tratta indubbiamente di un'obiezione acuta, che pure non pare sottrarsi – anche in esito a un'analisi approfondita – all'impressione iniziale di una certa concettosità.

Al di là di questo aspetto, essa non ci sembra insuperabile, per almeno due ordini di ragioni, che andremo ora ad esporre.

⁸⁹Così, A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Derechos fundamentales*, cit., p. 57.

⁹⁰Pare opportuno riportare il seguente passaggio dell'articolo citato, in lingua originale: «Fuera del desconocimiento sustantivo y procedimental, la autorización del impedimento y la reparación del mal irrogado, no me parece que existan otras consecuencias prácticas, susceptibles de imposición forzosa contra la voluntad del infractor, que puedan imputarse (en alguna medida) a la infracción de una norma de comportamiento o al contenido de un deber de establecer dicha norma. En particular, la sanción no es una consecuencia imputable sin más a la infracción de una norma de comportamiento. Es claro que una norma sancionatoria es analíticamente inderivable de una mera norma de comportamiento. La sanción es la afectación de un interés relevante del destinatario de una norma de comportamiento, imputada como consecuencia de su infracción. Esta imputación sólo es posible en virtud de una decisión normativa adicional, independiente de la norma de comportamiento. Es posible deducir una norma de comportamiento a partir de una norma punitiva, pero no a la inversa. Y tampoco existe un principio general de imputación de una sanción genérica (o un repertorio de ellas) a la infracción de una norma de comportamiento fundamental, que sea análogo a los principios de desconocimiento sustantivo o procedimental, autorización de impedimento o reparación del mal irrogado».

⁹¹Così, A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Derechos fundamentales*, cit., p. 59.

Possibili repliche: perché non si può ammettere l'intervento di un ulteriore "principio generale addizionale", che implichi il dovere di tutelare il diritto attraverso l'adozione di sanzioni effettive, proporzionare e dissuasive, se del caso anche di carattere penale?

In primo luogo, dal momento che anche le conseguenze pratiche che l'Autore ricava dalla norma attributiva di un diritto fondamentale, intesa quale norma di comportamento, non possono essere tratte pianamente da quest'ultima ma necessitano pur sempre l'intervento di un "principio generale addizionale", non si vede perché – accanto ai "principi generali addizionali" enunciati dall'Autore – non si possa ammetterne l'esistenza di uno ulteriore, che implichi il *dovere di tutelare il diritto attraverso l'adozione di sanzioni effettive, proporzionare e dissuasive, se del caso anche di carattere penale*.

Delle due l'una: o si nega che dalla suddetta norma possano discendere, *tout court*, obblighi positivi, di intervento (conclusione, questa, che Bascañan Rodriguez sembra escludere) o si ammette che, tra questi, possano essere ricompresi anche obblighi di tutela penale, laddove, beninteso, ciò si mostri necessario.

D'altra parte, non viene dedotta una norma contraria alla norma di comportamento: quel che si deduce è soltanto l'obbligo per il legislatore di porre in essere una norma sanzionatoria a tutela di quella di comportamento.

A questo proposito, pare estremamente significativa l'affermazione del giudice Bonello nella sua *concurring opinion* alla sentenza della Corte EDU nel caso *Al-Skeini c. Regno Unito*⁹²: «*States ensure the observance of human rights in five primordial ways: firstly, by not violating (through their agents) human rights; secondly, by having in place systems which prevent breaches of human rights; thirdly, by investigating complaints of human rights abuses; fourthly, by scourging those of their agents who infringe human rights; and, finally, by compensating the victims of breaches of human rights. These constitute the basic minimum functions assumed by every State by virtue of its having contracted into the Convention*».

(Segue): gli esiti cui perviene questa obiezione sono gli stessi cui giunge quella che afferma il contrasto degli obblighi di incriminazione con il principio democratico, con il principio di separazione dei poteri e con la dimensione statutale del diritto penale

In secondo luogo, ci pare che la capacità di rendimento della suddetta obiezione sia piuttosto scarsa, poiché essa finisce per giungere agli stessi esiti cui perviene quella più nota (e più piana) – che abbiamo già affrontato nei paragrafi precedenti – secondo cui l'enucleazione in via pretoria di obblighi di criminalizzazione che non trovano espresso fondamento in norme di diritto internazionale pattizio non sarebbe compatibile con il principio di separazione

⁹²Corte EDU, sent. 7 luglio 2011, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito* (ric. n. 55721/07).

dei poteri, con il principio democratico e con la dimensione statutale del diritto penale, che si ricollega anch'essa al principio di legalità.

Come abbiamo già rilevato: a) nessuna violazione del principio di separazione dei poteri può venire in gioco, dato che non vi è identità tra l'organo giurisdizionale che enuncia la richiesta di penalizzazione di determinate condotte e quello chiamato a dare applicazione alle norme incriminatrici adottate per dare esecuzione a tale richiesta; b) il dovere di tutelare i diritti fondamentali – o almeno quelli *davvero* fondamentali – costituisce un preciso limite al principio democratico⁹³; e c) il legislatore nazionale ha acconsentito ad una limitazione della propria sovranità nel momento stesso in cui ha ratificato la Carta dei diritti e ha accettato la giurisdizione della Corte istituita a presidio della stessa, sicché nessuna delle sue prerogative potrà ritenersi conculcata.

(Segue): l'obiezione trascura il fatto che la teorizzazione dell'obbligo per le autorità dello Stato di garantire i diritti fondamentali dell'individuo, anche attraverso il diritto penale, è saldamente radicata nella riflessione filosofica moderna. Brevi cenni al pensiero di Hobbes, Locke, Rousseau e Beccaria

A ben guardare, inoltre, l'idea che le autorità dello Stato debbano tutelare i diritti fondamentali, se del caso anche attraverso il ricorso all'arma della pena, è tutt'altro che innovativa: essa è infatti saldamente presente nel pensiero di alcuni tra i più rappresentativi esponenti della filosofia moderna, e in particolare nelle teorie contrattualistiche⁹⁴, sviluppate da Thomas Hobbes e John Locke nell'Inghilterra del XVII secolo (e dunque ben prima che si facessero strada i primi tentativi di codificazione dei diritti umani).

Nell'opera di questi autori si fondono due presupposti: quello di «uno stato di natura caratterizzato da un diritto che esprime l'eguaglianza e la libertà originarie di tutti gli uomini», già assunto dai giusnaturalisti, e quello, presente nella tradizione dell'Europa della fine del Medioevo e del Rinascimento, secondo cui «il potere dei sovrani si fonda su un patto con i sudditi»⁹⁵.

Il quadro sociale in cui le teorie contrattualistiche si inseriscono è quello della concentrazione dei poteri e delle funzioni che è all'origine dello Stato moderno: una volta tramontata l'idea medievale che il potere dei monarchi

⁹³Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2699.

⁹⁴Spiega A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007, p. 30, che teorie contrattualiste sono quelle teorie «accomunate dall'ipotesi che l'umanità sia passata da uno stato di natura a uno stato civile e che questo passaggio sia avvenuto attraverso uno o più patti sociali», ovvero accordi «che non sono necessariamente da intendersi come realmente avvenuti, ma piuttosto come un passaggio ideale, immaginato dai contrattualismi per spiegare la vita associata e l'assoggettamento del popolo al potere del sovrano».

⁹⁵Cfr. sul punto A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p. 30.

avesse un fondamento divino, *su cosa bisognava fondare la legittimazione del potere politico e, conseguentemente, l'obbedienza dei popoli ai sovrani?*⁹⁶.

Accanto al fine di fornire una legittimazione all'autorità politica che potesse sostituirsi all'investitura divina o papale, le teorie del patto sociale perseguivano, tuttavia, anche un altro scopo: quello di teorizzare *forme di tutela degli individui nei confronti del potere (assoluto) dei monarchi*; tutela che andrà poi a tradursi, appunto, nell'enunciazione dei diritti naturali⁹⁷.

Al di là di questi aspetti comuni, le formulazioni delle teorie del patto sociale sono differenti per aspetti non marginali.

Nel pensiero di Hobbes, gli uomini nello stato di natura sono sì titolari di una libertà illimitata, ma – proprio per questo – vivono in una situazione di costante instabilità e di terrore, nella quale «v'è continuo timore e pericolo di morte violenta, e la vita dell'uomo è solitaria, misera, sgradevole, brutale e breve»⁹⁸. E, al fine di uscirne, si decidono a stringere un accordo per conferire ciascuno il proprio *jus in omnia* ad un sovrano in grado di salvaguardare il rispetto dei patti e la pace della comunità, nella consapevolezza che, senza un potere coercitivo esterno che costringa gli individui a rispettare gli impegni presi, questi ultimi sarebbero inevitabilmente violati e si ritornerebbe, inevitabilmente, allo stato di natura.

Il patto è dunque, al tempo stesso, d'unione tra gli uomini e di assoggettamento al sovrano, al quale i primi conferiscono tutti i loro poteri: attraverso tale patto, essi rinunciano in maniera irrevocabile alla libertà illimitata e ai diritti che avevano nello stato di natura e si sottomettono al sovrano, in cambio – ed è questo l'aspetto che più ci interessa – *della garanzia della sicurezza delle loro persone e dei loro beni*⁹⁹.

