

LA LEGGE 22 APRILE 2005, N. 69: GLI ECCESSI E LE CONTRADDITTORIETÀ DELLA
NORMATIVA ITALIANA DI RECEPIMENTO: PRASSI ED EVOLUZIONE

di dott. Mauro Romani

Sommario: 1. Eurofobia e sindrome del focolare: le note di fondo caratterizzanti la l. 69/2005. – 2. Un sostanziale (e confusionario) svuotamento delle innovazioni in materia di controllo della doppia incriminazione. – 2.1. La lista dei reati ex art. 81, l. 69/2005. – 3. La soluzione pratica adottata per “blindare” la lista aperta di reati del provvedimento europeo. – 4. Il “feticcio” del reato politico. – 5. Le problematiche interpretative specifiche in materia di reati fiscali. – 6. Lo status di cittadino italiano nel sistema della l. 69/2005. – 7. La posizione del minore: tra esigenze garantiste e incoerenza di sistema. – 8. I motivi di rifiuto estranei alla lettera (oltre che allo spirito) della normativa europea sul MAE.

1. Eurofobia e sindrome del focolare: le note di fondo caratterizzanti la l.69/2005

L'attuazione della d. q. 2002/584/GAI nell'ordinamento statale italiano attraverso la legge 22 aprile 2005, n. 69, ha seguito un percorso sui generis con esiti del tutto particolari, rispetto al panorama europeo, tanto sul piano dei tempi di approvazione¹, quanto su quello prettamente contenutistico. Questa duplice forma di "inadempimento"² è riconducibile per larga parte all'atteggiamento di euroscetticismo (se non si vuol parlare di vera e propria "eurofobia")³ che ha contraddistinto non solo la contingente maggioranza parlamentare, ma altresì una parte della dottrina⁴. Un'impostazione che tradisce, inoltre, un certo "italocentrismo", una vera e propria "presunzione di superiorità" del sistema di garanzie predisposte dal nostro ordinamento interno, del resto ingiustificata se si tiene conto delle numerose pronunce di condanna a carico dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹ Infatti, la legge statale italiana è, com'è evidente, del 2005; dal canto suo, l'art. 34, § 1, d. q. 2002/584/GAI, indicava quale ultimo termine utile per l'adozione, da parte degli Stati, delle misure necessarie a conformare gli ordinamenti interni alle disposizioni della normativa europea il 31 dicembre 2003. Ad onor del vero (anche se non si vuol tentare, in tal modo, di giustificare il ritardo) sono stati in grado di rispettare la scadenza solo otto (Belgio, Danimarca, Finlandia, Grecia, Portogallo, Regno Unito, Spagna e Svezia) degli allora quindici membri dell'UE. La situazione di generalizzato ritardo nell'attuazione a livello statale della d. q. è ben fotografata dal rapporto COM (2005) 63 della Commissione europea, redatto sulla base dell'art. 34, d. q. 2002/584/GAI. Per gli specifici problemi posti a proposito di diritto intertemporale applicabile cfr. IUZZOLINO, Mandato d'arresto europeo: cos'è, come funziona e quando si applicherà, in *Diritto e Giustizia.*, 2003, n. 46, 90. MARCHETTI, Dall'extradizione al mandato d'arresto europeo: problemi di diritto transitorio, in BARGIS, SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, pp. 237. NICASTRO, Le disposizioni transitorie, in KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005, pp. 483. SELVAGGI, Regime transitorio a doppio «spartiacque», in *Guida al diritto*, 2005, pp. 19, 113.

² Il virgolettato qui ci appare d'obbligo perché mentre il primo inadempimento (quello cronologico) ci sembra oggettivamente constatabile e inconfutabile, invece la valutazione del secondo lascia un più ampio margine di discrezionalità, nonostante sia innegabile che in determinati punti la legge di attuazione tradisca lo spirito alla base della d. q.

³ Intendiamo, con tale termine, indicare un certo modo di approcciarsi alle istituzioni dell'Unione, ispirato a un persistente timore (da cui consegue un sentimento di diffidenza) di annullamento delle "specificità nazionali" e delle "prerogative sovrane" dello Stato a vantaggio di organi europei avvertiti come insensibili, se non addirittura "ostili", alle istanze particolari provenienti dalle diverse comunità di riferimento.

⁴ Dal punto di vista della dottrina, l'atteggiamento che abbiamo definito eurofobico si manifesta in questa forma: sulla base di un certo provincialismo culturale francamente ingiustificato e chiuso a qualsiasi confronto costruttivamente critico, si tende a considerare il sistema delle garanzie predisposto dalla nostra Carta costituzionale come quello che riesce ad offrire la migliore tutela, accusando in modo più o meno diretto le istituzioni europee di scarsa sensibilità al tema del rispetto dei diritti umani, nonostante le carte istitutive e gli atti di normazione derivata sovrabbondino di richiami ai principi dello Stato liberaldemocratico di diritto come configurati dalla pluridecennale vigenza delle Convenzioni in materia. Un esempio parossistico a proposito è costituito dal già citato CAIANIELLO, VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Cassazione penale*, 2002, pp. 465.

Di notevole interesse, per evidenziare meglio le fasi della “sindrome da focolare” che hanno caratterizzato la vicenda italiana di attuazione, sarebbe ripercorrere la cronaca giornalistica dei periodi relativi all’emanazione della d. q. 2002/584/GAI e all’approvazione della l. 69/2005; tuttavia, una tale digressione non si adatterebbe al carattere tecnico che tale trattazione assume; per questo motivo, si rinvia alla dottrina⁵ che, accollandosi un onere di assoluta completezza nell’analisi dei testi normativi de quibus, ha ricostruito l’intera vicenda anche avendo riguardo a quanto riportato da quotidiani e riviste. Avendo presente le critiche rivolte alla d. q. in quanto tale e le considerazioni a riguardo svolte in precedenza, ci occuperemo, ora, dell’analisi delle soluzioni adottate dalla legge di attuazione 69/2005 che se, per certi versi possono offrire delle valide vie di fuga dai problemi posti dalle disposizioni europee, dall’altro, anche rispetto a un discorso di coerenza con l’intero ordinamento statale, presenta altrettanti (se non più numerosi) lati problematici⁶. La giusta considerazione che le è dovuta, sarà riservata all’elaborazione giurisprudenziale fino ad ora maturata in materia di MAE. Cercheremo, per quanto ci sarà possibile, di seguire lo schema logico sin qui adottato nell’analisi dei problemi generali riguardanti l’estradiizione e la disciplina europea del MAE.

2. Un sostanziale (e confusionario) svuotamento delle innovazioni in materia di controllo della doppia incriminazione

Data la posizione centrale che ha investito nel corso di tutta la nostra trattazione, ancora una volta partiremo dall’analisi del principio di doppia incriminazione così come positivizzato dalla l. 69/2005. La prima delle disposizioni rilevanti a tale proposito è costituita dall’art. 7, l. 69/2005, il quale, ponendo una regola di carattere generale così dispone: «L’Italia darà esecuzione al mandato d’arresto europeo solo nel caso in cui il fatto sia previsto come reato anche dalla legge nazionale». Si coglie immediatamente come si sia voluto approfittare appieno della possibilità – offerta dall’art. 2, § 4, d. q. 2002/584/GAI – di apporre una deroga all’attenuazione del principio in esame per i reati non compresi nella lista ex § 2 dello stesso articolo. L’eccessivo zelo nel voler predisporre una normativa quanto più garantista possibile ha, però, portato il nostro legislatore interno “a calcare troppo la mano” arrivando ad opporre alla regola del ridimensionamento del principio in esame, una riaffermazione –come è stato

⁵ MASTROMATTEI, La fase finale dei lavori parlamentari per l’attuazione in Italia della decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, in *Diritti dell’uomo*, 2005, pp. 2, 34. SELVAGGI, VILLONI, Questioni reali e non sul mandato europeo d’arresto, in *Cassazione penale*, 2002, pp. 114, 1, 445. SELVAGGI, L’attuazione del mandato europeo d’arresto tra incomprensioni e... pretesti, in *Cassazione penale*, 2003, pp. 1054.1, 3651.

⁶ All’esame della legge italiana di attuazione della d. q. 2002/584/GAI è dedicato un intero rapporto della Commissione europea, il COM (2006) 8 e l’allegato SEC (2006) 79, del 24 gennaio 2006.

scritto – «a tutto tondo del principio della cosiddetta doppia incriminabilità, la cui tendenziale eliminazione doveva rappresentare proprio il valore aggiunto della decisione quadro sul mandato di arresto europeo»⁷, ponendo così su uno dei principali progressi ai quali si era addivenuti in sede di Consiglio, una pesante ipoteca. In realtà, stando alla lettera della norma europea, in particolare allo schema di distinzione tra motivi di non esecuzione obbligatoria e facoltativa del MAE, sarebbe stato sufficiente introdurre una clausola di rifiuto facoltativo a riguardo e salvaguardare così ugualmente la doppia incriminazione, rendendone, allo stesso tempo, l'applicazione meno necessitata per l'operatore del diritto, ossia il giudice, che avrebbe potuto valutarne caso per caso la concreta utilità⁸. Tuttavia, già la proposta Kessler, nella sua originaria formulazione, annullava tale duplicità prevedendo all'art. 9 unicamente delle ragioni di rifiuto obbligatorio, tra le quali figurava, per l'appunto, alla lett. e) la carenza di previsione bilaterale del fatto⁹. Il testo, poi licenziato dal Parlamento, ha così mutuato appieno l'impostazione generale della prima proposta. Nel senso dell'obbligatorietà del rifiuto in situazione di carenza della previsione bilaterale del fatto hanno sicuramente giocato un ruolo determinante le preoccupazioni sollevate dalla I Commissione permanente della Camera dei Deputati (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni)¹⁰ infatti la Commissione ha avuto modo, in quell'occasione, di esprimere più di una perplessità rispetto alla complessiva idea di un generale ridimensionamento del campo di operatività del principio di doppia incriminazione. Facendo leva su un utilizzo analogico delle considerazioni svolte a proposito dell'abolizione del principio de quo (rectius, del controllo relativo), prevista per le trentadue categorie di illeciti (non essendo stata affrontata direttamente dalla Commissione Affari costituzionali la questione dell'affievolimento del principio posta dall'art. 2, §§ 1 e 4, d. q. 2002/584/GAI), e che analizzeremo in seguito, e sfruttando ampiamente gli spazi di discrezionalità creati dal considerando n. 12¹¹ e dalla dichiarazione fatta dal Governo in sede

⁷ CALVANESE, DE AMICIS, Riaffermata la doppia incriminabilità, in Guida al diritto, 2005, n. 19, 79.

⁸ Si faccia attenzione a come, in punto di motivi di non esecuzione obbligatoria e facoltativa, il testo della d. q. può caratterizzarsi come maggiormente vincolante ai fini dell'attuazione da parte dei singoli Stati membri, dal momento che il "destinatario immediato" è individuato nell'autorità giudiziaria dell'esecuzione.

⁹ La disposizione richiamata così recitava: «La corte di appello rifiuta la consegna solo nei seguenti casi [da notare l'utilizzo dell'avverbio "solo", che riduce a una sola le categorie di motivi di rifiuto e del tempo verbale dell'indicativo presente per il verbo "rifiutare" che denota la sopravvivenza dei soli motivi di rifiuto obbligatorio]: (...) e) se, in uno dei casi di cui all'articolo 2, paragrafo 4, della decisione quadro il fatto che è alla base del mandato d'arresto europeo non costituisce reato ai sensi della legge italiana; (...)».

¹⁰ Parere richiesto con lettera del Presidente della II Commissione permanente della Camera dei Deputati (Giustizia) in data 22 ottobre 2003 e reso il 29 ottobre 2003.

¹¹ Il riferimento è in particolare al secondo paragrafo nel quale si dispone che «la presente decisione quadro non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione».

di negoziato¹², possiamo dire che il legislatore ha inteso interpretare la piena riaffermazione della regola della previsione bilaterale del fatto, anche, come strumento attraverso il quale restringere ulteriormente il campo di applicazione della deroga ex art. 2, § 2, d. q. 2002/584/GAI, previsione questa che non poteva non trovare accoglimento nella legge di attuazione, stante il carattere imperativo che la disposizione assume¹³.