Nell'opera di Locke, invece, sono assenti gli scenari del *bellum omnium contra omnes*: lo stato di natura lockiano è una condizione di «perfetta libertà di regolare le proprie azioni e disporre dei propri beni e persone come meglio credono ed entro i limiti della legge di natura»¹⁰⁰, caratterizzato «da un'eguale distribuzione del potere, della libertà e della proprietà fra tutti gli uomini e dal potere di ciascuno di tutelare i propri diritti punendo le infrazioni alla legge di natura» medesima¹⁰¹; ma anch'esso può precipitare in una situazione di precarietà, in cui ciascuno è minacciato dalle possibili sopraffazioni degli altri.

Ecco allora l'avvento del contratto sociale, con cui gli uomini «rinunciano a farsi giustizia da sé e delegano a un'autorità il compito di proteggerli,

⁹⁶Cfr. sul punto A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p. 30.

⁹⁷Cfr. sul punto A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p. 31.

⁹⁸T. HOBBS, *Leviatano*, cit., cap. XIV.

⁹⁹A. FACCHI, *Breve storia*, cit., pp. 31-32.

¹⁰⁰J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, Londra, 1683, vol. II., cap. IV (ci sembrava più significativo fare riferimento alla prima edizione).

¹⁰¹Così A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p. 32.

attraverso la fissazione di norme eguali per tutti e la loro applicazione da parte di alcuni soggetti autorizzati dalla comunità»¹⁰².

A differenza di Hobbes, dunque, Locke prevede che il contratto venga stipulato, oltre che tra i sudditi (il cd. *pactum societatis*, o *pactum unionis*, con il quale essi abbandonano lo stato di natura e scelgono il vivere associato), tra questi e il sovrano (il cd. *pactum subiunctionis*), il quale pertanto non è l'origine di ogni legge e di ogni diritto ma risulta, esso stesso, assoggettato alla legge e al diritto: secondo questa prospettiva, quindi, *lo Stato ha come compito primario quello di garantire i diritti fondamentali dell'individuo* alla vita, alla libertà e alla proprietà, che già esistono in natura; con la conseguenza che, se i governanti non adempiono al proprio compito o addirittura si mostrano così sconsiderati da sottrarre o distruggere la proprietà del popolo o da ridurlo in schiavitù possono essere sostituiti, anche attraverso una rivoluzione¹⁰³.

Tra gli esponenti dell'Illuminismo si colloca su posizioni simili a quelle di Hobbes e Locke Jean Jacques Rousseau, nell'opera del quale si evidenzia come all'origine dello Stato vi sia *l'esigenza di creare una nuova forma di associazione tra gli uomini che difenda e protegga la persona e i beni di ogni associato*, e attraverso la quale ciascuno di essi, unendosi agli altri, mantenga la libertà di cui godeva nello stato di natura: la nuova forza che è la base della società è dunque la volontà generale, nella quale ogni volontà particolare viene assorbita¹⁰⁴.

E ancora, sempre nel panorama illuministico accoglie l'idea del contratto sociale Cesare Beccaria, per il quale: a) l'unica autorità legittima è quella dei magistrati che rappresentano la società unita dal contratto; b) le leggi sono le condizioni alle quali è stato stretto il patto originario; e c) le pene lo strumento per rafforzare e garantire l'azione delle leggi. Principi, questi, dai quali deriva la conseguenza fondamentale secondo cui «le pene, che oltrepassano la necessità di conservare il deposito della salute pubblica, sono ingiuste di lor natura; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi»¹⁰⁵.

Ora, l'affermazione secondo cui una delle funzioni primarie dello Stato – se non addirittura la più importante, come sosteneva Locke – è quella di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali *potrebbe, in effetti, apparire scontata*.

Quello su cui si vuole invece porre l'attenzione è che, nella riflessione antecedente alla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo* del 1789, il discorso sui diritti fondamentali non era impostato principalmente nell'ottica della garanzia nei confronti del potere statale, ma *per mezzo dell'esercizio di*

¹⁰²Così A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p. 32.

¹⁰³Cfr. sul punto A. FACCHI, *Breve storia*, cit., p. 33.

¹⁰⁴J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale o principi di diritto politico*, Amsterdam, 1762, vol. I, cap. VI (il riferimento è anche qui alla prima edizione).

¹⁰⁵C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. II.

quest'ultimo: in quest'ottica, il compito fondamentale dello Stato è, allora, quello di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali *proteggendo gli individui dalle reciproche aggressioni e sopraffazioni*; e dunque incidendo, attraverso la sanzione penale, sui diritti fondamentali degli eventuali aggressori (seppur in misura minore di quanto, presumibilmente, farebbero i cittadini lesi nei loro diritti se conservassero il potere di farsi giustizia da sé).

9.4.2 Quali diritti fondamentali possono “giustificare” l’affermazione in via pretoria di obblighi di tutela penale? Sui rischi di un’ipertrofia della tutela penale dei diritti fondamentali

Un’ulteriore obiezione, che va logicamente affrontata dopo quella esposta nei paragrafi precedenti, riguarda invece l’individuazione dei diritti fondamentali che possono “giustificare” l’affermazione in via pretoria di obblighi di tutela penale.

La delicatezza di tale operazione impone, infatti, di stabilire dei limiti entro la quale la stessa deve rimanere confinata, posto che la sanzione penale – che viene qui invocata a protezione dei diritti fondamentali della vittima della violazione – resta pur sempre, come abbiamo appena ricordato, uno strumento affittivo rispetto ad altri diritti fondamentali, di cui è titolare l’autore della violazione medesima.

Nella sua versione più radicale, questa obiezione potrebbe essere così formulata: non è possibile individuare i diritti fondamentali per i quali l’enunciazione di obblighi di tutela penale in via giurisprudenziale può considerarsi legittima perché, prima ancora, non è possibile definire il catalogo dei diritti fondamentali.

Da questo punto di vista, l’espressione “diritti fondamentali” potrebbe essere efficacemente paragonata a una sorta di “scatola vuota”, dentro la quale potrebbero essere più o meno fondatamente inseriti diritti (o presunti diritti) dai contenuti più disparati.

Possibili repliche: è certamente possibile compilare un catalogo dei diritti davvero fondamentali, anche a partire da dati di diritto positivo

Ci pare, tuttavia, che questa critica preventiva non colga nel segno: un catalogo dei diritti fondamentali può certamente essere compilato, in primo luogo attraverso un attento lavoro di comparazione e confronto delle Carte internazionali a protezione dei diritti umani (dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* del 1948, al *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1976, alla *Convenzione europea dei diritti dell’uomo* del 1950, alla *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969, alla *Carta africana sui*

diritti dell'uomo e dei popoli del 1981, alla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2001) e dei *bill of rights*, delle Costituzioni nazionali.

I problemi si potranno porre, al più, per i diritti di ultima generazione; diritti rispetto ai quali, nondimeno, la tematica degli obblighi sovranazionali di tutela penale certamente non viene ad incidere.

All'interno del catalogo dei diritti fondamentali, poi, sono possibili (e in qualche misura doverose) ulteriori distinzioni, posto che non tutti i suddetti diritti hanno lo stesso rango.

Anche in questo caso, sono parametri di diritto positivo a venirci in aiuto: le Carte dei diritti elaborate a livello universale o regionale contengono generalmente una norma (l'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; l'art. 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; l'art. 27 § 2 della Convenzione americana sui diritti umani) che individua alcuni diritti che devono essere garantiti sempre, in qualsiasi circostanza, e non ammettono deroga alcuna. Si tratta, ad esempio, del diritto alla vita (sia pur con alcune limitazioni) del diritto a non essere sottoposti a tortura e a schiavitù e del nucleo storico-universalistico del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cui poi si aggiungono talvolta ulteriori (ma pur sempre limitati) diritti.

(Segue): la giurisprudenza di Strasburgo e di San José ha finora individuato limiti molto stringenti per l'affermazione di obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali

La giurisprudenza della Corte EDU e della Corte IDU, peraltro, non ha enucleato obblighi di tutela penale rispetto a tutti i diritti appartenenti al "nocciolo duro" delle rispettive convenzioni; e, d'altra parte, li ha talora affermati rispetto a diritti che pure non hanno carattere inderogabile, ma sempre all'esito di una rigorosissima valutazione in ordine alla meritevolezza e al bisogno di pena, quasi sempre fondata su dati empirici (come è accaduto, ad esempio, nella sentenza *X e Y c. Paesi Bassi* del 1985, in cui veniva in rilievo la necessità di tutelare l'autodeterminazione nella sfera sessuale e la stessa integrità fisica di una persona minorenne affetta da un grave handicap mentale, che la Corte all'epoca ha ricondotto all'art. 8 CEDU ma che oggi potrebbe forse inquadrare nell'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU).