Il contesto nel quale muoversi, per comprendere il tipo di rapporto che il legislatore ha inteso instaurare con il sistema del MAE come disegnato dalla relativa d. q., è, da ultimo, definito dagli artt. 8 e 40, l. 69/2005¹⁴. In particolare sull'intento espresso dall'art. 2, d. q. 2002/584/GAI, di ridimensionare– attraverso l'affievolimento o il superamento del suo controllo– il principio di doppia incriminazione si sono concentrate le maggiori critiche della dottrina italiana, le quali a loro volta hanno costituito fonte di ispirazione per i rilievi esplicitati sul punto dalla Commissione Affari costituzionali; nel suo citato parere, al punto n. 2, essa ha preconizzato l'avvento di un sistema di cooperazione nel quale «la consegna verrebbe a correlarsi a fatti che, pur previsti come reato nell'ordinamento dello Stato emittente, sono del tutto neutri e inapprezzabili penalmente nell'ordinamento dello Stato richiesto ponendo così punti di contrasto rispetto al principio di legalità». Quest'affermazione è fondamentale per comprendere l'approccio culturale all'argomento e le concrete vie seguite nell'attuazione italiana del MAE: in primo luogo, si può notare come si tenda a creare una certa confusione (dovuta evidentemente ad un rigetto di tipo culturale) nella terminologia, dal momento che si inframmezza il termine «Stato emittente», tipico del nuovo meccanismo di consegna e che presenta il valore aggiunto di voler creare anche solo a livello concettuale una più stretta relazione funzionale tra gli Stati membri, tentando di dare l'impressione di essere parte di un tutto, e il termine «Stato richiesto», espressione che tradisce una visione alquanto distorta e a “dimensione di Stato” – piuttosto che di “uomo” – del meccanismo di consegna, poiché farebbe pensare all'innalzamento di una barriera protettiva contro ingerenze esterne e non pienamente giustificate negli affari interni dell'ordinamento che “subisce” una richiesta di consegna. Da tale impostazione discende, pertanto, in maniera quasi necessitata, un'operazione di profonda rivisitazione della disciplina europea, sino a giungere ad un vero e proprio stravolgimento

¹² «Per dare attuazione alla decisione quadro sul mandato di cattura europeo il Governo italiano dovrà avviare le procedure di diritto interno per rendere la decisione quadro stessa compatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, e per avviare il suo sistema giudiziario e ordinamentale ai modelli europei, nel rispetto dei principi costituzionali».

¹³ Infatti, mentre il § 2 dispone che i reati riportati in lista «danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo (...) indipendentemente dalla doppia incriminazione», il § 4, invece, offre una maggiore possibilità di scelta poiché «per quanto riguarda i reati non contemplati dal paragrafo 2, la consegna può essere subordinata (...)».

¹⁴ L'art. 40 pone, in realtà, ostacoli esclusivamente temporali all'attuazione “piena” della presunzione di bilateralità del fatto, ritardando ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge l'applicazione dell'art. 8.

delle intenzioni espresse dal legislatore europeo, con insistenti dubbi sulla legittimità di tale situazione rispetto al tema dei rapporti tra normazione europea e attuazione a livello statale¹⁵. Falso è anche che le trentadue categorie delittuose potrebbero legittimare una consegna per fatti previsti come reati solo dallo Stato emittente e non anche da quello di esecuzione: come è già stato rilevato, si tratta di figure criminose per le quali è posta una presunzione di doppia incriminazione, dandosi per scontata l'esistenza di una serie disposizione in ogni ordinamento membro dell'Unione anche in considerazione dell'allarme sociale che questi provocano e dell'estrema rilevanza degli interessi coinvolti, nonché della circostanza che molte sono state introdotte a seguito dell'adesione a patti internazionali miranti alla repressione di determinate forme di manifestazione della criminalità, specialmente organizzata, o, nel caso specifico della Comunità europea, alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione; accanto ad esse troviamo, infine, una clausola riguardante i reati di pertinenza della Corte penale internazionale. Ancora una volta, emerge il vero oggetto delle preoccupazioni espresse dalle istituzioni statali: la sfera di presunte prerogative sovrane che subirebbe attraverso una piena accettazione del MAE una compressione da alcuni, evidentemente, ritenuta intollerabile. Ci si domanda quanto senso possa ancora avere il considerare lo Stato come una sorta di monade separata dalla restante realtà nella quale si trova ad operare, ancora di più in un contesto integrato (e destinato, inevitabilmente, ad ulteriori avanzamenti in tale direzione), come è quello dell'Unione europea.

¹⁵ A tale proposito si rinvia alla sentenza emanata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, Grande sezione, 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, in relazione agli effetti della d. q. sulla posizione della vittima nel procedimento penale. In particolare, nella citata pronuncia la Corte ha avuto modo di affermare che «il carattere vincolante delle decisioni quadro, formulato in termini identici a quelli dell'art. 249, terzo comma Ce, comporta in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme al diritto nazionale». Tuttavia, ferma restando la validità del principio di leale cooperazione, essa «implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea». In ipotesi, come questa, di violazione dell'obbligo di legiferare in conformità alle indicazioni contenute in una d. q., si configurerebbe la responsabilità dello Stato membro secondo le regole dell'Unione e si potrebbe aprire la strada al giudice italiano della decisione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., laddove si afferma che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», e del ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione della d. q., non essendo possibile procedere alla disapplicazione del diritto interno: infatti, dispone ancora il giudice europeo, «il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale». A proposito dell'obbligo all'interpretazione conforme si vedano anche Cassazione penale, 23/9/2005, Ilie Petre, in Cassazione penale, 2005, 3771; C. cost., ord. 14 - 18 aprile 2008, n. 109, con la Consulta ha confermato che «l'obbligo del giudice italiano è nel senso di garantire l'effettività del diritto comunitario».

Da queste considerazioni generali di carattere culturale, oltre che normativo- istituzionale, deriva un ulteriore motivo per accentrare l'attenzione sull'affermazione della Commissione poco prima riportata, che, come detto, permette di poter meglio interpretare la complessa contraddittorietà della larghissima parte delle disposizioni della legge di attuazione in materia di ridimensionamento della doppia incriminazione: sfruttando questa dichiarazione sui possibili contrasti con l'ordinamento costituzionale si è introdotto, con la l. 69/2005, un sistema di deroghe surrettizie (pur se in un caso la deroga ha assunto carattere palese) alle norme contenute nella d. q. sul MAE.

Dovendoci confrontare con una norma, quale quella di cui all'art. 8, l. 69/2005, di notevole complessità, procederemo ad un'analisi sufficientemente (ci auguriamo) dettagliata ed esaustiva ma, al contempo, chiara e lineare. Iniziamo il nostro percorso conoscitivo da quella che individuiamo come la prima parte del comma 1: «si fa luogo alla consegna in base al mandato d'arresto europeo, indipendentemente dalla doppia incriminazione, per i fatti seguenti, sempre che, escluse le eventuali aggravanti, il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà personale sia pari o superiore ai tre anni». La disposizione in esame, dunque, sembrerebbe dare legittimazione al superamento della previsione bilaterale del fatto, almeno relativamente a un ristretto numero di reati, conformando così il diritto interno italiano al meccanismo di consegna basato sul MAE. In realtà, già in questa prima parte del comma 1, possiamo notare un inciso, presente nella sola normativa italiana, relativo all'esclusione delle aggravanti nell'operazione di calcolo della soglia di pena che legittima l'esecuzione del MAE: la normativa europea non contiene alcun riferimento agli elementi che dovrebbero essere tenuti in considerazione per stabilire se, per ciascun caso, è raggiunto il limite minimo dei tre anni. Si può, anzi, ritenere ragionevole che fosse implicito nella lettera dell'art. 2, § 2, d. q. 2002/584/GAI, il riferimento alla fattispecie criminosa non circostanziata; e non potrebbe essere altrimenti, se si ha presente anche che il principio del reciproco riconoscimento e dell'elevata fiducia comporta lo svolgimento di una delibazione quanto più sommaria e rapida è possibile, senza un giudizio nel merito del fatto così approfondito da dover coinvolgere anche il piano delle circostanze del reato. Inoltre, tale previsione è ben suscettibile di creare un "cortocircuito" nel sistema di consegna, dal momento che non contiene alcun riferimento alla legislazione dello Stato d'emissione e attribuisce rilevanza alla qualificazione del reato operata anche dallo Stato di esecuzione. È palese la diretta contraddizione fra i due testi normativi: la d. q. stabilisce, infatti, che, per i reati che ammettono la consegna a prescindere dalla doppia incriminazione, rileva la sola definizione normativa così come prevista nell'ordinamento dello Stato di emissione. In questo modo, invece, si tenta di introdurre surrettiziamente una deroga alla regola europea, recuperando un ambito di applicazione, seppur minimo e non così evidente, alla doppia incriminazione: non si comprende come potrebbe essere diversamente interpretata la disposizione de qua. Tralasciamo per il momento la lista di fattispecie prevista dalla seconda parte del comma 1 e il

complesso di problematiche che pone, per dimostrare come la logica delle deroghe surrettizie sia confermata – sino a rendere, in verità, lapalissiana la distanza che separa la l. 69/2005 dalla d. q. – dal comma 2 per il quale: «l'autorità giudiziaria italiana accerta quale sia la definizione dei reati per i quali è richiesta la consegna, secondo la legge dello Stato membro di emissione, e se la stessa corrisponda alle fattispecie di cui al comma 1». Dunque, il giudice italiano sarà tenuto a compiere un doppio grado di comparazione: anzitutto, gli si richiederà un enorme sforzo conoscitivo, dal momento che dovrebbe adottare come primo termine di paragone rispetto alla definizione normativa contenuta nel MAE la legislazione interna dello Stato di emissione. In poche parole, il magistrato dovrebbe operare un controllo di merito sulla corretta qualificazione operata dal suo collega dell'autorità giudiziaria di emissione.

Una volta espletato (si può immaginare con quale linearità) questo gravoso compito, il nostro giudice sarà tenuto a verificare la corrispondenza tra la qualificazione normativa contenuta nel modulo del MAE e una delle fattispecie previste nella lista adottata dal precedente comma 1. In questo modo si tradisce appieno tanto il principio del riconoscimento reciproco, quanto la mutua fiducia tra gli ordinamenti degli Stati membri dell'UE: e gli effetti sono ancora più dirompenti se si pensa che le istituzioni dell'Unione hanno individuato, a partire dal Consiglio straordinario di Tampere del 1999, il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziali come base sulla quale ripensare interamente la cooperazione giudiziaria in materia penale tra i membri UE. Senza contare poi la costituzionalizzazione in senso lato operata dal Trattato di Lisbona (in linea con quanto già previsto dal defunto Trattato costituzionale di Roma) del reciproco riconoscimento.

Un altro “cavallo di Troia” con il quale il legislatore italiano ha voluto condurre un assalto celato alla presunzione della doppia incriminazione è rappresentato dall'art. 8, il quale dispone che «se il fatto non è previsto come reato dalla legge italiana, non si dà luogo alla consegna del cittadino italiano se risulta che lo stesso non era a conoscenza, senza propria colpa, della norma penale dello Stato membro di emissione». In sé non possiamo certo dire che si tratti di una norma deprecabile, dal momento che cerca di tenere nella dovuta considerazione il principio dell'ignoranza inevitabile sulla legge penale, già affermato dalla nostra giurisprudenza costituzionale a favore dei diritti di libertà del soggetto interessato da un provvedimento penale¹⁶. Sono due, però, gli aspetti che rendono “stonata” la previsione rispetto al contesto generale – comprensivo anche della d. q. europea –: in primo luogo, l'applicabilità di tale clausola esclusivamente al cittadino italiano, senza che possa addursi un ragionevole motivo a sostegno dell'esclusione di altri soggetti residenti in Italia; in secondo luogo, il richiedere al giudice l'espletamento di una valutazione complessa che non solo attribuisce ancora una volta un ruolo

¹⁶ C. cost. 24 marzo 1988, n. 364.

preminente all'ordinamento interno dell'Italia in quanto Stato di esecuzione, ma che va a tutto discapito della sommarietà e celerità che dovrebbe caratterizzare il sistema di consegna MAE, fondato sul reciproco riconoscimento e sulla mutua fiducia.

Inoltre, risaltano immediatamente le complicazioni interpretative – con l'inevitabile confusione che ne conseguirebbe – alle quali l'operatore del diritto, chiamato a dare applicazione concreta alla legge, è esposto: infatti, oltre al giudizio di comparazione di secondo grado, previsto al comma precedente, tra la definizione normativa operata dallo Stato di emissione e contenuta nel MAE, si aggiunge un altro passaggio eventuale, in quanto destinato ad avere luogo solo quando il soggetto raggiunto da un MAE rivesta la qualifica di cittadino italiano, e avente quale secondo termine di riferimento non più le fattispecie positivizzate nell'elenco stilato al primo comma, ma il resto del sistema di diritto penale. In questo modo, si comprende agevolmente come sia inferto un ulteriore colpo allo spirito che sostiene il provvedimento normativo europeo in materia di doppia incriminazione. E la ferita è tanto più profonda in quanto la norma in esame è resa applicabile alle ipotesi di reato per le quali dovrebbe ritenersi prescindibile (perché presupposto), ai fini dell'esecuzione di un MAE, il controllo sulla bilateralità della previsione incriminatrice.

Va da sé che acuto è il contrasto con il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., nonché con il trattamento paritario al quale il legislatore europeo, in materia di rispetto dei supremi principi garantisti, ha inteso assoggettare non solo il cittadino dell'Unione e il residente nel territorio comunitario, ma anche l'individuo che a qualsiasi titolo si trovi nei confini di uno degli Stati membri. Nemmeno il parere della Commissione Affari costituzionali sembra delineare, almeno in via diretta, una situazione nella quale, riconosciuta la necessità di un presidio garantistico per restringere il campo d'azione del superamento del controllo di doppia incriminazione e individuato nella clausola dell'ignoranza scusabile del precetto penale, debba accordarsi una tutela privilegiata al cittadino della nostra Repubblica.

Forse un'eco lontana di ciò può riscontrarsi in un passaggio del punto n. 2 del più volte ricordato parere, in particolare laddove la Commissione fa notare che: «l'autore del fatto ha la legittima presunzione di liceità dell'azione posta in essere atteso che la stessa non è considerata reato nell'ordinamento del proprio Paese». Si tratterebbe, pertanto, di dover leggere “autore del fatto” come “cittadino” e inferire da ciò un riferimento all'Italia e alle sue leggi nel passo in cui si parla di Paese di appartenenza e ordinamento correlato. Ma, ad ogni buon conto, sembrandoci questa una ricostruzione ermeneutica troppo macchinosa, siamo piuttosto inclini a ritenere che il terzo comma rappresenti un frutto di quello che ci permettiamo di appellare “isterismo garantista”, che pur avendo come scopo (più o meno condivisibile da ciascuno) la protezione dei diritti dell'imputato o del condannato, adempie al suo compito solo parzialmente, selezionando preventivamente e in maniera non ragionevole i beneficiari – i cittadini italiani – di tale trattamento che rischia di poter essere qualificato come “privilegiato”.

Privilegio, vorremmo aggiungere, tanto più detestabile e giuridicamente aberrante in quanto discrimina tra cittadini dell'Unione europea, accordando ancora la preferenza, evidentemente, al criterio della nazionalità.

2.1. La lista dei reati ex art. 81, l. 69/2005: un inutile (e pericoloso) esperimento di "clonazione" normativa

Occupiamoci ora, come anticipato, della seconda parte del comma 1, ovvero della lista positiva di reati che darebbero luogo all'esecuzione del MAE a prescindere dalla previsione bilaterale del fatto (*rectius*, dal suo controllo sulla base della solita presunzione). Il punto n. 3 del parere della Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati – sempre preceduto dalla più autorevole *dommatica* – ha avuto modo di rimarcare come la vaghezza intrinseca delle trentadue categorie di reati previste all'art.2, § 2, d. q. 2002/584/GAI, comporti inevitabilmente un contrasto con il principio di legalità ex art. 25 Cost.; in particolare, la Commissione fa notare come il citato articolo, nell'individuare le fattispecie che legittimano l'esecuzione del MAE a prescindere dalla doppia incriminazione, «non si fa alcun carico di indicare gli elementi minimi comuni delle varie fattispecie e lascia la loro definizione agli ordinamenti dei singoli Stati membri. Per di più in alcuni casi, la tipologia enunciata è talmente ampia (v. ad es., quelle costituite dalla criminalità informatica) da consentire qualsivoglia concretizzazione a seconda degli interessi e della sensibilità di ogni Stato membro». Dal contrasto con il principio di legalità, discenderebbe una situazione molto delicata «neanche mitigata dalla cautela del requisito della doppia incriminabilità». Vi è stato anche chi successivamente, in dottrina, ha parlato, criticando la non sufficiente precisione della formulazione della d. q., di un «attacco alla qualità della legge, principio cardine del diritto penale europeo, in base al quale la persona ha il diritto di conoscere in anticipo, con sicurezza e precisione, i fatti per i quali potrà subire conseguenze pregiudizievoli»¹⁷. Per una risposta completa a questo genere di obiezioni si rinvia alla sentenza della Corte di giustizia europea, già analizzata in precedenza.

Ad ogni buon conto, il nostro ordinamento avrebbe dovuto recepire il disposto della normativa europea. Per conciliare queste due apparentemente divergenti esigenze, (rispettare gli impegni imposti dalla d. q., senza però dover rinunciare alle prospettive costituzionali proprie del nostro ordinamento), si è pensato bene di inserire nella l. 69/2005 una lista che prevede non il semplice richiamo dei *nomina juris* delle

¹⁷ DEL TUFO, M. V., La disciplina del mandato di arresto europeo. Profili di diritto penale sostanziale, in *Diritto penale e procedura*, 2005, n. 8, 938.

figure criminose¹⁸, ma delle puntuali descrizioni di fattispecie penali, come potrebbero essere formulate all'interno di un codice penale. Questo tipo di opzione ha creato delle perplessità già nel corso dell'approvazione della legge di attuazione: infatti, tra i parlamentari dell'opposizione di centro-sinistra vi è stato chi ha espressamente parlato di «un'aberrazione giuridica», dal momento che il catalogo, così come si presenta, introduce «tipologie di infrazione più pedissequa e più specifiche rispetto a quelle previste dallo stesso ordinamento italiano». In altre parole, a partire dalla l. 69/2005, il diritto penale italiano avrebbe iniziato a “correre”, almeno per trentadue fattispecie, su un “doppio binario”: il primo costituito dalle norme applicabili ai soggetti che commettano illeciti all'interno del territorio della Repubblica; il secondo, invece, percorribile solo ai fini del funzionamento del meccanismo del MAE. Ma c'è anche di più: se si riflette bene, anche alla luce di un'interpretazione sistematica del provvedimento legislativo del 2005, il secondo binario è un “binario morto” o, comunque, un binario che può essere percorso in una sola direzione poiché rileva solo nelle ipotesi in cui l'Italia ricopra il ruolo di Stato di esecuzione, dovendo, come è del resto logico, applicare la legge penale interna nell'ipotesi in cui metta in moto il meccanismo del MAE come Stato di emissione.

Tale intervento di autentica novazione rispetto al testo della d. q. comporta, inoltre, un eccessivo irrigidimento delle fattispecie considerate, dal momento che impedirebbe un efficace e coerente recepimento delle norme di armonizzazione elaborate in sede comunitaria o anche internazionale¹⁹.

Tenteremo ora di dimostrare come non fosse assolutamente necessario inserire una puntuale tipizzazione delle condotte sottese ad ogni reato ex art. 2, § 2, d. q. 2002/584/GAI²⁰, essendo già presenti numerose disposizioni interne in proposito. Vedremo, inoltre, come le stesse fattispecie previste dalla legge penale italiana, siano tipizzate anche negli altri ordinamenti europei (in questa sede ci limiteremo all'analisi delle legislazioni francese, tedesca e spagnola), evidenziando la correttezza

¹⁸ Soluzione, peraltro, praticata nel resto dei Paesi membri dell'UE, i quali hanno previsto, in termini pressoché identici alla d. q., la lista delle trentadue categorie di reati direttamente nel testo di legge, oppure in un apposito allegato, oppure con un rinvio all'art. 2, § 2, d. q. 2002/584/GAI.

¹⁹ Un chiaro esempio di questo genere di situazioni ci è dato dalla già citata l. 48/2008. Dal momento che la l. 69/2005 contiene una propria definizione del reato di criminalità informatica, sicuramente molto meno ricca del quadro normativo complessivo che è stato introdotto a seguito del recepimento della Convenzione di Budapest.

²⁰ Molto spesso, poi, questa presunta “specificazione” si è in realtà limitata solo ad articolare in proposizioni leggermente più complesse i nomina juris previsti dalla norma europea: è il caso del “traffico illecito di organi e tessuti umani” divenuto «procurare illecitamente e per scopo di lucro un organo o un tessuto umano ovvero farne comunque commercio»; del “traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte” divenuto «operare traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti di antiquariato e le opere d'arte»; del “traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita” trasposto come «operare traffico illecito di sostanze ormonali e di altri fattori della crescita». Il limite del ridicolo è, però, sfiorato con la “falsificazione dei mezzi di pagamento” che la l. 69/2005 definisce in termini pressoché identici «falsificare mezzi di pagamento».

della presunzione di sussistenza della doppia incriminazione, la quale ha guidato il Consiglio nell'adozione della d. q. 2002/584/GAI. Ci spingeremo, però, leggermente oltre il mero richiamo degli articoli dei diversi codici penali, analizzando anche la struttura dei reati, abbastanza in superficie da non perdere di vista lo scopo dell'intero lavoro di analisi, ma in modo, comunque, sufficiente a dimostrare come la distanza sostanziale tra ordinamenti sia meno accentuata di quello che si può immaginare.

Oggetto di questa rapida disamina comparata saranno le seguenti fattispecie (che, peraltro, saranno trattate per gruppi omogenei individuati in base alla sistematica del nostro c. p.): furto; estorsione; truffa; criminalità informatica; riciclaggio di proventi di reato; corruzione; frode, compresa la frode che lede interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; partecipazione ad un'organizzazione criminale. Intuitivo, per chiunque abbia un minimo di conoscenza della parte speciale del c. p. e della normativa c.d. complementare, è che si tratta di fattispecie già previste e minutamente descritte dalle norme incriminatrici interne e i cui nomina juris sono ben noti anche al quivis de populo.

2.1.1. I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone.

La riconosciuta universalità del contenuto di disvalore dei reati contro il patrimonio in generale definiti dalla più autorevole dottrina come una delle «costanti del diritto penale, rientrando la tutela dell'altruità patrimoniale, privata o pubblica, tra le condizioni-base di ogni società organizzata»²¹, in teoria non avrebbe dovuto creare difficoltà al legislatore italiano nel recepire il solo nomen juris del reato (come accade all'art. 2, § 2, d. q. 2002/584/GAI). Il discorso dovrebbe valere a fortiori per i reati contro il patrimonio perpetrati mediante violenza. Eppure, così non è stato. L'art. 8, lett. t), l. 69/2005, ha pensato bene di riformulare la fattispecie del furto definendola come l'azione dell'«impossessarsi della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, facendo uso delle armi o a seguito dell'attività di un gruppo organizzato»; tuttavia, in questo modo, l'art. 2, § 2, d. q. 2002/584/GAI, prima e la legge interna di attuazione, poi, hanno piuttosto avuto riguardo a due ipotesi particolari, comunque previste dal nostro c. p.: da un lato, il riferimento all'uso delle armi ci rimanda con la memoria alla fattispecie di rapina propria, aggravata dalla commissione di violenza o minaccia con armi ex art. 6281 e 3, n. 1 c. p.; dall'altro, il richiamo all'«attività di un gruppo organizzato» (nella d. q., «furti organizzati») sembrerebbe richiamare il furto comune ex art. 624 c. p., visto però, non solo come nucleo di disvalore autonomo, ma anche nell'ottica del reato-fine che un'associazione criminale (art. 416 c. p.) si pone quale obiettivo, arrivando a punire una delle attività che caratterizzano i consorzi

²¹ MANTOVANI, Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro il patrimonio, Padova, 2002, 1.

illeciti di livello transnazionale²². Attraverso la rigida formulazione dell'art. 18, lett. t), l. 69/2005, il legislatore interno ha, inoltre, escluso la rilevanza di altre due ipotesi previste dal nostro ordinamento quali figure criminose autonome—a seguito dell'approvazione della l. 26 marzo 2001, n. 128—e non più quali modalità di condotte circostanziate del furto comune: il furto in abitazione e quello con strappo ex art. 624-bis nei quali assumono rilevanza quali elementi costitutivi, rispettivamente, l'«introduzione in un edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa» e l'appropriarsi della cosa mobile altrui «strappandola di mano o di dosso alla persona». E lo smacco è tanto più rilevante, in quanto si abbiano presente il fenomeno delle “bande di saccheggiatori di ville”, operanti soprattutto nel Nord-Est del nostro Paese e molto spesso formate da cittadini di Stati da poco entrati a far parte dell'Unione e che, data la contiguità territoriale, trovano spesso rifugio nelle loro terre di origine. Avendo ben presente il principio di legalità (dopotutto abbiamo rilevato come questa sembri essere stata l'unica preoccupazione in sede di redazione e approvazione del testo del provvedimento statale), non si potrà procedere nei confronti di questi soggetti a titolo di furto in abitazione ex art. 624-bis c. p., ma solo di furto comune, con evidenti ricadute negative sul piano della risposta repressiva²³.