Molto spesso, inoltre, la Corte di Strasburgo e quella di San José hanno fatto riferimento – per supportare la richiesta di penalizzazione e di punizione di determinate condotte offensive di diritti fondamentali – ad *ulteriori strumenti internazionali che prevedono espressamente obblighi di tutela penale dei suddetti diritti* e che pure sono stati ratificati dallo Stato convenuto: basti pensare alla Convenzione dell'ONU contro la tortura o a quella, più recente, contro la sparizione forzata.

L'affermazione di obblighi di tutela penale è, dunque, rimasta contenuta entro limiti assai ristretti, ed è verosimile pensare che continuerà ad esserlo in futuro, posto che rispetto ai diritti "meno fondamentali" di quelli rispetto ai

quali sono stati enunciati obblighi di tutela penale il problema dei controinteressi renderebbe assai più problematico avanzare richieste di penalizzazione: si pensi, ad esempio, ad un ipotetico obbligo di tutela penale dell'onore o della reputazione individuale, che entrambe le Corti si sono ben guardate dall'affermare perché lo stesso impatterebbe, all'evidenza, con l'altrettanto fondamentale garanzia della libertà di espressione.

9.5 Le forme di controllo preventivo e successivo sul rispetto dei principi costituzionali in materia penale e dei diritti fondamentali

Come abbiamo visto, le obiezioni che hanno ad oggetto, *en masse*, gli obblighi di penalizzazione provenienti dalle fonti sovranazionali intesi come "categoria" si mostrano pressoché del tutto ingiustificate.

Ciò non toglie, ovviamente, che in relazione a un singolo strumento internazionale a connotazione penalistica possa, in effetti, evidenziarsi qualche tensione con i suddetti principi.

Anche in questo caso, però, non ci sembra si debba drammatizzare: è fisiologico che ciò accada (esattamente come accade negli ordinamenti interni); ma *quel che conta è che gli eventuali profili di contrasto con i principi penalistici possano essere messi in luce (e quindi superati) nelle sedi istituzionali opportune*, tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale.

Alla luce della *riserva di assemblea per la ratifica degli atti internazionali prevista dall'art. 80 Cost.* è anzitutto possibile per i parlamentari *mettere in luce il contrasto durante la discussione in aula*, e, se del caso, *opporsi alla ratifica*.

Per quel che concerne gli atti di fonte UE, invece, il Trattato di Lisbona ha introdotto una vera e propria *procedura di "dialogo istituzionalizzato" tra i Parlamenti nazionali e quello europeo* nella fase antecedente all'emanazione degli atti normativi dell'Unione, nell'ambito della quale potranno parimenti essere denunciati i profili di frizione con le tradizionali garanzie penalistiche.

Anche il governo ha un significativo margine di manovra, poiché al momento della ratifica di un determinato atto sovranazionale potrà apporre *riserve o eccezioni* in merito alle norme che pongono problemi rispetto ai suddetti principi; mentre nel settore del diritto dell'Unione potrà, se del caso, *attivare il cd. freno d'emergenza*, (previsto dall'art. 83 § 3 TFUE proprio per il caso di contrasto dell'atto in questione con i principi fondamentali dell'ordinamento interno) e, ancor prima, *minacciare l'attivazione dello stesso*, esercitando dunque una forte pressione perché il punto controverso venga rimosso.

Ma *anche una volta che lo strumento internazionale sia stato ratificato*, e che a livello nazionale *sia stata adottata una norma incriminatrice*, per ottemperare all'obbligo di criminalizzazione da questo previsto, i *giudici*

ordinari, di merito e di legittimità, potranno comunque, a seconda del settore di riferimento:

- a) *eccepire l'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice* conforme agli obblighi internazionali di criminalizzazione provenienti dal *diritto internazionale pattizio* ma ritenuta contrastante con i principi costituzionali, invocando dunque l'intervento della Corte costituzionale¹⁰⁶;
- b) proporre *rinvio pregiudiziale di validità* della norma di fonte UE che contempla l'obbligo di penalizzazione alla Corte di giustizia dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 TFUE¹⁰⁷ (o, qualora vi siano dubbi sull'interpretazione della norma europea, un *rinvio pregiudiziale di interpretazione* sulla base della stessa norma), avendo cura di indicare, anche le corrispondenti norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, qualora ve ne siano, o della CEDU (nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo) oltre alle norme costituzionali e ai principi penalistici così come declinati dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiane (che pure possono rilevare come *principi generali dell'Unione*, in quanto «diritti fondamentali (...) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni» ex art. 6 § 3 TUE). Con la precisazione che il rinvio pregiudiziale di validità/interpretazione è *obbligatorio*, e non solo facoltativo, *per gli organi di ultima istanza*.

A sua volta, la Corte costituzionale, in caso di “vizio derivato” della norma incriminatrice interna dall'atto sovranazionale, potrà:

- a) con riferimento al *diritto internazionale pattizio*, esercitare il “vaglio di compatibilità” delineato nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e quindi, al contempo, dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma interna e denunciare il *vulnus* alle garanzie penalistiche che inficia l'obbligo di criminalizzazione di fonte sovranazionale (sollecitando in tal modo, qualora si tratti di un obbligo di matrice giurisprudenziale, un *revirement* da parte della Corte di Strasburgo);
- b) con riferimento al diritto di fonte UE, effettuare essa stessa un *rinvio pregiudiziale di validità* alla Corte di giustizia dell'Unione.

¹⁰⁶Cfr. in generale A. BERNARDI, *La «qualità» della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, cit., pp. 335 ss., il quale ritiene che quella della sindacabilità costituzionale sia appunto una qualità della norma penale inscindibilmente connessa al tipo di fonte.

¹⁰⁷Bisogna peraltro precisare che la sentenza della Corte di Lussemburgo si limiterà a *dichiarare* l'invalidità dell'atto: solo l'istituzione che l'ha emanato è competente a procedere all'annullamento dello stesso. Ciò non toglie, tuttavia, che qualsiasi giudice possa considerare tale atto come invalido ai fini della propria decisione, anche prima che esso venga rimosso dall'ordinamento comunitario.

Bisogna rammentare infatti, in relazione al punto *sub b*), come nella recente sentenza *Melki*¹⁰⁸ la Corte di Lussemburgo abbia precisato che *il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE debba precedere (e non seguire) l'eventuale controllo di legittimità costituzionale*.

Da ciò discende che i giudici ordinari debbano rivolgersi *prima alla Corte di giustizia dell'Unione* (per eccepire la validità dell'atto di fonte UE rispetto ai Trattati, alla Carta dei diritti, ai principi generali dell'Unione e al diritto di Strasburgo)¹⁰⁹ e *soltanto in un secondo momento alla Corte costituzionale* (per eccepire la costituzionalità della fattispecie incriminatrice emanata in ottemperanza all'obbligo di criminalizzazione posto dalla norma europea). Ma, qualora gli stessi non rispettino quest'ordine e sollevino prima l'eccezione di legittimità costituzionale, dovrà essere la stessa Corte costituzionale a effettuare il rinvio pregiudiziale e ad attendere il *dictum* della Corte di Lussemburgo prima di pronunciarsi.

Nel caso in cui nessuno di questi attori istituzionali si sia attivato, infine, il singolo che ritenga di esser stato leso dall'applicazione di una norma incriminatrice adottata in ottemperanza agli obblighi sovranazionali di criminalizzazione e contrastante con le garanzie penalistiche potrà, una volta esauriti i rimedi giurisdizionali interni, rivolgersi alla *Corte europea dei diritti dell'uomo* per far valere una violazione della Convenzione.

Ora, è agevole ritenere che nel caso in cui la violazione lamentata abbia ad oggetto l'indebita compressione della libertà di espressione (come nel caso dell'incriminazione di condotte che dovrebbero essere scriminate dal diritto di cronaca), la norma di riferimento sarà l'art. 10 CEDU; e così pure che, nel caso in cui la sanzione sia di tipo pecuniario, verrà verosimilmente in rilievo l'art. 1 Prot. n. 1 CEDU (si pensi alle svariate ipotesi di confisca che sono state censurate dalla Corte EDU); e ancora che, nel caso in cui la doglianza del ricorrente concerna la "qualità" della norma interna il giudizio sarà incentrato sull'art. 7 CEDU.

Siamo dell'avviso, però, che al di là di queste ipotesi specifiche – cui si può forse aggiungere quella delle misure restrittive della libertà di movimento, che saranno più propriamente inquadrare sotto l'angolo visuale dell'art. 2 Prot. 4 – la norma naturalmente deputata alla valutazione in merito al rispetto dei limiti all'esercizio dello *jus puniendi* (che nella sostanza coincidono, come abbiamo visto, con i principi costituzionali in materia penale) sia l'art. 8 CEDU.

¹⁰⁸Corte di giustizia dell'UE, grande sezione, sent. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli* (cause riunite C-188 e C-189/10).

Cfr. sul punto D. U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1/2011.

¹⁰⁹Cfr. in generale sulle competenze giurisdizionali penali della Corte di giustizia V. RICCI, *Il controllo giurisdizionale sullo spazio penale europeo*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 739 ss.

Cfr. altresì G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., pp. 411 ss.