Davvero singolare per l'assoluta laconicità è quanto dispone il code pénal all'art. 311-1: infatti costituisce vol (furto) «la sottrazione fraudolenta della cosa altrui». Dunque, come nella classica di figura di furto disciplinata dal codice penale italiano, non figura l'elemento dell'uso delle armi. Posto che anche ai sensi della nostra legge penale la fattispecie inserita nella lista ex art. 2, §2, d. q. 2002/584/GAI risponde ai parametri integrativi della rapina, andando a esplorare l'ordinamento francese scopriamo che la norma rilevante in proposito è l'art. 312-1 c. p. avente ad oggetto l'extorsion, reato che il legislatore ha configurato come assorbente rispetto a quello della rapina.

Più sottile e tecnico si presenta, da parte sua, il § 242, StGB, il quale sancisce che commette Diebstahl (il termine tedesco per furto) «chiunque sottrae ad altri una cosa mobile altrui, con l'intenzione di appropriarsi della stessa antiggiuridicamente». Anche in questo ordinamento, però, non è al solo furto che può aversi riguardo, dal momento che è espressamente incriminata la rapina, distinta, per di più, in rapina propria (Raub) che il § 249 descrive come il fatto di «chiunque, con violenza contro una persona o minacciando un pericolo attuale per l'incolumità fisica o per la vita, sottrae ad altri una cosa mobile

²² A nostro avviso, potrebbero essere oggetto di una tale particolare interpretazione teleologica anche le altre ipotesi di traffici illeciti previste tanto dalla d. q. 2002/584/GAI, quanto dalla l. 69/2005, trattandosi, come è facile intuire, di condotte criminose la cui realizzazione presuppone sempre una rete organizzativa molto complessa (ad es., si pensi al traffico illecito di veicoli rubati, di contraffazione e pirateria in materia di prodotti, del traffico illecito di organi e tessuti umani, la tratta di esseri umani, lo sfruttamento dei bambini e la pedopornografia).

²³ Difatti, mentre l'art. 624 c. p. stabilisce per il furto comune non aggravato la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 154 a euro 516, da parte sua, l'art. 624-bis commina la pena della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 309 a euro 1.032.

altrui, con l'intenzione di appropriarsi della stessa antiggiuridicamente»; e rapina impropria (Räuberischer Diebstahl) prevista dal § 252 in questi termini: «chiunque, colto in flagranza di furto, per restare in possesso del bene rubato esercita violenza contro una persona o minaccia un pericolo attuale per l'incolumità fisica o per la vita»²⁴.

Nel Regno di Spagna, invece, commette hurto, ai sensi dell'art. 234 c. p., «chi, per scopo di lucro, prende le cose mobili altrui senza il consenso del proprietario». Interessante è notare come il c. p. spagnolo introduca tra gli elementi giuridici che integrano la fattispecie la mancanza del consenso e la qualifica di proprietario che deve essere rivestita dal soggetto passivo della condotta. Lo stesso discorso sviluppato, avuto riguardo agli ordinamenti italiano, francese e tedesco, vale anche per quello spagnolo che conosce un'autonoma fattispecie di robo (rapina) ex art. 237 c. p., per il quale «sono colpevoli del delitto di rapina coloro che, per scopo di lucro, si appropriano delle cose mobili altrui impiegando la forza sulle cose per entrare nel luogo in cui si trovano o adoperando violenza o minaccia alle persone».

Venendo a trattare dell'estorsione, come sempre, il punto di partenza è costituito dalla normativa di recepimento interno della d. q. sul MAE. In particolare, per il reato che qui interessa è l'art. 8, lett. z), l. 69/2005 che così definisce l'estorsione ai fini dell'esecuzione del MAE: «richiedere con minacce, uso della forza o qualsiasi altra forma di intimidazione, beni o promesse o la firma di qualsiasi documento che contenga o determini un obbligo, un'alienazione o una quietanza ». La condotta così come descritta è, in realtà, una mera trasposizione a livello di ordinamento interno della definizione di racket contenuta in una precedente dichiarazione del Consiglio sopra richiamata e la cui adozione era stata già caldamente consigliata. Infatti, il nostro ordinamento, prima dell'intervento legislativo del 2005 in materia di MAE, prevedeva in termini molto più generici che l'estorsione, ai sensi dell'art. 629 c. p., consista nel fatto di «chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno». Accanto a questa previsione opera l'art. 630 c. p., nell'ipotesi in cui l'estorsione, intesa come conseguimento di un profitto in seguito ad un'attività di violenza o di minaccia, presenti un nesso teleologico con il sequestro di persona. Non a caso si punisce «chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione».

Quello francese si conferma come ordinamento “stravagante”, se lo si paragona agli altri tre che formano i termini di paragone reciproco che stiamo conducendo in questa sede. Infatti, accanto alla già nota previsione di extorsion dell'art. 312-1 c. p. («l'estorsione è il fatto di ottenere con violenza, minaccia di violenza o costringimento una sottoscrizione, un incarico o una rinuncia, la rivelazione di

²⁴ Distinzione, peraltro, nota anche al sistema penale italiano, pur se non espresso in maniera tanto dicotomica quanto in Germania. Infatti, il nostro codice prevede sì due fattispecie separate, ma previste entrambe all'art. 628 c. p. ed equiparate in ordine al trattamento sanzionatorio.

un segreto, la rimessa di fondi, di valori o di un qualunque bene») si pone l'art. 312-10 c. p. che positivizza un'ipotesi assimilata, ossia quella di chantage (ricatto): «il ricatto è il fatto di ottenere, minacciando di rivelare o di imputare fatti idonei a recare offesa all'onore o alla considerazione sociale [di colui che subisce il ricatto], una sottoscrizione, un incarico o una rinuncia, la rivelazione di un segreto, la rimessa di fondi, di valori o di un qualunque bene». Come è stato ben indicato dalla dottrina italiana, la sistematica del code pénal comporta che «il concetto di minaccia utilizzato nell'art. 312-1 e 312-10 subisc[a] una divisione concettuale a seconda del bene giuridico tutelato»²⁵.

Il legislatore tedesco, da parte sua, prevede, come è suo solito, una regola incriminatrice, il § 253, StGB, molto precisa e chiaramente costruita per l'Erpressung: «comportamento di chi, al fine di conseguire per sé o per altri un profitto ingiusto, con violenza o minaccia di una male grave, costringe anti giuridicamente altri a fare, tollerare od omettere alcunché e con ciò determina un pregiudizio al patrimonio della persona costretta o di un'altra persona»²⁶.

Il c. p. spagnolo definisce la fattispecie di extorsion come il comportamento di «chi per scopo di lucro, costringe altri con violenza o minaccia a compiere o omettere un atto o un negozio giuridico, in pregiudizio del patrimonio suo o di terzi»; nella sua sinteticità, l'enunciato lascia alcuni punti in sospeso, dato che non si richiede l'ingiustizia del profitto, non si specifica nei confronti di chi o cosa debba essere indirizzata la violenza o minaccia.

2.1.2. I delitti contro il patrimonio mediante frode

In questa categoria il nostro c. p. annovera i delitti di truffa, criminalità informatica e riciclaggio di proventi di reato. Il reato di truffa è tipizzato dall'art. 8, lett. v), l. 69/2005, in questi termini: «indurre taluno in errore, con artifici o raggiri, procurando a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno». Ma forse, guardando bene all'enunciato, dovremmo parlare piuttosto di duplicazione, invece che di tipizzazione (anche se questo discorso, come ci si potrà rendere conto nel corso dell'analisi, vale un po' per tutte i reati della lista): infatti, scorrendo le disposizioni del c. p. è facile imbattersi nell'art. 640 c. p. dedicato, per l'appunto, alla truffa e che la definisce come il fatto di «chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno». La stessa situazione di perfetta (o quasi corrispondenza) si verifica anche se si volge lo sguardo alle disposizioni

²⁵ BARTONE, Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato, Milano, 2003, pp. 196.

²⁶ L'estrema accuratezza dell'ordinamento tedesco si ravvisa anche nella netta separazione di campo che è operata tra i delitto di estorsione e quello di rapina, tanto che il § 255 StGB arriva a puntualizzare che «se l'estorsione è commessa mediante violenza contro una persona o minacciando un pericolo attuale per l'incolumità fisica o per la vita l'autore va punito allo stesso modo dell'autore di una rapina».

dei codici europei considerati quali termini di paragone: il c. p. francese stabilisce all'art. 313-1 che il reato di escroquerie è compiuto da «chi mediante l'uso di un nome falso o di una falsa qualità, mediante l'abuso di una qualità vera, mediante l'uso di manovre fraudolente, trae in inganno una persona fisica o giuridica ed in tal modo la determina, a suo danno o a danno di un terzo, a consegnare fondi, valori o qualunque bene, a fornire un servizio o a consentire un atto comportante un'obbligazione o un esonero». Ci troviamo pertanto di fronte a una definizione normativa molto ricca nei contenuti²⁷, ma certo non può negarsi che il sistema penale francese non incrimini la truffa.

Più simile alla formulazione utilizzata dal legislatore italiano è quella contenuta nello StGB tedesco, a proposito della c.d. Betrug, al § 263: «realizza la truffa chi, con l'intenzione di procurare a sé o ad altri un illecito vantaggio patrimoniale, offende il patrimonio di altri, determinandolo o mantenendolo in errore attraverso la simulazione di dati falsi oppure l'alterazione o la dissimulazione di dati veri».

Infine, il codificatore spagnolo racchiude il reato di estafa nell'art. 248 c. p. per il quale «commettono truffa coloro che, per scopo di lucro, usano inganni sufficienti a far cadere in errore altri, inducendoli a compiere atti di disposizione in danno proprio o altrui».

Anche la dizione “criminalità informatica” adoperata dalla d. q. potrebbe—come tante altre—peccare di genericità. Questa critica sarebbe, però, fondata solo se il provvedimento avesse avuto lo scopo di armonizzare le leggi penali sostanziali degli Stati membri, ma essendo stato semplicemente concepito un meccanismo di cooperazione giudiziaria, questo aspetto non deve preoccupare più del necessario dal momento che, ricordiamo ancora una volta, la lista ex art. 2, § 2, d. q. 2002/584/GAI, ha il solo scopo di individuare le fattispecie per le quali si presuppone sussistente il requisito della doppia incriminazione. L'art. 8, lett. m), l. 69/2005 ha ritenuto, comunque, opportuno specificarne il contenuto affermando che costituisce reato di criminalità informatica il fatto di «commettere, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, un fatto diretto a introdursi o a mantenersi abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero a danneggiare o distruggere sistemi informatici o telematici, dai, informazioni o programmi in essi contenuti o a essi pertinenti». Come è facile prevedere, anche a tal proposito il legislatore penale aveva già provveduto attraverso la previsione del reato di frode informatica ex art. 640-ter c. p., introdotto dall'art. 10, l. 23 dicembre 1993, n. 547, recante norme in materia di criminalità informatica: «chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico e telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso

²⁷ Nella pratica applicativa italiana, invece, è l'interprete a ricondurre alla dizione legislativa generica le diversissime fattispecie che posso prodursi nella realtà concreta. Un chiaro segnale di tale differenza è dato dalla fattispecie di truffa contrattuale, che nell'ordinamento italiano è frutto delle riflessioni giurisprudenziali e dottrinarie, mentre nel sistema disegnato dal code pénal è figura tipizzata dal richiamo all'«atto comportante un'obbligazione».

pertinenti, procura a sé o a d altri un ingiusto profitto con altrui danno». Dal confronto è immediatamente riscontrabile come sia molto più severa la disciplina del c. p. dal momento che incrimina qualsiasi tipo di “intervento” attuato con ogni modalità possibile (pertanto, molte più ipotesi reali sono suscettibili di essere sussunte alla fattispecie legale), mentre la l. 69/2005 preferisce puntualizzare i singoli comportamenti che siano suscettibili di integrare il comportamento vietato, restringendo il campo di applicabilità ai fini dell’esecuzione del MAE. Inoltre, un importante aspetto di discrasia è ravvisabile rispetto al piano dell’evento che deve prodursi per potersi parlare di frode informatica ai sensi delle due disposizioni: la l. 69/2005 si accontenta dell’alternativa (evidenziata dall’utilizzo della particella disgiuntiva «o», e, peraltro, etiologicamente poco sostenibile) tra il conseguimento del profitto illecito o la produzione dell’altrui danno; l’art. 640-ter c. p., pur disegnando un quadro normativo maggiormente incisivo nel senso precedentemente indicato, risulta altresì più garantistico, o forse semplicemente più ancorato a una logica maggiormente coerente alla disposizione di riferimento ex art. 640 c. p., che struttura il rapporto profitto ingiusto/danno altrui in chiave di necessaria consequenzialità.

Avendo riguardo alle lesiglazioni penali statali europee, ancora una volta, dobbiamo notare come la Repubblica d’oltralpe difetti di una specifica disciplina anche in materia di frode informatica, ma questa circostanza non meraviglia se teniamo sempre a mente quanto larghi siano i confini del reato di escroquerie, suscettibili di coprire anche quest’ipotesi particolare.

Al contrario, gli ordinamenti tedesco e spagnolo hanno provveduto a dotarsi di articoli appositamente dedicati incriminando, rispettivamente, la condotta di Computerbetrug al § 263a StGB: «chiunque, con l’intenzione di procurare a sé o ad altri un illecito vantaggio patrimoniale, reca offesa al patrimonio altrui influenzando sul risultato di un procedimento di elaborazione dati mediante erronea configurazione del programma, utilizzo di dati erronei o incompleti, utilizzo non autorizzato di dati, o altrimenti con un intervento non autorizzato sulla loro espressione»; e quella di estafa con manipolazione informatica all’art. 248, n. 2, c. p. spagnolo: «si considerano colpevoli di truffa anche coloro che, per scopo di lucro, e avvalendosi di qualche manomissione informatica o simile artificio, ottengono il trasferimento non consentito di qualunque attività patrimoniale in danno di un terzo».

L’art. 8, lett. i), l. 69/2005, dispone che il giudice possa dare corso alla richiesta di MAE per il reato di riciclaggio di proventi derivanti da reato, se esso, come qualificato dallo Stato membro di emissione, corrisponda alla fattispecie ivi indicata, ossia «sostituire o trasferire denaro, beni o altre utilità provenienti da reato, ovvero compiere in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l’identificazione della loro provenienza illecita». A parte aspetti di dettaglio la formulazione è identica a quanto previsto dall’art. 648-bis, c. p. a norma del quale commette, al di là delle ipotesi di concorso nel reato, riciclaggio: «chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità proveniente da delitto

non colposo; ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa». Dunque, una volta di più, la perfetta coincidenza tra i due enunciati, salvo il riferimento codicistico alla non colposità del delitto il cui provento venga riciclato.

Lo sguardo oltre i limiti del nostro ordinamento interno ci restituisce un'immagine confortante rispetto ai fini della nostra indagine, dal momento che tutte le legislazioni di paragone prevedono, anche in questo caso, il reato di riciclaggio, pur con le sfumature dovute alle peculiarità di ogni sistema giuridico. Iniziando dal codificatore francese, l'art. 324-1 c. p. sanziona come blanchiment (utilizzando un termine quanto mai suggestivo ed efficace) la condotta del «facilitare con tutti i mezzi la giustificazione menzognera circa l'origine dei beni o dei proventi per l'autore di un crimine o di un delitto che gli abbia procurato un profitto diretto o indiretto. Costituisce ugualmente ipotesi di riciclaggio, il fatto di concorrere ad un'operazione di collocazione, di dissimulazione o di conversione del profitto diretto o indiretto di un crimine o di un delitto». Possiamo notare come, a differenza che in Italia, la disposizione francese faccia, anzitutto riferimento al concetto di "profitto" del reato, mentre il legislatore nostrano preferisce parlare genericamente di "provenienza da delitto", e, in secondo luogo, costruisca la figura del soggetto attivo del blanchiment in chiave di «apporto e facilitazione, comunque successivo, al beneficiario del profitto proveniente dal delitto o dal crimine», al contrario della nostra regola codicistica che riferisce direttamente la condotta a colui che "pulisce" il denaro "sporco".

Ai sensi della legge penale tedesca è imputabile di Geldwäsche, sanzionato dal § 261, StGB, «chiunque, nei confronti di un oggetto proveniente da: 1) un crimine altrui, 2) un delitto altrui ai sensi del §29, comma 1, n. 1 o 11 della legge sugli stupefacenti, oppure 3) un delitto commesso da un membro di una associazione criminale (...) acquista od altrimenti procura a sé od un terzo, trasferisce od aiuta a trasferire, al fine di arricchire sé o un terzo, una cosa che altri ha rubato od altrimenti conseguito tramite un fatto illecito diretto contro il patrimonio altrui». Allo stesso modo è punito «chiunque, nei confronti dell'oggetto indicato nel comma 1: 1) lo procura a sé o ad un terzo, oppure 2) lo custodisce o lo utilizza per sé o per un terzo, conoscendone la provenienza al momento in cui lo ha conseguito». Il legislatore tedesco prevede una serie di "reati-presupposto" elencati secondo un criterio di stretta tipicità, che soli portano all'integrazione della condotta di riciclaggio²⁸; inoltre, colpisce il rigore dell'enunciato normativo che incrimina a titolo di Geldwäsche anche la mera custodia e/o utilizzazione dell'oggetto di provenienza illecita.

²⁸ Tutti gli altri reati, purché a danno del patrimonio, danno luogo, invece, all'addebito per Hehlerei (ricettazione) ex § 259, StGB.

Articolata risulta anche la disciplina posta dall'art. 301 c. p. spagnolo a norma del quale commette riciclaggio²⁹ «chi acquista, trasforma o trasferisce beni, sapendo che essi provengono da un delitto grave, o compie qualunque altro atto per nascondere o mascherare la loro provenienza illecita, o per aiutare la persona che ha preso parte alla violazione o alle violazioni od eludere le conseguenze giuridiche dei suoi atti»; come pure «è punito, nei rispettivi casi, nascondere o mascherare la vera natura, origine, ubicazione, destinazione, movimenti o diritti sui beni o proprietà degli stessi, sapendo che provengono da uno dei delitti previsti nel precedente comma o da un atto di partecipazione ad essi». Un ruolo ulteriore di “agevolatore” è riconosciuto anche dal codificatore spagnolo, pur se con notevoli differenze rispetto a quanto previsto in Francia: infatti, l'articolo in esame prevede che il contributo si risolva in un aiuto nei confronti dell'autore del “reato-presupposto” al fine di evitare le conseguenze giuridiche del comportamento illecito, mentre, come già rilevato, il code pénal punisce l'attività di chi aiuta il reo del “reato-presupposto” a compiere una delle azioni tipiche di riciclaggio³⁰.

2.1.3. I delitti contro la pubblica amministrazione

Al delitto di corruzione (anche questo uno dei più antichi e più diffusi)³¹ è dedicato l'art. 8, lett. g), l. 69/2005, il quale prevede che il reato sia integrato dal «ricevere, accettare la promessa, dare o promettere denaro o altra utilità in relazione al compimento o al mancato compimento di un atto inerente ad un pubblico ufficio». Per l'ordinamento italiano, come anche per gli altri sistemi penali, questa fattispecie ha sempre presentato un notevole grado di complessità a causa dell'estrema varietà delle concrete condotte criminose e delle relative risposte repressive: non è un caso che al tema siano dedicate diverse disposizioni del c. p., che formalizzano la corruzione per un atto d'ufficio (art. 318), la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319), la corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter), la corruzione di persona incaricata di pubblico servizio (art. 320), l'istigazione alla corruzione (art. 322), cui si aggiungono le circostanze aggravanti speciali, le pene cui soggiace anche il corruttore, e l'art. 322-bis, che estende l'applicabilità delle norme ora richiamate anche quando siano coinvolti membri degli organi delle Comunità europee e funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri. Di

²⁹ Anche se la norma de qua non qualifica espressamente le condotte che passa in rassegna come riciclaggio, ma piuttosto come otras conductas afines a la receptation

³⁰ Non è un caso che si sia parlato a proposito della disposizione codicistica di ruolo ulteriore di “agevolatore”, mentre per l'ordinamento d'oltrealpe, rappresenta l'unica condotta tipica sia essa concretizzata in una giustificazione menzognera o nel concorso ad una delle operazioni normativamente descritte.

³¹ Tanto che il suo grado di percezione da parte dei cittadini rappresenta uno dei parametri di valutazione internazionale del progresso di uno Stato.

sicuro, come è facile constatare, la scelta operata con la richiamata disposizione della legge di attuazione, non rende giustizia alle numerose sfaccettature che il fenomeno corruttivo assume, rischiando, come già si è segnalato per altri reati, di lasciare impuniti numerosi comportamenti che ai sensi delle norme sin qui citate sarebbero sicuramente suscettibili di una valutazione in termini di rilevanza penale.

Passando all'ambito della comparazione a livello continentale, notiamo subito come tutti gli ordinamenti presi in considerazione disegnino per il fenomeno corruttivo un sistema repressivo complesso: ritroviamo le figure della corruzione propria e impropria, antecedente e susseguente, per il compimento o per il rifiuto di atti concernenti l'ufficio del pubblico ufficiale o contrari ad esso, la punizione della figura del corruttore.

Costituisce reato secondo quanto disposto dall'art. 432-11, c. p. francese (*corruption passive et du trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique*) «il fatto di una persona depositaria dell'autorità pubblica, incaricata di una missione di servizio pubblico, o investita di un mandato elettivo pubblico, di sollecitare o accettare, senza diritto, in qualsiasi momento, direttamente o indirettamente, offerte, promesse, doni, presenti o vantaggi: 1) sia al fine di compiere o astenersi dal compiere un atto della sua funzione, della sua missione o del suo mandato (...); 2) sia al fine di abusare della sua influenza reale o supposta in vista di far ottenere da una autorità o da una amministrazione pubblica distinzioni, impieghi, commesse o qualsiasi altra decisione favorevole». Accanto a tale previsione il meccanismo punitivo francese è completato dall'art. 433-1 c. p. (*corruption active et du trafic d'influence commis par les particuliers*): «è punito il fatto di offrire senza diritto, in qualsiasi momento, direttamente o indirettamente, offerte, promesse, doni, presenti o altri vantaggi per ottenere da una persona depositaria dell'autorità pubblica, incaricata di una missione di servizio pubblico, o investita di un mandato elettivo pubblico: 1) il compimento o l'astensione dal compimento di un atto della sua funzione, della sua missione o del suo mandato (...); 2) l'abuso della sua influenza reale o supposta in vista di far ottenere da una autorità o da una amministrazione pubblica distinzioni, commesse o qualsiasi altra decisione favorevole». È la stessa sistematica normativa francese (come anche quella tedesca) a distinguere, come è evidente, tra corruzione passiva e attiva a seconda che il reato venga visto dal lato del funzionario o del privato corruttore; una particolarità è rappresentata dal delitto di "traffico di influenza", fattispecie nella quale il funzionario corrotto agisce nella veste di intermediario al fine di facilitare il conseguimento da parte del privato di un vantaggio o comunque una decisione favorevole. Lo stesso delitto, nella sua definizione quale "reato comune", può essere commesso anche da un privato (art. 433-2 c. p. francese); l'art. 432-11 c. p. francese delinea sì lo stesso reato, ma definito come "proprio". A proposito della fattispecie comune di "traffico di influenza

supposta” è possibile trovare, a ben indagare, una corrispondenza con il reato di millantato credito ex art. 346 c. p. italiano.

Il sistema dello StGB è impostato su due criteri: la contrarietà o meno dell’atto ai doveri d’ufficio del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio e la posizione dei due contraenti al momento di conclusione del contratto illecito. Combinando i due criteri i §§ 331 e 332 StGB disciplinano, rispettivamente, la corruzione passiva per atti d’ufficio (Vorteilsannahme): «è punito il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che chiede, si fa promettere o accetta come ricompensa per un atto del suo ufficio, che ha già compiuto o che deve ancora compiere, un’utilità indebita»; e la corruzione passiva per atti contrari ai doveri d’ufficio (Bestechlichkeit): «è punito il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che chiede, si fa promettere o accetta come ricompensa per un atto contrario ai doveri d’ufficio, che ha già compiuto o che deve ancora compiere, un’utilità indebita». Specularmente, avendo riguardo alla posizione del privato, il § 333 dispone che commette Vorteilsgefährdung (corruzione attiva per doveri di ufficio) «chiunque offre, promette o concede ad un pubblico ufficiale, ad un incaricato di un pubblico servizio (...) un’utilità indebita come ricompensa perché questi compia un atto del suo ufficio rimesso alla sua discrezionalità»; commette Bestechung, ai sensi del § 334 StGB, «chiunque offre, promette o concede ad un pubblico ufficiale, ad un incaricato di pubblico servizio (...) un’utilità indebita come ricompensa per aver compiuto o per compiere in futuro un atto contrario ai suoi doveri di ufficio».