A ben vedere, infatti, è sulla base dell'art. 8 CEDU che la Corte di Strasburgo ha censurato, a partire dal lontano caso *Dudgeon c. Regno Unito* del 1981, le svariate norme che reprimevano l'omosessualità maschile¹¹⁰, e più di recente ha esaminato la compatibilità con la Convenzione dell'incriminazione degli atti sessuali con minori che, in alcuni casi, non avevano raggiunto l'età del consenso sessuale¹¹¹; ed è sempre rispetto all'art. 8 CEDU che essa ha affrontato la delicata questione dei limiti alla repressione penale dell'aborto nella recente sentenza *A, B e C c. Irlanda* del 2010¹¹²; ed è ancora in riferimento all'art. 8 CEDU che i giudici di Strasburgo hanno valutato la conformità alla Convenzione del cd. *délit de solidarité*¹¹³.

Una spiegazione semplice – e senz'altro corretta – potrebbe essere la seguente: la Corte ha adottato l'angolo visuale dell'art. 8 CEDU semplicemente in ragione del fatto che, in tutti questi casi, l'incriminazione costituiva un'interferenza nella vita privata e/o familiare del ricorrente, sotto uno dei molteplici profili in cui tali concetti si declinano.

Siamo dell'idea, però, che l'art. 8 CEDU stia sempre più assumendo il ruolo di norma cardine per la tutela dell'individuo *a fronte* dell'esercizio dello *jus puniendi* (mentre, del tutto specularmente, gli artt. 2, 3 e 4 CEDU *reclamano l'esercizio di quest'ultimo*, e legittimano dunque la tutela dei diritti fondamentali *mediante* il diritto penale)¹¹⁴.

Volendo sintetizzare, dunque, ci pare che la Corte di Strasburgo abbia tutti gli strumenti per valutare:

a) se vi sia stata o meno una *violazione della legalità penalistica nella*

¹¹⁰Il riferimento è a Corte EDU, sent. 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito* (ric. n. 7525/76); sent. 26 ottobre 1988, *Norris c. Irlanda*, (ric. n. 8225/78); sent. 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro* (ric. n. 1507/89); sent. 31 luglio 2000, *A.D.T. c. Regno Unito* (ric. n. 35765/97).

¹¹¹Il riferimento è a Corte EDU, sent. 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria* (ric. nn. 39392/98 e 39829/98) e *S.L. c. Austria* (ric. n. 45330/99); sent. 10 febbraio 2004, *B. B. c. Regno Unito* (ric. n. 53760/00); sent. 21 settembre 2010, *Fernando do Santos Couto c. Portogallo* (ric. n. 31874/07).

¹¹²Si consenta ancora il rinvio ad A. COLELLA, *Un'importante sentenza della Corte europea*, cit.

¹¹³Cfr. sul punto L. D'AMBROSIO, *La Corte EDU salva il "délit de solidarité": la condanna con dispensa dalla pena per favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno irregolare non costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8)*, nota a Corte EDU, sent. 10 novembre 2011, *Mallah c. Francia* (ric. n. 29681/08), in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹⁴Il fatto che il primo obbligo di tutela penale sia stato enunciato dalla Corte EDU proprio in riferimento all'art. 8 CEDU, peraltro, impone di rilevare come tale norma abbia, almeno in potenza, una valenza ancipite, potendo altresì reclamare l'esercizio dello *jus puniendi* esattamente come gli artt. 2, 3 e 4.

Nondimeno, è un dato che, dopo la sentenza *X e Y c. Paesi Bassi* (che concerneva una gravissima ipotesi di violenza sessuale nei confronti di una giovane donna disabile), la Corte EDU non abbia più utilizzato esclusivamente l'art. 8 CEDU in questa prospettiva: nella successiva sentenza *M. C. c. Bulgaria*, infatti, l'obbligo di criminalizzazione si fondava congiuntamente sugli artt. 3 e 8 CEDU.

sua dimensione “astorica”, e in qualche misura anche del principio di colpevolezza, secondo l’innovativa giurisprudenza Sud Fondi (art. 7 CEDU);

- b) se l’intervento penalistico fosse o no giustificato da un *legittimo scopo di tutela* (art. 8 § 2 CEDU);
- c) se lo stesso potesse dirsi *necessitato*, o non vi fossero invece strumenti extrapenalistici altrettanto efficaci rispetto allo scopo (art. 8 § 2 CEDU); e ancora,
- d) se fosse o meno *proporzionato* rispetto allo scopo di tutela perseguito (art. 8 § 2 CEDU).

Non pare, dunque, che manchino le sedi e gli strumenti per denunciare il contrasto degli obblighi di criminalizzazione di fonte internazionale con le tradizionali garanzie penalistiche, né che l’avvento dei suddetti obblighi abbia determinato un abbassamento del livello di tutela dell’individuo contro gli abusi del potere punitivo statale.

Vi è, anzi, da presumere che la sana “concorrenza” tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia dell’Unione e Corte di Strasburgo possa *sollecitare ciascuna di esse all’assunzione di prese di posizione più energiche* in questo senso, in definitiva *accrescendo la “capacità di rendimento” dei principi penalistici* (che, a ben guardare, non si era dimostrata poi così elevata neppure a livello interno, dato che la Corte costituzionale ha spesso giustificato la permanenza in vita di fattispecie palesemente in contrasto con questi ultimi, in nome di pur comprensibili esigenze di salvaguardia degli equilibri istituzionali).

9.6 Brevi riflessioni sul tema della giustizia di transizione

Nel capitolo sul diritto internazionale abbiamo dedicato un po’ di spazio al tema della giustizia di transizione, o *transitional justice*, come viene più comunemente definita, presentando in un’ottica squisitamente descrittiva i numerosi e complessi problemi sul tappeto.

Giunti a questo punto della trattazione, possiamo impostare riflessioni critiche, che l’approccio a tali questioni – non così esplorate nella giustizia italiana, per vero – ci ha sollecitato.

E’ probabilmente corretta l’impostazione adottata dagli studiosi di diritto internazionale penale, secondo i quali *non è possibile individuare una volta per tutte soluzioni di carattere generale*, che prescindano dal contesto e dalle caratteristiche peculiari della situazione che viene in rilievo nel caso concreto¹¹⁵.

¹¹⁵Cfr. sul punto K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 24.

Esperienze come quella sudafricana mostrano, in effetti, come in taluni casi le alternative agli strumenti della giustizia penale vi siano e si mostrino, anzi, maggiormente funzionali a chiudere i conti con il passato e a garantire un'effettiva transizione democratica.

Mi pare, tuttavia, che non si possa generalizzare né in un senso né nell'altro, e che pertanto non si debba ad ogni costo "togliere dal tavolo delle trattative" le questioni connesse all'accertamento dei fatti e delle responsabilità individuali per paura che ciò impedisca l'approdo ad una nuova fase (ad esempio approvando un provvedimento di amnistia che escluda la possibilità di sottoporre a processo per i crimini commessi i vertici del precedente regime, proprio per convincerli a sedersi a quel tavolo).

Come la più recente dottrina internazionalpenalistica non ha mancato di dimostrare, infatti, il rapporto tra pace e giustizia non è sempre conflittuale come potrebbe *prima facie* apparire e come a lungo si è ritenuto che fosse¹¹⁶: le statistiche mostrano, infatti, come quasi la metà degli accordi di pace faticosamente raggiunti sacrificando il valore della giustizia *siano destinati a rompersi nel giro di pochi anni*, perché – come si potrebbe dire, un po' retoricamente – *il passato ritorna*, e impedisce una reale e duratura pacificazione tra le parti in conflitto¹¹⁷.

Non solo non può escludersi, dunque, che la persecuzione penale sia funzionale ad una transizione pacifica, ma i dati empirici sembrerebbero dimostrare che sia così: troppo forte è, infatti, la richiesta di giustizia che si leva dalle vittime, che prima di tutto rivendicano il "diritto alla verità"¹¹⁸.

Proprio per questa ragione gli studiosi evidenziano la necessità che eventuali provvedimenti di amnistia siano comunque *accompagnati da altri meccanismi di accertamento dei fatti e delle responsabilità* (quale ad esempio l'instaurazione di una commissione verità e giustizia)¹¹⁹, e talora si interrogano – ancor più radicalmente – se il rapporto tra gli strumenti della *transitional justice* e quelli della giustizia penale debba realmente essere impostato in chiave di *alternatività* o non, piuttosto, di *complementarità*¹²⁰.

Una riflessione in tal senso si rende ancor più cogente, come abbiamo evidenziato nella parte descrittiva della presente trattazione, alla luce degli artt. 6-8 dello Statuto della Corte penale internazionale, che – unitamente al punto 4 del Preambolo – delineano un vero e proprio *obbligo di persecuzione penale* dei crimini di diritto internazionale, e dell'art. 17 dello Statuto

¹¹⁶Cfr. in proposito C. C. JOYNER, *Introduction, No peace without justice*, in M. C. BASSIOUNI - C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity*, cit., pp. 9 ss.

¹¹⁷Si veda in proposito C. BELL, *The "new law" of transitional justice*, cit., p. 120, nonché K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 25.

¹¹⁸Cfr. sul punto K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 26.

¹¹⁹Commissioni le cui caratteristiche, per vero, variano moltissimo: cfr. sul punto K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 40 ss. In riferimento all'amnistia, *ibidem*, p. 26.

¹²⁰Cfr. sul punto ancora K. Ambos, *The legal framework*, cit., p. 34.

medesimo, che legittima l'intervento della Corte in tutti i casi in cui lo Stato interessato non si adoperi in tal senso.

Prima dello Statuto di Roma, infatti, obblighi di persecuzione dei crimini di diritto internazionale erano contemplati da singoli strumenti di diritto internazionale pattizio, come tali vincolanti solo per gli Stati firmatari, né si potevano desumere dal diritto internazionale consuetudinario, ché mancava una prassi in tal senso¹²¹. Ora, invece, il dato testuale dello Statuto non solo ha dato un impulso significativo per il riconoscimento di una simile prassi, ma *rende assai più difficile giustificare la mancata attivazione degli strumenti della giustizia penale in virtù di esigenze altre* (che nella situazione contingente appaiono più meritevoli, ma che in futuro potrebbero rivelare di non esserlo).

Ho l'impressione, in definitiva, che una simile opzione *non possa essere ritenuta compatibile con il quadro normativo attuale se non in esito a qualche contorsione teorica*; e ciò quantomeno per quel che concerne il cd. *duty to prosecute*, dal momento che – secondo quel che sostiene la dottrina, senza invero incorrere in una immediata contraddizione con il dato testuale – il cd. *duty to punish* è invece un obbligo che vale soltanto in linea di principio, ma che può soffrire limitate e ben definite eccezioni¹²².

E' interessante notare come negli ultimi anni si sia trovato una sorta di *compromesso* tra le istanze della *lotta contro l'impunità* per i crimini di diritto internazionale che stanno alla base dello Statuto della Corte penale internazionale e quelle *più politiche* che trovano espressione nei meccanismi della giustizia di transizione, compromesso così congegnato: il *Prosecutor* avvia indagini *solo nei confronti degli esponenti di vertice dello sconfitto regime*, lasciando invece alle magistrature nazionali il compito di perseguire (e prima ancora, di decidere se perseguire) i cd. *minor authors*¹²³.

Si può discutere se si tratti o no di un compromesso accettabile. Quello che ci sentiamo di esprimere è, piuttosto, un sentimento di sconcerto di fronte all'eventualità – *rectius*, alla concreta possibilità – che efferati crimini di proporzioni vastissime come sono, appunto, i *core crimes* siano del tutto sottratti ai meccanismi della giustizia penale, e che specie coloro ai quali sono imputabili gli atti più efferati (qualunque sia l'anello della catena di comando cui appartengono) vadano non solo esenti da pena, ma da qualsiasi tipo di sanzione, e nella maggior parte delle ipotesi non vengano neppure individuati.

Ci chiediamo – un po' ingenuamente, forse – *di cosa mai dovrebbe occuparsi il diritto penale se, in primo luogo, non si occupa di tutto ciò*; quando mai dovrebbe essere brandita l'arma della pena se non la si brandisce in relazione a crimini come questi. Tanto più che – si perdoni la provocazione – la prassi

¹²¹Cfr. sul punto K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 30.

¹²²Cfr. sul punto ancora K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 32.

¹²³Cfr. sul punto K. AMBOS, *The legal framework*, cit., pp. 69 ss., e, soprattutto, C. BELL, *The "new law" of transitional justice*, pp. 115 ss.

dell'amministrazione della giustizia a livello interno mostra, ogni giorno, come si possa effettivamente *finire in galera* per aver rubato un pezzo di Parmigiano, e anche rimanerci per qualche tempo¹²⁴.

In definitiva, ci sembra che *il diritto penale non possa e non debba così facilmente abdicare al suo ruolo neppure durante le fasi di transizione politica*, e che la riflessione dottrinale possa far molto per circoscrivere e precisare quali siano – se mai ve ne siano – le *limitate* condizioni in presenza delle quali una rinuncia alla persecuzione penale è ammissibile, sulla base del quadro normativo vigente.

Il rischio è, infatti, che – in assenza di una simile elaborazione dottrinale – la prassi internazionale continui ad assestarsi su *standard* ben più laschi, e che l'utilizzo di meccanismi alternativi a quelli della giustizia penale avvenga *al di fuori di qualsiasi proceduralizzazione*, secondo logiche squisitamente politiche e non giuridiche¹²⁵.

9.7 Fra monismo e dualismo: aperture al nuovo e “sacche di resistenza”

Come potremmo chiudere la nostra riflessione senza un breve accenno al “problema dei problemi”: se l'ordinamento interno e quello internazionale siano separati e autonomi o, invece, integrati, sì da formare un unico ordinamento?¹²⁶

Si tratta di due visioni opposte, che a lungo si sono confrontate nel panorama dottrinale internazionalistico. L'adesione all'una o all'altra ha, tuttavia, evidenti implicazioni in tutti i settori dell'ordinamento, e dunque anche per il diritto penale.

Giova ripercorrerle brevemente.

Secondo la prima – quella *dualista* (o pluralista) – l'ordinamento nazionale e quello internazionale sarebbero distinti ed equiordinati, così che le norme internazionali non avrebbero il potere di incidere sull'ordinamento interno, né potrebbe accadere il contrario. Con la conseguenza che, in caso di conflitto, i giudici nazionali dovrebbero ritenere prevalenti le norme interne¹²⁷.

Secondo la teoria *monista*, invece, il sistema sarebbe unico, e in caso di antinomia le norme sovranazionali avrebbero la precedenza su quelle interne¹²⁸. Nel pensiero di Kelsen, per la verità, la relazione tra le norme interne e quelle internazionali non sarebbe di primazia delle seconde sulle prime, ma piuttosto

¹²⁴Cfr. sul punto Cass. pen., sez. IV, sent. 21 aprile 2010 (dep. 6 agosto 2010), n. 31391, ric. Sorace, in www.penalecontemporaneo.it.

¹²⁵Si veda ancora K. AMBOS, *The legal framework*, cit., p. 28.

¹²⁶Cfr. per tutti I. BROWNLIE, *Principles*, cit., pp. 31 ss.

¹²⁷Cfr. I. BROWNLIE, *Principles*, cit., p. 32.

¹²⁸Cfr. I. BROWNLIE, *Principles*, cit., p. 32, il quale mette giustamente in luce le profonde differenze tra le varie formulazioni della teoria monista, dando ampio spazio al pensiero di Lauterpatch e, soprattutto, di Kelsen.

di *interdipendenza*, ed entrambe sarebbero invece subordinate al diritto naturale o all'insieme dei principi generali del diritto, che determinerebbe i loro rispettivi ambiti di influenza.

Non mancano, poi, voci dottrinali che – per sfuggire alla rigida contrapposizione tra l'una e l'altra impostazione – fanno propria l'idea secondo cui i due sistemi, quello internazionale e quello interno, non verrebbero propriamente in conflitto, dal momento che ciascuno di essi ha un suo preciso settore di applicazione e in questo è sovrano; ma che, tuttavia, ci può essere un conflitto di obblighi, che può dar luogo a una *responsabilità dello Stato sul piano internazionale*. Secondo altri sostenitori della teoria intermedia della *coordinazione*, invece, le norme interne in contrasto con il diritto internazionale non sono di per sé invalide, ma restano in vita nell'ordinamento nazionale.

Come sappiamo, la posizione teorica cui la Corte costituzionale italiana ha esplicitamente aderito con la giurisprudenza culminata nella sentenza *Granital* (n. 170 del 1984) è quella della *separazione* degli ordinamenti¹²⁹; posizione che, pur non essendo mai stata sinora apertamente sconfessata, ha in qualche misura perso terreno, almeno con riferimento ai rapporti tra l'ordinamento interno e quello dell'Unione europea, come dimostra il frequente utilizzo nella più recente giurisprudenza costituzionale della formula «ordinamenti coordinati e comunicanti».

Al di là delle affermazioni di principio, ad ogni modo, il passaggio da un'impostazione dualista a un'impostazione monista (da sempre fatta propria, invece, dalla Corte di Giustizia dell'Unione) è testimoniato, non solo nel panorama dottrinale italiano, ma anche nella giurisprudenza più recente, da numerosi elementi.

Sul fronte della giurisprudenza ordinaria, anzitutto, dalle sentenze della Cassazione penale che hanno notevolmente ridimensionato l'assolutezza del principio dell'intangibilità del giudicato alla luce dell'esigenza di dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, come l'art. 46 § 1 CEDU impone; posizione, questa, rispetto alla quale nell'aprile 2011 si è infine registrata l'importante convergenza della Corte costituzionale nella più volte menzionata sentenza sul caso *Dorigo*, che a tal scopo ha introdotto all'art. 630 c.p.p. un nuovo caso di revisione.