Particolarmente complessa risulta la disciplina del fenomeno di corruzione (cohecho) in Spagna, il cui sistema contribuiscono a delineare diverse norme (artt. 419, 420, 421, 423, 425 c. p. spagnolo), secondo il classico schema noto in tutta Europa e già analizzato a proposito degli ordinamenti di riferimento, con una particolare vicinanza a quello francese essendo «punito il pubblico funzionario o l’autorità che influenza un altro pubblico funzionario o autorità approfittando dell’esercizio dei poteri del suo incarico o di qualunque altra situazione derivante dalla sua relazione personale o gerarchica con lui o con altro funzionario o autorità per ottenere una decisione che può procurare direttamente o indirettamente un vantaggio economico a lui o ad altri»: una chiara ipotesi di traffico di influencias (art. 428 c. p. spagnolo), ma che presenta una formulazione maggiormente dettagliata di quanto non accada nel code pénal e, quindi, per certi versi anche più circoscritta³². Sicuramente tra le varie altre disposizioni³³ di

³² Basti pensare al requisito della apprezzabilità economica del vantaggio che deve poter trarre colui che beneficia del traffico di influenza, richiesto dal legislatore spagnolo ai fini dell’integrazione della fattispecie legale. Al contrario di quanto accade in Francia, la cui legge penale accano all’enumerazione esemplificativa dei possibili vantaggi derivanti dal traffico di influenza, pone quale clausola di chiusura generale il riferimento a «qualsiasi altra decisione favorevole».

³³ Si pensi alle ipotesi normativamente previste della corruzione a scopo di atto ingiusto (art. 420 c. p.) che si verifica quanto il pubblico funzionario adotti un provvedimento non illegittimo ma carente nel merito.

notevole interesse previste dall'ordinamento penale spagnolo e che lo differenziano in modo netto rispetto agli altri, anche in termini di efficacia punitiva³⁴, è la previsione del reato di corruzione a scopo di delitto, ex art. 419 c. p.; in determinati casi, pertanto, il pubblico ufficiale risponderà ad un tempo per il reato di corruzione e il "reatofine" per il quale la dazione (o la sua offerta, o la sua semplice promessa) è stata accettata o sollecitata³⁵.

2.1.4. Il particolare caso della "frode"

Un discorso del tutto a sé stante merita il reato di frode, il quale così come richiamato dalla d. q., può porre effettivamente dei problemi di individuazione immediata nel nostro ordinamento, atteso che non esiste una corrispondente figura di illecito espressamente rubricato con questo nomen juris. Inoltre, vedremo che il sistema interno di diritto penale vigente alla data di entrata in vigore della l. 69/2005, tipizza le condotte di frode attraverso due diverse disposizioni collocate in due diversi titoli (Titolo II, Dei delitti contro la pubblica amministrazione; Titolo XIII, Dei delitti contro il patrimonio), rendendole, così, partecipi dei caratteri delle categorie sino ad ora descritte. Andiamo a verificare come la legge di attuazione ha inteso interpretare e fissare normativamente questo aspetto: l'art. 8, lett. h) prevede che costituisce frode (compresa quella ai danni delle Comunità europee) il «compiere 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 ovvero la diminuzione illegittima di risorse iscritte nel bilancio di uno Stato o nel bilancio generale delle Comunità europee o nei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse; compiere qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi; compiere le medesime azioni od omissioni a danno di un privato, di una persona giuridica o di un ente pubblico». Una fattispecie molto complessa che è incentrata su condotte di

³⁴ Nella comminazione astratta della pena, infatti, l'articolo in questione prevede che essa si applicherà «senza pregiudizio per la pena del delitto commesso in conseguenza della dazione o della promessa».

³⁵ Riportiamo il caso esemplificativo del modo di funzionare della previsione normativa spagnola contenuto in BARTONE, op. cit., 252: si pensi ad un pubblico ufficiale che nello svolgimento dei propri compiti commetta peculato a vantaggio di un privato. In una simile circostanza, il pubblico ufficiale non sarà punito unicamente per il delitto di peculato, ma anche per quello di corruzione, in concorso con esso, per aver sollecitato o ricevuto dal privato un'utilità per la commissione del delitto.

(42) Addirittura il legislatore penale del 1930 ha interpretato la frode come una modalità di consumazione caratterizzante una certa categoria di delitti. Per approfondimenti in materia di frode, v. BICO, GUZZONI, *La truffa contrattuale*, Torino, 2003. CARRARA, *Programma del corso del diritto criminale*, IV, Lucca, 1880, § 2345. LA CUTE, voce *Truffa* (dir. vig.), in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992.

dichiarazione del falso o distrattive per l'ottenimento di fondi dello Stato o delle CE o di un privato o di una persona giuridica o di un (altro) ente pubblico o per un loro utilizzo diverso da quello per cui sono concessi. Definita in questi termini, la condotta era stata già stata tipizzata dalla stessa Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee³⁶ del 1995, in particolare all'art. 1³⁷. A questa definizione si sono poi aggiunte due disposizioni codicistiche che si preoccupavano di stigmatizzare tali condotte fraudolente riprendendo parzialmente il disposto normativo europeo: l'art. 640-bis c. p., introdotto dall'art. 22, l. 19 marzo 1990, n. 55, il quale dispone che il reato de quo è integrato «se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi dallo o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee»; l'art. 316-ter, inserito dall'art. 4, l. 29 settembre 2000, n. 300, che presenta una formulazione molto più articolata e maggiormente corrispondente a quella ex art. 8, lett. h), l. 69/2005, dal momento che, fatta salva l'applicabilità dell'art. 640-bis, dispone la rilevanza penale della condotta di chi «mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee». Al di là dei particolari interpretativi derivanti dall'interazione delle due disposizioni³⁸, è fin troppo chiaro che ci troviamo di nuovo di fronte a una di quelle ipotesi nelle quali il legislatore del 2005 ha semplicemente trasfuso nel testo del provvedimento in esame una regola (in questo caso più di una) di incriminazione già conosciuta al nostro ordinamento.

Il reato di frode così circoscritto, essendo previsto anche da una Convenzione dell'UE, è prevista in termini più o meno analoghi negli altri Stati membri UE. Infatti, il § 264 (Subvebtionsbetrug) StGB

³⁶ G.U.C.E. C 316 del 27 novembre 1995.

³⁷ «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 consegue 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 consegue 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 consegue 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 consegue lo stesso effetto; - alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegue lo stesso effetto».

³⁸ In proposito cfr. PEZZELLA, I rapporti tra gli artt. 316-ter e 640-bis c. p. e il reciproco ambito applicativo, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, I, 326.

tipizza «il fatto di chiunque: a) ad un'autorità competente per la concessione di una sovvenzione oppure ad altro ufficio o persona chiamata ad intervenire nel procedimento di concessione di una sovvenzione, a proprio o altrui profitto fornisce indicazioni erronee o incomplete, vantaggiose per sé o per altri, su fatti rilevanti ai fini della concessione di sovvenzioni; b) violando le norme giuridiche sulla concessione di sovvenzioni, lascia il sovvenzionante all'oscuro su fatti rilevanti per la concessione della sovvenzione; c) in un procedimento di sovvenzione utilizza una certificazione ottenuta mediante indicazioni erronee o incomplete, riguardante l'autorizzazione alla concessione o fatti allo stesso fine rilevanti». Molto più sinteticamente, ma non meno efficacemente l'art. 308 (De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social) c. p. spagnolo, per il quale «è punito chi ottiene una sovvenzione, sgravio o aiuto dalle amministrazioni pubbliche per più di dieci milioni di pesetas, falsificando le condizioni richieste per la loro concessione od occultando quelle che le avrebbero impedito».

Il legislatore francese non dedica una disposizione ad hoc alla frode comunitaria, essendo ben possibile ricondurre la fattispecie al reato di escroquerie, già analizzata, in virtù del richiamo nel dato normativo alla possibilità di perpetrare una truffa anche a danno di una persona giuridica, nozione nella quale può senza forzature farsi rientrare una pubblica amministrazione, sia essa statale o comunitaria.

2.1.5. I delitti contro l'ordine pubblico

Per concludere questo quadro riassuntivo, l'ultima ipotesi criminosa che ci siamo proposti di analizzare velocemente è la partecipazione ad un'organizzazione criminale, una, forse, delle più controverse nel panorama normativo europeo, dato che si tratta di forme particolari di manifestazione del fenomeno criminoso per lo più legato a determinati contesti sociali (in particolare il Sud Italia, ma anche un altro Paese mediterraneo come la Spagna), ma che nel tempo, a causa del suo continuo dilagare oltre i confini approfittando dell'abolizione delle barriere doganali a seguito dell'Accordo di Schengen, ha indotto altri ordinamenti a provvedere all'irrobustimento del proprio "arsenale" di norme incriminatrici con previsioni ad hoc. Per quel che concerne l'ambito italiano, l'art. 8, lett. a), l. 69/2005, incrimina, ricalcando pedissequamente la formulazione dell'art. 2, § 2, d. q. 2002/584/GAI, il fatto di «partecipare ad una associazione di tre o più persone finalizzata alla commissione di più delitti». Anche in questo caso, la legge di recepimento interno rischia di perdere (come in effetti ha perso, a nostro giudizio) il "valore aggiunto" rappresentato dalla notevole sistematicità e complessità che nel tempo il legislatore ha saputo conferire alla risposta punitiva. In primo luogo, il richiamo alla associazione criminosa semplice, essendo surrettiziamente mantenuto l'obbligo per il giudice di procedere al controllo della doppia incriminazione – considerando quale termine di paragone della qualificazione operata dallo

Stato membro emittente il reato come descritto dall'elenco ex art. 8 –, esclude la possibilità di procedere alla consegna di un soggetto che si sia macchiato del crimine di associazione di tipo mafioso. Infatti, la formula adottata nella l. 69/2005 è ripresa dall'art. 416 c. p. e non è certo utilizzabile oltre i limiti espressamente sanciti dalla chiara norma che risulta dal combinato disposto della disposizione de qua e dell'art. 416-bis, che, invece, incrimina a titolo autonomo l'associazione di tipo mafioso: la definizione di associazione per delinquere, utilizzata per il MAE, non può ricomprendere automaticamente in sé anche l'associazione mafiosa nel momento in cui si descrive precisamente una condotta che corrisponde al solo art. 416 c. p.; e ciò essenzialmente per tentare di riportare un minimo di coerenza tra il testo di legge del 2005 e il resto del sistema penale interno. Altrimenti, si rischierebbe davvero di vanificare il principio di legalità, la cui difesa avrebbe, invece, ispirato il nostro legislatore. Diversamente si sarebbe potuto sviluppare il discorso se si fosse recepita semplicemente la dizione della d. q. «partecipazione ad un'organizzazione criminale», suscettibile, anche attraverso l'accorta opera ermeneutica dei giudici, di ricomprendere anche i “soci” di un'associazione mafiosa. Altro punto di estrema debolezza è rappresentato dal ristretto concetto di “partecipazione”: la lista della d. q., probabilmente, se fosse stata recepita testualmente sul punto, avrebbe dato la possibilità di spiccare un MAE non soltanto per il “partecipante”, inteso nella figura tipizzata dal nostro c. p., ma anche per tutte le altre figure di “partecipi” ai quali sarebbe possibile ascrivere ulteriori responsabilità (ad es., la promozione del sodalizio, la sua costituzione, l'organizzazione e la guida). Come evidenziato poco prima, l'interpretazione giurisprudenziale avrebbe potuto ritenere integrata la fattispecie di partecipazione anche in ipotesi non propriamente riconducibili alla mera partecipazione, anche qui con un rafforzamento della risposta punitiva da parte della rete giudiziaria interstatale integrata. La criminalità organizzata, pur potendo rappresentare in determinati periodi un fenomeno tipico di alcune zone dell'Unione, tuttavia, proprio a causa della libertà di circolazione di persone, merci e capitali che essa ha reso possibile, ha avuto l'opportunità (pienamente colta) di espandere molto più rapidamente che in passato il proprio raggio d'azione; si aggiunga che ai classici fenomeni di associazioni per delinquere, è stata nel tempo sempre più avvertita la necessità di una efficace azione di contrasto e prevenzione delle associazioni con finalità terroristiche (in particolare negli ultimi anni che hanno visto una recrudescenza del fenomeno terroristico transnazionale)³⁹. Fatta questa brevissima considerazione introduttiva, vediamo quali sono stati gli strumenti predisposti dai diversi legislatori per combattere, appunto, i sodalizi criminali.

³⁹ Anche se effettivamente una lotta maggiormente efficace al fenomeno terroristico può essere condotta a livello internazionale e attraverso il ricorso a disposizioni penali ad hoc, che a volte rappresentano delle vere e proprie legislazioni dettate dall'emergenza, molto più spesso non sono altro che il frutto del recepimento di Convenzioni elaborate, per l'appunto, in sede di Organizzazioni Internazionali.