Né è, altresì, una prova la frequente (ancorché mascherata) *applicazione diretta delle norme CEDU* a fronte di lacune nell'ordinamento nazionale, fin dalla notissima e ormai lontana sentenza *Polo Castro* del 1988.

E, soprattutto, negli ultimi anni sembra stia sensibilmente mutando l'*habitus* mentale dei giudici nazionali, che a poco a poco stanno finalmente prendendo coscienza del proprio ruolo di *primi tutori del diritto dell'UE e del diritto di Strasburgo*, e si muovono tra le fonti sovranazionali con una dimestichezza che fino a poco tempo fa sarebbe stata impensabile: basti pensare

¹²⁹ i vedano in proposito le osservazioni di M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000.

alle ormai numerosissime ipotesi di rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia da parte dei giudici italiani, di merito e di legittimità.

Sul fronte della giurisprudenza amministrativa, poi, non si potrebbe spiegare se non attraverso la teoria dell'integrazione degli ordinamenti l'orientamento che predica l'*invalidità del provvedimento amministrativo contrastante con il diritto comunitario* (ritenuto, a seconda dei casi, nullo o annullabile)¹³⁰.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, ne danno la misura, anzitutto, le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, con le quali la Corte costituzionale ha effettuato la prima, significativa apertura di credito nei confronti del diritto di fonte CEDU (apertura di credito alla quale era stata peraltro costretta, a riprova di quanto abbiamo detto poc'anzi, proprio dai giudici ordinari, che avevano iniziato a sperimentare la via della disapplicazione, già ampiamente battuta per il diritto comunitario, anche rispetto al diritto di Strasburgo).

Ma, anche a livello simbolico, non possono non essere qui menzionate le ordinanze nn. 102 e 103 del 2008, con le quali la Corte costituzionale ha ammesso per la prima volta – seppur soltanto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale – la possibilità di effettuare essa stessa il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Lussemburgo¹³¹.

Certo, a fronte di questi davvero significativi mutamenti di prospettiva tuttora esistono alcune “sacche di resistenza”.

Emblematica, in questo senso, la sentenza della Cassazione civile n. 9147 del 2009, la quale ha affermato che il comportamento del legislatore che non abbia recepito una direttiva non *self-executing* debba qualificarsi, al tempo stesso, come *antigiuridico nell'ordinamento dell'Unione europea e lecito nell'ambito dell'ordinamento interno*, spingendosi a definire la natura della responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli cittadini pregiudicati dal mancato adempimento come responsabilità «contrattuale, da inadempimento di un'obbligazione *ex lege* di natura indennitaria per attività non antigiuridica»: una tesi che, come non ha mancato di evidenziare la dottrina civilistica, pone notevoli problemi, perché la dissociazione tra i due piani è del tutto artificiosa.

Ma possono forse essere inquadrare in tal senso anche le affermazioni della Corte costituzionale nelle recenti sentenze nn. 236 del 2011 e 15 del 2012, con cui il giudice delle leggi ha (invano) tentato di ritagliarsi margini di manovra più ampi rispetto a quelli delineati nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 per quel che concerne il cd. “vaglio di compatibilità” con la Costituzione delle norme CEDU (così come interpretate dal loro giudice), e in generale di tutte le norme di diritto internazionale pattizio che costituiscono «obblighi internazionali» ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost.

¹³⁰Cfr. ad esempio Cons. di Stato, sent. n. 3072 del 2009

¹³¹Cfr. sul punto P. PASSAGLIA (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in www.cortecostituzionale.it.

Si tratta di tentativi di riaffermare – con una sorta di “eroico furore” degno di altri tempi e di ben altre cause – modelli che erano senz’altro validi un tempo, ma che oggi non lo sono più, e che rischiano di trovare ogni giorno una nuova smentita nei fatti.

E’ forse venuto il tempo di lasciarli alle spalle, e che ciascuno occupi il suo posto all’interno del sistema – apparentemente complesso, ma nel quale pure operano regole e gerarchie ben riconoscibili – che vede oggi *integrati* l’ordinamento internazionale e quello nazionale: una prospettiva, questa, che deve necessariamente essere fatta propria anche dallo studioso e dal pratico del diritto penale.

Nova tempora currunt.

Bibliografia

1. AA. VV., European criminal policy initiative. *Manifesto sulla politica criminale europea*, tradotto in lingua italiana e pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1263 ss.
2. P. AGUILAR, *The timing and scope of reparation, truth and justice measures: a comparison of the Spanish, Argentinian and Chilean cases*, in K. AMBOS, J. LARGE, M. WIERDA (a cura di), *Building a future on peace and justice. Study on transitional justice, peace and development of the Nuremberg Declaration on peace and justice*, Berlino, 2009, pp. 503 ss.
3. K. AMBOS, *The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC*, in K. AMBOS – J. LARGE – M. WIERDA (a cura di), *Building a future on peace and justice*, Berlino, 2009, pp. 19 ss.
4. A. ANZON, *Intervento sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, 2009, in www.cortecostituzionale.it.
5. H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2003.
6. L. ARROYO ZAPATERO – M. MUÑOZ DE MORALES, *Droit pénal européen net Traité de Lisbonne: le cas de l'harmonisation autonome*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Parigi, 2011, in corso di pubblicazione.
7. R. BALDUZZI – F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1989.
8. J. BALINT, *An empirical study of conflict, conflict victimization and legal redress. 1945-1996*, in M. C. BASSIUNI - C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity*, cit., pp. 101 ss.
9. A. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Derechos fundamentales y derecho penal*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 9/2007, pp. 61 ss.
10. M. C. BASSIUNI – E.M. WISE, *Aut dedere aut judicare: the duty to extradite or prosecute in international law*, Dordrecht, 1995.

11. M. C. BASSIOUNI, *Enforcing Human Rights through International Criminal Law and through an International Criminal Tribunal*, in *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, New York, 1994, p. 347.
12. M. C. BASSIOUNI, *International criminal law conventions and their penal provisions*, New York, 1997.
13. M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999.
14. M. C. BASSIOUNI, *Searching for peace and achieving justice: the need for accountability*, in M. C. BASSIOUNI - C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity*, cit., pp. 45 ss.
15. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764 (prima edizione).
16. L. BEDUSCHI, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it.
17. L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2011, pp. 289 ss.
18. C. BELL, *The "new law" of transitional justice*, in K. AMBOS - J. LARGE - M. WIERDA (a cura di), *Building a future on peace and justice*, Berlino, 2009, p. 117 ss.
19. A. BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del "favore rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionali e di giustizia*, Torino, 2005, pp. 31 ss.
20. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it.
21. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.
22. A. BERNARDI, *Le qualità della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, in G. GRASSO - L. PICOTTI - R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 335 ss.
23. A. BERNARDI, *Presentazione a C. GRANDI, Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.
24. A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 536 ss.

25. M. BIANCHI, *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è incostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese*, in *Ind. Pen.*, 2005, pp. 263 ss.
26. D. BIANCHI – E. BERNACCHI – G. CICCOTTI, A. SALVI, *Uscire dal silenzio. Lo stato di attuazione della legge 269/98*, Firenze, 2003.
27. F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione europea in materia penale*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 171 ss.
28. M. BORGHI – P. MEYER-BISCH, *La corruption, l'envers des droit de l'homme*, Friburgo, 1996.
29. A. BOULESBAA, *The U.N. Convention on torture and the prospects for enforcement*, L'Aja-Boston-Londra, 1999.
30. I. BROWNLIE, *Principles of public international law*, Oxford, 2003.
31. I. BROWNLIE, *State responsibility*, Oxford, 1983.
32. J. H. BURGERS – H. DANIELIUS, *The United Nations Convention against torture. A handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, Dordrecht-Boston-Londra, 1988.
33. A. CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006.
34. R. CALÒ, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it.
35. R. CALVANO, *Mandato d'arresto e problemi costituzionali in relazione alla giurisdizione della Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 35 TUE*, in R. CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2007.
36. S. CANTONI, *Il Comitato internazionale della Croce Rossa e lo sviluppo del diritto internazionale umanitario*, in G. PORRO – O. PORCHIA, *Studi di diritto internazionale umanitario*, Torino, 2004, pp. 155 ss.
37. M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000.
38. A. CASSESE – M. DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002.

39. A. CASSESE, *Diritto internazionale. Problemi della comunità internazionale* (a cura di P. GAETA), Bologna, 2004.
40. A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, 2009.
41. A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford, 2008.
42. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna, 2005.
43. A. CASSESE, *Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?*, in A. CASSESE – M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002, pp. 19 ss.
44. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982.
45. R. CHENAL, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Legislazione penale*, 2006, fasc. 1, pp. 171-189.
46. M. CHIAVARIO, *Appunti "a prima lettura" sul mandato di arresto europeo*, in www.forumcostituzionale.it.
47. F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it.
48. G. COCCO, *Nota a Cass. pen., sez. III, sent. 22 marzo 2010, n. 10981*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, pp. 2073 ss.
49. A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2009, pp. 1801 ss.
50. A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, pp. 197 ss.
51. A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, pp. 221 ss.
52. A. COLELLA, *La giurisprudenza CEDU 2008-2010: il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, pp. 248 ss.
53. A. COLELLA, *La Corte "condanna" l'Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 Cedu in relazione all'uccisione di un diciannovenne albanese ad opera di un agente di polizia*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it.