Per il diritto penale della Repubblica francese, in particolare l'art. 450-1 c. p., costituisce *association de malfaiteurs* «tutto il gruppo formato o intento stabilmente in vista della preparazione, caratterizzata per uno o più fatti materiali, di uno o più crimini o d'uno o più delitti puniti da un massimo di 5 anni di imprigionamento». Dunque, la norma in esame punisce le associazioni criminali che presentino i requisiti della stabilità⁴⁰ e della esistenza di una organizzazione tale da rendere possibile la concreta realizzazione del progetto criminale⁴¹. Curiosa è, da parte sua, la disciplina che invece riscontriamo nell'ordinamento tedesco: difatti, accanto a una previsione incriminatrice generale, il § 129 StGB che incrimina il *Bildung Krimineller Vereinigungen* come il fatto di «chiunque fonda un'associazione i cui scopi o la cui attività siano diretti a commettere reati, o partecipa ad una tale associazione come membro, la propaganda o la sostiene», prevede due ipotesi di non rilevanza penale del fatto, almeno non ai sensi del § 129 StGB, «se l'associazione è un partito politico non dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale» oppure «se la commissione di reati è solo uno scopo o una attività di importanza subordinata». In quest'ultima ipotesi, che può risultare la più “stravagante”, bisogna considerare che le associazioni che non si pongano quale scopo primario la commissione di reati non sono vietate di per sé in quanto non perseguono uno scopo illecito; ad ogni buon conto, nulla esclude che per le violazioni dello StGB commesse siano comunque avviati dei procedimenti penali. Un'altra particolarità della normativa federale tedesca è l'assenza di ogni specificazione in ordine al numero di persone necessarie a costituire un'associazione criminosa: a tal proposito la Corte Suprema Penale (*Bundesgerichtshof in Strafsachen*) ha avuto modo di precisare che il § 219 StGB è violato quando si sia in presenza di più di due persone.

Le *asociaciones ilícitas* non sono definite dal c. p. spagnolo in modo univoco: piuttosto, vengono individuate all'art. 515 c. p. diverse tipologie di associazioni per delinquere: in particolare, «1) quelle che hanno come obiettivo la commissione di qualche delitto o, dopo essere state costituite, ne promuovono la commissione»; «2) le bande armate, le organizzazioni o i gruppi terroristici»;⁴² «3) quelle che, pur avendo come obiettivo una finalità lecita, impiegano per il suo raggiungimento mezzi

⁴⁰ Il che distingue la *association de malfaiteurs* dalla semplice complicità nel singolo reato commesso da altri ex artt. 121-6 e 121-7 c. p.

⁴¹ *Chambre criminelle de la Cour de Cassation*, 20 fév 1990, in *Bull. crim.*, 84; *Chambre criminelle de la Cour de Cassation*, 26 mai 1999, in *Bulletin criminelle*, 103.

⁴² Il riferimento ai gruppi terroristici, nella nostra ottica di comparazione, può far ricondurre questa parte di disposizione al reato di associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico ex art. 270-bis c. p. italiano, piuttosto che alla semplice associazione per delinquere ex art. 416 c. p. italiano.

violenti o di alterazione o controllo della personalità»⁴³; «4) le organizzazioni di tipo paramilitare»⁴⁴; infine, «5) quelle che promuovono la discriminazione, l'odio o la violenza contro persone, gruppi o associazioni in ragione della loro ideologia, religione o convinzione, dell'appartenenza dei loro membri o di alcuni di essi ad un'etnia, razza o nazione, del loro sesso, tendenze sessuali, situazione familiare, infermità o menomazione, o incitano a ciò». È chiaro dalle disposizioni riportate, e come già la dottrina ha avuto modo di evidenziare, che, almeno per quanto concerne le ipotesi di cui al n. 1), «come in Germania e a differenza dell'Italia, il fenomeno associativo è incentrato sull'analisi delle finalità dell'associazione quasi come se esistesse uno statuto sociale all'interno del quale scovare l'articolo che ne preveda l'oggetto illecito».

3. La soluzione pratica adottata per “blindare” la lista aperta di reati del provvedimento europeo

Il problema dell'integrazione della lista di reati (qualificata, come già ricordato, come “aperta”), posto dall'art. 2, § 3, d. q. 2002/584/GAI, ha ricevuto una sua specifica attenzione da parte del legislatore: in particolare, la Commissione Affari costituzionali della Camera ha ricordato (in maniera, dobbiamo dire, condivisibile) i principali punti di contrasto di tale previsione con i principi del nostro ordinamento giuridico costituzionale. Tale disposizione violerebbe: i) il principio di riserva di legge, affidando l'estensione applicativa del MAE non ad una legge parlamentare, ma ad una decisione del Consiglio, pur se con il voto favorevole del Governo italiano; ii) il principio di tassatività, essendo la legge di attuazione inidonea a coprire le successive integrazioni, non potendosi operare sulla base di una delega alla legislazione in bianco; iii) il principio di non retroattività della legge penale, atteso che la disciplina del MAE si applicherebbe, per i nuovi reati, ai fatti commessi dopo il 7 agosto 2002 e dopo l'entrata in vigore della legge statale stessa. In sede di parere la I Commissione non ha formulato alcuna proposta positiva in ordine ad un possibile modo per superare l'impasse. Il meccanismo che l'art. 3, l. 69/2005, ha disegnato è imperniato su una riserva parlamentare che il Governo pone rispetto alle modifiche dell'art. 2, §2, d. q. 2002/584/GAI. In breve, la procedura prevede la trasmissione del progetto di modifica e di una correlata relazione alle Camere; sul testo di modifica integrazione si esprimono

⁴³ Un'ipotesi calzante potrebbe essere quella delle sette religiose sul modello Scientology che, manipolando la personalità dei propri adepti o controllandone la possibilità di espressione libera, ne determinano comportamenti non volontari, pur perseguendo una finalità del tutto lecita qual è l'espressione di nuove religioni.

⁴⁴ Anche in questo caso, la disciplina interna italiana maggiormente aderente a questo modello d'incriminazione, è da ricercare non tanto nell'art. 416 c. p., ma piuttosto altrove: in questa ipotesi potrebbe ben essere rappresentata dal d. lgs. 14 febbraio 1948, n. 43.

entrambi i rami del Parlamento con un voto vincolante rispetto all'adesione dell'Italia alle modifiche proposte in sede di Consiglio europeo.

In questo modo, la l. 69/2005 sembra afferire a quella ricostruzione sistematica che considera tali integrazioni della normativa europea come avente effetti giuridici diretti e che, pertanto, per non portare ad una situazione di costante tensione con il principio di legalità, richiede un coinvolgimento immediato del legislatore, diversamente da quanto potrebbe accadere se si continuassero a ritenere le modifiche apportate alla d. q. della stessa natura del provvedimento normativo originario, ossia con una legge di recepimento interna successiva.

4. Il “feticcio” del reato politico

Abbiamo già visto nel precedente capitolo come il sistema del MAE, rispetto al tema del divieto di consegna per reati politici, porti a compimento un processo di erosione che già da tempo si era andata gradualmente producendo, in ambito europeo, rispetto ai canoni tradizionali dell'extradizione: infatti, non una disposizione è dedicata a questa problematica, fosse anche solo per affermare che nessuno dei reati per i quali il MAE può essere spiccato possa essere considerato politico. Le “esequie” del tanto dibattuto reato politico sono celebrate nel silenzio più totale. Il nostro solerte legislatore, tuttavia, non rassegnato al *de profundis* che le istituzioni di Bruxelles hanno deciso di intonare per accompagnare tale figura criminosa nel limbo delle categorie giuridiche desuete, lo ha letteralmente fatto “risuscitare” inserendo una disposizione appositamente dedicata: infatti, l'art. 18, lett. e), l. 69/2005, sancisce per la corte d'appello l'obbligo di rifiuto⁴⁵ della consegna «se il mandato d'arresto europeo ha per oggetto un reato politico, fatte salve le esclusioni previste dall'articolo 11 della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 15 dicembre 1997, resa esecutiva dalla legge 14 febbraio 2003, n. 34; dall'articolo 1 della Convenzione europea per la repressione del terrorismo, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1977, resa esecutiva dalla legge 26 novembre 1985, n. 719; dall'articolo unico della legge costituzionale 21 giugno 1967, n. 1». Incredibilmente, la legge fa letteralmente “piazza pulita” del percorso compiuto, negli ultimi anni, insieme agli altri Paesi dell'Unione, tanto nell'ambito delle stesse istituzioni europee, quanto in quello degli accordi bilaterali più recenti: si pensi soltanto alla Convenzione di Dublino del 1996, la quale, ai fini applicativi, poneva agli Stati una scelta tra una

⁴⁵ A proposito dell'obbligatorietà dei motivi di rifiuto di esecuzione di un MAE, c'è da segnalare come la l. 69/2005 abbia mantenuto l'impostazione già presentata dalla prima proposta di legge Kessler (AC 4246) la quale, come si è già avuto modo di notare, non conosceva la distinzione tra motivi di non esecuzione obbligatoria e motivi di non esecuzione facoltativa, cui, al contrario, la d. q. 2002/584/GAI dedica espressamente due diversi articoli, rispettivamente il 3 e il 4.

depoliticizzazione dei reati totale o limitata ai soli atti di terrorismo e al Trattato di estradizione italo-spagnolo del 2000 che, pur se limitato nella sua applicazione a determinate figure di reato, non fa minimamente riferimento a particolari garanzie derivanti da una possibile qualifica politica del fatto. D'altra parte, lo stupore per questo eclatante passo indietro compiuto dalla l. 69/2005 diminuisce fino a scomparire se ci si ricorda il contesto culturale di quasi diffidenza che ha generato il provvedimento: ancora una volta, risulta illuminante il parere della Commissione Affari costituzionali, nella specie il punto n. 1, che affronta la questione in modo tanto sbrigativo (appena tre brevissimi paragrafi) e con una visione tanto miope della tematica da risultare, in ultima analisi, disarmante. Da principio si constata con una certa preoccupazione che «il combinato disposto degli articoli 1 n. 2 («ogni mandato d'arresto»), 3 e 4 della decisione quadro prevede che debba darsi esecuzione a mandato d'arresto e alla procedura di consegna anche quando il reato oggetto della richiesta rientri nella casistica dei c.d. delitti politici (a tale ultimo riguardo è inutile dire che, giusta l'elaborazione dottrinarica e giurisprudenziale, il delitto politico non equivale a delitto terroristico e che la persecuzione di un soggetto a causa delle sue opinioni politiche di realizza, di regola, mediante l'utilizzo strumentale di una fattispecie delittuosa di carattere comune)». Il testo continua poi con il richiamo alle disposizioni costituzionali violate – gli ormai ben noti artt. 10 e 26 Cost.–cui fa seguito una pungente affermazione che liquida il problema facendo leva sul fatto che «l'inequivoco chiaro dettato costituzionale rende inutile ogni altro approfondimento sul punto».

La non correttezza di questa impostazione teorica sta sia nel voler giustificare l'accanimento, potremmo dire, “terapeutico” verso la figura inconsistente del reato politico cercando, in qualche modo, di darle concretezza contenutistica per mezzo di una logica di esclusione – si dice quello che il delitto politico non è, sulla scorta di quanto affermato negli ultimi cinquant'anni e che ha risolto, in qualche modo, la querelle sugli atti di terrorismo –, sia dipingendo un “quadro a tinte fosche” nel quale al soggetto perseguitato per le proprie idee non si potrebbe offrire un diverso scudo contro un potere statale antidemocratico. In realtà, si dimentica l'opportunità che, invece, è prospettata da un uso più maturo della clausola di non discriminazione che agganci la tutela del soggetto interessato da un procedimento di consegna (sia esso il MAE o la classica estradizione) a un appiglio molto più sicuro, sia in termini di parametri valutativi, sia in termini di resistenza al fenomeno di relativizzazione cui sono ciclicamente sottoposti gli illeciti politici: la difesa dei diritti umani e la non discriminazione sono valori universalmente – almeno in linea di principio – accettati e certo non sottoponibili a revisioni che possano stravolgerne la portata applicativa, a meno di un abbandono dei principi fondanti un moderno Stato liberaldemocratico. Certo l'art. 18, lett. a), l. 69/2005, introduce tale tipo di previsione, ma nel momento in cui lo fa, affiancandole il divieto di consegna per reati politici, indirettamente traccia una netta linea di demarcazione tra le situazioni che vengono tutelate: la clausola di non discriminazione ex

lett. a) coprirebbe i reati inquadrabili come non politici (evidentemente da individuare a contrario alla luce di quanto sancito ex art. 8. c. p., con tutte le inadeguatezze che un tale parametro comporta); la lett. e) disciplinerebbe, invece, le ipotesi di azioni giudiziarie volte al perseguimento di uno scopo persecutorio nei confronti di un determinato soggetto che si sia reso colpevole di reati connotati da una nota di politicità.

Sicuramente, per vedere concretizzato quell'uso maturo e responsabile della clausola de qua che prima si invocava, sarebbe – come è ovvio – necessario un deciso mutamento di prospettiva da parte della dommatica ancora eccessivamente incline a percorrere vie di risoluzione fin troppo risalenti e che, comunque, nel corso dei decenni hanno dimostrato tutti i loro limiti; in conseguenza della presa d'atto di una necessità di profondo rinnovamento a proposito, sarebbe auspicabile un intervento anche a livello di revisione costituzionale per eliminare ogni riferimento al divieto di estradizione per motivi politici, sostituendo il testo attualmente vigente con una chiara norma che, piuttosto, sposti l'impegno garantista della nostra Repubblica sul contrasto ad ogni azione discriminatoria.