54. A. COLELLA, *La Francia condannata a Strasburgo per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione all'uso eccessivo della forza durante un arresto*, 2010, in www.penalecontemporaneo.it.
55. A. COLELLA, *Un'importante sentenza della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, nota a Corte EDU, sent. 16 dicembre 2010, *A, B e C c. Irlanda*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it.
56. M. CONDINANZI, *Comunità europee, Unione europea e adattamento*, in S. M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, pp. 150 ss.
57. L. CONDORELLI, *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *189 Collected Courses*, L'Aja, 1984.
58. G. CONSO – A. SACCUCCI, *Codice dei diritti umani*, Padova, 2001.
59. L. D'AMBROSIO, *La Corte EDU salva il "délit de solidarité": la condanna con dispensa dalla pena per favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno irregolare non costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8)*, nota a Corte EDU, sent. 10 novembre 2011, *Mallah c. Francia* (ric. n. 29681/08), 2011, in www.penalecontemporaneo.it.
60. L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare "conforme" e "non conforme" alla direttiva rimpatri*, nota a Corte di Giustizia UE, grande sezione, sent. 6 dicembre 2011, *Achughbabian* (causa C-329/11), 2011, in www.penalecontemporaneo.it.
61. C. DANISI, *Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo*, 2009, in www.diritto.it.
62. P. DAVIGO – G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2008.
63. M. DELMAS-MARTY – S. MANACORDA, *Corruption – A challenge to the Rule of Law and democratic society*, in P. BERNASCONI (a cura di), *Responding to corruption. Social defence, corruption, and the protection of public administration and the independence of justice, Updated documents of the XIIIth International Congress of Social Defence – Lecce 1996*, Napoli, 2000, p. 401 ss.
64. M. DELMAS-MARTY, *Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?*, in A. CASSESE -

- M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002, p. 59 ss.
65. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986.
66. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Parigi, 2004.
67. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006.
68. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*, Parigi, 2007.
69. M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, pp. 74 ss.
70. S. DELSIGNORE, *Pornografia minorile*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, Padova, 2006, vol. III, pp. 420 ss.
71. L. DE MATTEIS, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia dopo il Trattato di Lisbona: profili penalistici (Incontro di formazione per i magistrati organizzato dal CSM e tenutosi a Roma il 28 settembre 2011)*.
72. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.
73. F. DI LUCIANO, *Lineamenti critici del reato di pedopornografia virtuale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2627 ss.
74. E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
75. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e subsidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1 ss.
76. J. ELSTER, *Chiudere i conti: la giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, 2008.
77. B. EMMERSON – A. ASHWORTH – A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007.
78. A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007.
79. G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002.
80. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, 2007, vol. II, pp. 1247 ss.

81. C. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 555 ss.
82. G.M. FLICK, *Intervento sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, 2009, in www.cortecostituzionale.it.
83. D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009.
84. D. FLORE, *Une justice pénale après Amsterdam*, in *J.T. Dr. Eur.*, 1999, pp. 122 ss.
85. G. FORNASARI, *Dittatori alla sbarra. Il caso Bordaberry come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, cit., pp. 2281 ss.
86. G. FORNASARI – A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale. Casi, fonti e studi per il diritto penale*, Padova, 2005.
87. G. FORTI, *Introduzione. Il volto di Medusa: la tangente come prezzo della paura*, *ibidem*, p. XI ss.
88. A. FORZA, *La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza* in *Riv. pen.*, 2007, pp. 482 ss.
89. E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. AMATI - V. CACCAMO - M. COSTI - E. FRONZA - A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010, p. cit., pp. 39 ss.
90. E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in G. CARLIZZI – G. DELLA MORTE – S. LAURENTI – A. MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, 2003, pp. 61 ss.
91. E. FRONZA – E. MALARINO, *L'effet harmonisateur du Statut de Rome*, in M. DELMAS-MARTY – M. PIETH – U. SIEBER (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising Criminal Law*, pp. 32 ss.
92. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1034 ss.
93. L. FUMAGALLI, *Illecito e responsabilità*, in S. M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, pp. 254 ss.
94. D. U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1/2011.

95. M. C. GALVIS–K. SALAZAR, *La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales*, 2007, in www.dplf.org.
96. A. GARAPON, *Crimini che non si possono né perdonare né punire. L'emergere di una giustizia penale internazionale*, Bologna, 2004.
97. S. GARCÍA RAMÍREZ, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Città del Messico, 2006.
98. C. GRANDI, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 371 ss.
99. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.
100. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e gli Stati membri*, Milano, 1989.
101. G. GRASSO, *Il Corpus Juris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, prefazione a *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Milano, 1997.
102. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2307 ss.
103. G. GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 683 ss.
104. P. GREADY, *The era of transitional justice: the aftermath of the truth and reconciliation commission in South Africa and beyond*, Milton Park – Abingdon – Oxon – New York, 2011.
105. L.C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, Manchester, 2000, p. 33 ss., e G. WERLE, *Principles of international criminal law*, L'Aja, 2009.
106. G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in www.forumcostituzionale.it.
107. D. J. HARRIS – M. O'BOYLE – C. WARBRICK, *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, 2009.
108. T. HOBBS, *Leviatano*, Parigi, 1651, vol. I, cap. XVII (prima edizione).

109. G. INSOLERA, *Democrazia, ragione, prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri*, Milano, 2003.
110. G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 2351 ss.
111. H. KELSEN, *Collective and individual responsibility in International law with particular regard to the punishment of war criminals*, in *California Law Review*, 1943, pp. 530 ss.
112. R. KLITGAARD, *Roles for international organizations in the fight against corruption*, in P. BERNASCONI (a cura di), *Responding to corruption. Social defence, corruption, and the protection of public administration and the independence of justice, Updated documents of the XIIIth International Congress of Social Defence – Lecce 1996*, Napoli, 2000, p. 363 ss.
113. E. KONTOROVICH, *A positive theory of universal jurisdiction*, in *Notre Dame Law Review*, vol. LXXX, 2004, pp. 4 ss.
114. L. KUHL, *Spazio giudiziario di cooperazione o di integrazione penale?*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 723 ss.
115. R. LEMKIN, *Axis rule in occupied Europe. Law of occupation, analysis of government, proposal for redress*, Washington, 1944, pp. 79 ss.
116. N. LEVI, *In tema di reati commessi all'estero*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1935, pp. 435 ss.
117. J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, Londra, 1683 (prima edizione).
118. E. LO MONTE, *Uno sguardo sullo Schema di Legge Delega per la riforma dei reati in materia di ambiente: nuovi «orchestrali» per vecchi «spartiti»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, p. 54 ss.
119. M. LUPO, *I reati sessuali sui minori a seguito delle leggi di riforma in materia. La nuova disciplina sulla pedopornografia alla luce della legge 38/2006: disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia a mezzo internet*, in A. MANNA – S. LORUSSO (a cura di), *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Milano, 2007, pp. 25 ss.

120. A. MADEO, *Un recepimento solo parziale della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 9, p. 1055 ss.
121. S. MAFFEI, *Il mantello della legge. Male captum, bene retentum e dottrina del ritrovamento inevitabile in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. CORSO – E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, vol. II, pp. 349 ss.
122. E. MALARINO, *La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos*, 2009, in <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm>.
123. E. MALARINO, *Implementación y dificultades de implementación*, in K. AMBOS - E. MALARINO – J. WOISCHNIK (a cura di), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del estatuto de Roma de la Corte penal internacional: contribuciones de América Latina y Alemania*, Berlino – Montevideo, 2006, pp. 489-491.
124. S. MANACORDA, *Commento alla legge 29 settembre 2000, n. 300*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, pp. 431 ss.
125. S. MANACORDA, *Entre la guerre et la paix: le droit pénal en quête de sa place*, in S. MANACORDA – A. NIETO (a cura di), *Criminal law between war and peace*, 2009.
126. S. MANACORDA, *Il mandato d'arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 789 ss.
127. S. MANACORDA – C. MELONI, *Indirect perpetration versus joint criminal enterprise*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010.
128. S. MANACORDA, *Introduction. L'intégration pénale indirecte, une première définition*, in G. GIUDICELLI-DELAGE – S. MANACORDA, (a cura di) *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénale et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Parigi, 2005, pp. 21 ss.
129. S. MANACORDA, *Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, p. 99 ss.
130. J. P. MAÑALICH RAFFO, *La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?*, in *Revista derecho y humanidades*, 2005, n. 11, pp. 245 ss.

131. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i nuovi vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, 2011, pp. 1 ss.
132. V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti "in malam partem"*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 101 ss.
133. G. MANNOZZI - F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, pp. 899 ss.
134. A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia dell'obbligo internazionale di repressione della tortura*, in *Riv. dir. int.*, 1999, pp. 463 ss.
135. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2011.
136. L. MASERA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato i respingimenti collettivi verso la Libia operati nel maggio 2009 contrari agli artt. 3, 4 prot. 4 e 13 CEDU*, 2012, in www.penalecontemporaneo.it.
137. A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO - L. PICOTTI - R. Stextscicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., pp. 67 ss.
138. O. MAZZA, *La procedura penale*, in F. VIGANÒ - O. MAZZA (a cura di), *Europa e diritto penale*, numero speciale di *Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 33 ss.
139. C. MELONI, *Command responsibility in international criminal law*, L'Aja, 2010.
140. C. MELONI, *Le vittime nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale*, in P. CORSO - E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, vol. II, pp. 387 ss.
141. E. MEZZETTI, *I crimini di genocidio*, in G. LATTANZI - V. MONETTI (coordinato da), *La Corte penale internazionale*, Milano, 2006, pp. 559 ss.
142. M. MIRAGLIA, *Happy birthday ICC! Bilancio dei primi nove anni di attività della Corte penale internazionale*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it
143. A. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004.

144. F. MUNARI, *Risoluzione pacifica e prevenzione delle controversie internazionali*, in S.M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, pp. 225 ss.
145. G. MUSACCHIA, *La responsabilità internazionale degli Stati per fatti degli organi legislativi*, Roma, 1939.
146. B. NASCIMBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S.M. CARBONE – R. LUZZATTO – A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, pp. 337 ss.
147. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.
148. F. OLIVERI, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, in www.europeanrights.eu.
149. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999.
150. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 232 ss.
151. M. A. PASCULLI, *Una umanità una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Padova, 2011.
152. A. PECCIOLI, *Lotta contro lo sfruttamento sessuale di minori e la pedopornografia*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 935 ss.
153. M. PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea*, in S. Vinciguerra - F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, pp. 673 ss.
154. C. PERINI, *La direttiva 2008/99/CE come fattore di armonizzazione e rinnovamento del lessico penalistico in materia di tutela dell'ambiente*, Relazione al convegno *Giuristi, lingua ed Unione Europea: la circolazione dei concetti in un mondo multilingua*, Como, 14 luglio 2011 (dattiloscritto in corso di pubblicazione).
155. 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 prospettive di attuazione*, Padova, 2004.
156. L. PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in Internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte seconda)* in *Studium Iuris*, 2007, pp. 1205 ss.

157. L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 207 ss.
158. L. PICOTTI (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, 2010.
159. J. S. PICTET, *Development and principles of international humanitarian law*, Dordrecht – Ginevra, 1985.
160. J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses et des malades dans les forces armées en campagne*, Ginevra, 1952.
161. J. S. PICTET (a cura di), *La Convention de Geneve relative au traitement des prisonniers de guerre*, Ginevra, 1958.
162. M. PIETH, *The coordination of international initiatives against corruption: a perspective for the future?*, in P. BERNASCONI (a cura di), *Responding to corruption. Social defence, corruption, and the protection of public administration and the independence of justice, Updated documents of the XIIIth International Congress of Social Defence – Lecce 1996*, Napoli, 2000, p. 389 ss.
163. V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 918 ss.
164. G. PORRO, *La comunità internazionale e la tutela dei diritti umani*, in G. PORRO – O. PORCHIA (a cura di), *Studi di diritto internazionale umanitario*, Torino, 2004, pp. 4 ss.
165. D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 647 ss.
166. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009.
167. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 484 ss.
168. R. RAFFAELLI, *La pedopornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla l. 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 799 ss.
169. V. RICCI, *Il controllo giurisdizionale sullo spazio penale europeo*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 739 ss.

170. S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996.
171. N. S. RODLEY, *Impunity and human rights*, in M. C. BASSIOUNI – C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*, Bordeaux, 1998, p. 75.
172. M. ROMANO, *Art. 7*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, pp. 118 ss.
173. N. ROTH-ARRIAZA – L. GIBSON, *The developing jurisprudence on Amnesty*, in *Human rights quarterly*, vol. 20, n. 4, 1998, p. 843-885.
174. N. ROTH-ARRIAZA, *The Pinochet effect: transitional justice in the age of human rights*, Philadelphia, 2005.
175. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale o principi di diritto politico*, Amsterdam, 1762 (prima edizione).
176. C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it
177. F. RUGGIERI, *Dal principio del mutuo riconoscimento alle nuove prospettive della cooperazione in materia penale alla luce del Trattato di Lisbona. Il plus valore della creazione del Pubblico Ministero europeo*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 461 ss.
178. A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2005.
179. L. SALAZAR, *Di un sistema penale europeo (e dei suoi attori) prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 730.
180. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO – R. SICURELLA, (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, pp. 395 ss.
181. G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.
182. H. SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea. Appendice al Manifesto del gruppo scientifico internazionale "European criminal policy initiative"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1282 ss.

183. W. A. SCHABAS, *Article 6 – Genocide*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observer’s notes, article by article*, Baden-Baden, 1999.
184. M. N. SHAW, *International law*, Cambridge, 2003.
185. A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto internazionale generale (parte I)*, in *La Comunità internazionale*, 2005, pp. 274 ss.
186. M. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (Note a margine del d. lgs. n. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell’ambiente)*, in corso di pubblicazione in *Riv. giur. ambiente*.
187. E. SELVAGGI – O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato d’arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 453 ss.
188. W. SHABAS, *A synergistic relationship: the Sierra Leone truth and reconciliation commission and the special court for Sierra Leone*, Berlino, 2004, pp. 163.
189. H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, 1996.
190. Y. SHY KRAYTMAN, *Universal Jurisdiction – Historical roots and modern implication*, in *Journal of International Studies*, vol. II, 2005, pp. 94 ss.
191. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Milano, 2005.
192. R. SICURELLA, *La tutela “mediata”*, in G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007.
193. K. SIKKINK, *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, New York, 2011.
194. C. L. SIRACUSA, *L’attuazione della direttiva sulla tutela dell’ambiente tramite il diritto penale*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it.
195. R. SICURELLA, *Prosegue l’azione dell’Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it.
196. R. SICURELLA, *«Prove tecniche» per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L’evoluzione del*

diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, Milano, 2011, pp. 3 ss.

197. R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 2620 ss.
198. C. SOTIS, *Diritto comunitario e giudice penale*, *Rassegna monotematica* a supplemento de *Il Corriere del Merito*.
199. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.
200. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, pp. 1150 ss.
201. C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 171 ss.
202. A. SPATARO, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismi e mafie, di segreti di Stato e di giustizia offesa*, Roma-Bari, 2010.
203. F. SPIEZIA, *Le linee evolutive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo*, in E. APRILE - F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Assago, 2009.
204. F. STORELLI, *Diritto penale comunitario*, Torino, 2006.
205. M. E. TARDU, *The United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*, in *Nordic Journal of International Law*, 1987, p. 304.
206. R. G. TEITEL, *Transitional justice*, Oxford, 2002.
207. T. TODOROV, *Les limites de la justice*, in A. CASSESE – M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002, pp. 39 ss.
208. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.
209. F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006.
210. G. M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99 CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, p. 458 ss.

211. G. M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 133 ss.
212. A. VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "mani pulite"*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003, pp. 23 ss.
213. G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII, 1994.
214. A. L. VERGINE, *Rossi di vergogna, anzi paonazzi... leggendo la legge comunitaria 2009*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2011, p. 132 ss.
215. A. VERRI, *Il testo approvato dal Parlamento europeo della nuova direttiva sugli abusi sessuali contro i minori e la pedopornografia*, in www.penalecontemporaneo.it.
216. F. VIGANÒ - L. MASERA, *Addio articolo 14: nota alla sentenza El Dridi della Corte di Giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, nota a Corte di giustizia UE, sent. 28 aprile 2011, *El-Dridi* (causa C-61/11 PPU), 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
217. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 42 ss.
218. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ – O. MAZZA (a cura di), *Europa e diritto penale*, numero speciale di *Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 4 ss.
219. F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in F. VIGANÒ – O. MAZZA (a cura di), *Europa e diritto penale*, numero speciale di *Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 22 ss.
220. F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, pp. 616 ss.
221. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2645 ss.
222. F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES – G. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 49 ss.

223. F. VIGANÒ, *Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH*, 2012, in www.penalecontemporaneo.it.
224. E. VITTA, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milano, 1953.
225. J. VOGEL, *Frode ai danni degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 603 ss.
226. G. WAKJIRA, *National prosecution: the Ethiopian experience*, in M. C. BASSIOUNI - C. C. JOYNER (a cura di), *Reining in impunity for international crimes and serious violations of fundamental human rights*, Bordeaux, 1998, pp. 189 ss.
227. J. H. H. WEILER, *The transformation of Europe*, in *Do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration*, Cambridge, 1999.
228. G. WERLE, *Principles of International criminal law*, L'Aja, 2009.
229. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 69 ss.
230. C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006.
231. F. ZANUSO, *A ciascuno il suo. Da Immanuel Kant a Norval Morris: oltre la visione moderna della retribuzione*, Milano, 2000.
232. D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, 2006.