5. Le problematiche interpretative specifiche in materia di reati fiscali

Il tema dei reati fiscali non è stato oggetto, nella legge di attuazione, di particolari approfondimenti, essendosi ormai ben consolidata la prospettiva repressiva ultrastatale in Europa. L'art. 7, l. 69/2005 si limita a riprodurre la classica clausola di non esclusione della consegna in materia di tasse, imposte, dogana e cambio nell'ipotesi in cui gli ordinamenti interessati non prevedano lo stesso tipo di norme fiscali. Una specie di “postilla” sembrerebbe essere prevista a fini di puntualizzazione riguardo il livello sanzionatorio che giustifica l'esecuzione di un MAE: infatti, il comma in questione presenta un secondo periodo per il quale pur non essendo richiesta una perfetta corrispondenza tra le norme «deve trattarsi di tasse e imposte che siano assimilabili, per analogia, a tasse o imposte per le quali la legge italiana prevede, in caso di violazione, la sanzione della reclusione della durata massima, escluse le eventuali aggravanti, pari o superiore a tre anni».

Tuttavia, non bisogna trascurare alcuno degli elementi normativi che concorrono a delineare il panorama giuridico con il quale l'operatore del diritto viene a confrontarsi. Si noterà, dunque, il richiamo all'“assimilabilità per analogia”, concetto non meglio precisato, ma che vuole, in qualche modo, aprire un varco alle tradizioni estradizionali riavvicinando ad esse, anche testualmente almeno a livello interno, il sistema del MAE: non presentando l'art. 4, § 1, n. 1, d. q. 2002/584/GAI, la strutturazione che abbiamo definito “bipartita”, il nostro legislatore ha inteso, evidentemente, reintrodurre una prospettiva che ha ritenuto maggiormente familiare e rassicurante, fornendo un parametro di valutazione modellato sul diritto interno, in continuità con l'approccio di rigetto di un

marcato abbandono della doppia incriminazione per determinate fattispecie illecite⁴⁶, ma in palese contrasto con lo spirito del provvedimento europeo.

6. Lo status di cittadino italiano nel sistema della l. 69/2005

La disciplina relativa allo status di cittadino, così come inquadrata dalla nostra normativa interna, presenta dei punti di concordanza rispetto alla d. q. europea (punti, per altro, individuabili in quelli che meno di tutti hanno inteso stravolgere i precedenti assetti esistenti in ambito estradizionale), ma anche aspetti di notevole eccentricità. Le prime disposizioni a venire in considerazione, e che non presentano particolari problemi alla luce di quanto normativamente sancito dal Consiglio europeo, sono gli artt. 18, lett. q) e 19, lett. c), l. 68/2005, ai sensi dei quali il cittadino è oggetto di particolari attenzioni nelle ipotesi, rispettivamente, di un MAE spiccato a fini esecutivi e a fini processuali: in entrambe le situazioni l'obiettivo che l'ordinamento si pone è sempre quello del miglior recupero del reo alla società, tanto più facilmente perseguibile quanto più il soggetto non venga allontanato dal proprio contesto socio-culturale di origine per l'esecuzione della pena. Come è oramai prassi legislativa consolidata, tanto in ambito internazionale quanto europeo, per il MAE emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, sarà necessaria una formale dichiarazione di impegno dello Stato, in questo caso ad opera della corte d'appello, la quale dovrà disporre, se vorrà rifiutare la consegna, che «tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno». Il carattere facoltativo del rifiuto della consegna ex art. 18, lett. q) è stato confermato anche dalla Corte di Cassazione in due recenti pronunce⁴⁷. Il solo obbligo riconosciuto dalla Corte Suprema in capo al giudice è quello relativo all'esecuzione della pena stabilita nella sentenza straniera, arrivando così a riformulare il brocardo dell'aut dedere aut iudicare in aut dedere aut punire.

Davanti a una richiesta dello Stato di emissione ai fini di un'azione penale, si potrà avere non un rifiuto (dovendosi garantire lo svolgimento del processo con la presenza dell'imputato), ma solo una consegna sub condizione, rappresentata dalla situazione nella quale «la persona, dopo essere stata ascoltata, sia

⁴⁶ Non è un caso, forse, che tale previsione sia contenuta nel comma immediatamente successivo a quello nel quale si riafferma la validità del principio di previsione bilaterale del fatto. La scansione, pertanto, può essere così schematizzata: i) principio di doppia incriminazione (art. 71); ii) non applicabilità del comma 1 ai reati fiscali (art. 72, primo periodo); iii) condizione eccezionale (che riepanda la regola precedentemente derogata) rispetto alla non necessità di doppia incriminazione per i reati fiscali, rappresentata dall'assimilabilità per analogia (art. 72, secondo periodo).

⁴⁷ Cassazione penale, 4/9/2007, Dobos, in Foro italiano, 2008, II, 3; Cassazione penale, 10/12/2007, Pano, in Foro italiano, 2008, II, 139.

rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà personale eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione»⁴⁸.

Un'altra disposizione della legge interna di recepimento si presenta alla nostra attenzione nell'analisi del tema de quo: l'art. 83 che, come anticipato, stabilisce una disciplina particolare, legando strettamente e senza poter individuare un criterio di apparente razionalità la condizione di cittadino alla scusabilità dell'ignoranza della legge penale. Rimandiamo alle considerazioni già svolte in proposito, presentando questa disposizione maggiori spunti di riflessione rispetto al tema della doppia incriminazione.

7. La posizione del minore: tra esigenze garantiste e incoerenza di sistema.

Molto complessa è stata la risoluzione, secondo i condivisibili principi del nostro ordinamento, delle problematiche concernenti i motivi di rifiuto modellati sulle esigenze di rieducazione del soggetto imputabile minore, posto che la d. q. 2002/584/GAI, all'art. 3 prevede già la non eseguibilità di un MAE spiccato nei confronti del minore considerato non penalmente responsabile alla luce di quanto stabilito dalla normativa dello Stato di esecuzione⁴⁹, ma nulla dispone sul punto specifico della differenziazione di trattamento penitenziario per il minore imputabile.

Anche in merito a tale materia il nostro legislatore ha voluto “far troppo” arrivando a prospettare un quadro normativo assolutamente non deducibile, neppure in via indiretta, dal sistema del MAE così come disciplinato dalla d. q., mentre in altro modo si sarebbero potute salvare tanto le esigenze di coerenza rispetto al provvedimento europeo, quanto quelle di rispetto delle disposizioni costituzionali che approntano una speciale tutela del minore. L'art. 18, lett. h), nella sua composita formulazione contiene disposizioni specifiche a tale proposito che impongono al giudice competente di rifiutare l'esecuzione del MAE: «se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni 18 quando il reato per cui si procede è punito con una pena inferiore nel massimo a nove anni, o quando la restrizione della libertà personale risulta incompatibile con i processi educativi in atto, o quando l'ordinamento dello Stato membro di emissione non prevede differenze di trattamento carcerario tra il minore di anni 18 e il soggetto maggiorenne».

⁴⁸ Art. 19, lett. c), l. 69/2005. Sul punto cfr. Cassazione penale, 3/5/2007, Melina, in Foro italiano, 2007, II, 604 e l'ulteriore giurisprudenza citata.

⁴⁹ L'art. 18, lett. h), l. 69/2005, si limita a riprodurre nella sostanza il contenuto della regola posta a livello europeo stabilendo l'impossibilità di procedere a consegna «se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni 14 al momento della commissione del reato».

Pur essendo apprezzabile lo sforzo compiuto dalla legge di attuazione di salvaguardare le necessità formative del minore imputabile, sulla premessa della presa d'atto dell'estrema delicatezza (specie in contesti di estremo degrado sociale) dei percorsi educativi che l'adolescente di trova a dover affrontare, tuttavia il merito dell'enunciato può essere ampiamente criticata e tacciata, come prima accennato, di incoerenza rispetto alla lettera della d. q. e anche alle norme da essa ricavabili. In primo luogo, non si comprende la ragione che ha indotto il legislatore a introdurre una nuova e diversa condizione di applicabilità della l. 69/2005, specificamente riferita al minore, rappresentata da una soglia di pena di gran lunga superiore (addirittura si rientra nell'ordine di grandezza del triplo) rispetto a quella prevista dall'art. 7. La diversità di situazioni nelle quali versano il maggiorenne e il minore imputabile può ben apprezzarsi sul piano delle valutazioni operate dal giudice in sede di comminazione della pena e su quello del trattamento penitenziario, ma non può certo dar luogo a una cornice edittale alternativa.

Questa prima considerazione, oltre a sollevare difficoltà rispetto alla d. q.⁵⁰, acuisce il contrasto con l'ordinamento costituzionale della nostra Repubblica, in particolare il vulnus è arrecato all'art. 3 Cost., poiché non si può davvero ravvisare la ragionevolezza della discriminazione che in questo modo si attua a danno del minore che commetta il reato in territorio italiano e che sia, pertanto, soggetto agli ordinari corsi della nostra giustizia: si pensi alla commissione del reato di minore imputabile, soggetto alla legge penale interna, che commetta in Italia un atto di violazione di domicilio ex art. 6144 c. p., punito con la reclusione da uno a cinque anni. Questi, per il solo fatto di aver consumato il reato nel territorio dello Stato italiano, sarà regolarmente processato e condannato nella misura che il giudice riterrà opportuna; il soggetto che per avventura dovesse commettere lo stesso identico illecito in un altro Stato membro, ne ricaverebbe una sostanziale impunità dal momento che la cornice edittale prevista è abbondantemente al di sotto della soglia dei nove anni richiesta, invece, dal testo di legge in esame.

Bisogna analizzare il contesto ordinamentale interno con il quale il legislatore del 2005 si è dovuto confrontare, per tentare di comprendere le motivazioni che lo hanno spinto ad inserire una siffatta clausola. Questa previsione è stata essenzialmente ispirata da una non corretta interpretazione di determinate disposizioni di legge vigenti al momento dell'approvazione della l. 69/2005.

Un buon punto di partenza lo fornisce, come sempre, il parere della Commissione Affari costituzionali: in questa sede si evidenzia, giustamente, come il Consiglio abbia avuto riguardo, ai fini dell'esclusione della eseguibilità del MAE, al solo minore non penalmente responsabile perché infraquattordicenne,

⁵⁰ Ricordiamo che l'art. 2, § 1, d. q. 2002/584/GAI, prevede: i) la soglia minima di dodici mesi di pena per il massimo stabilito dalla legge penale dello Stato membro di emissione, nell'ipotesi di MAE processuale; ii) la soglia minima di quattro mesi di pena concretamente irrogata, per l'esecuzione di un MAE esecutivo; iii) la soglia minima di tre anni di pena per il massimo stabilito dalla legge penale dello Stato membro di emissione, relativamente ai soli reati per i quali non è necessario verificare la sussistenza del requisito di doppia incriminazione.

determinando un obbligo relativo all'«arresto e [al]la consegna del minore considerato responsabile penalmente sul solo dato anagrafico e non anche in ragione dell'esperito accertamento della sua reale capacità di intendere e di volere così come richiesto dall'articolo 98 del codice penale»⁵¹. A questa statuizione di principio segue un richiamo ad una pronuncia della Corte costituzionale⁵² nella quale si evidenziano i punti di contrasto tra il dettato normativo e la carenza di qualsiasi previsione di accertamento dell'effettiva capacità di intendere e di volere del reo⁵³. Andando ad affrontare più nello specifico il quadro normativo predisposto appositamente dall'ordinamento penale per il minore, la Commissione evidenzia come la proposta di legge sottoposta alla sua valutazione non contenesse, nella sua formulazione originaria (e dunque, maggiormente pertinente al testo europeo), alcuna indicazione circa l'applicabilità del regime ex artt. 19 e 23, D.P.R. 448/88, relativo al processo penale a carico di imputati minorenni. In particolare, l'art. 19 enuncia la doverosità per il giudice (in questo caso incardinato presso una delle strutture del circuito di giustizia minorile) di considerare, in fase di applicazione di una misura cautelare, l'esigenza di non interrompere i processi educativi in atto. Dal canto suo, invece, l'art. 23 specifica le condizioni alle quali la custodia cautelare può essere disposta: commissione di un delitto non colposo per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a nove anni⁵⁴. Dunque, è la sola applicabilità della misura della custodia cautelare a rappresentare il nucleo portante della disciplina sin qui richiamata: infatti, nell'ipotesi in cui il minore imputabile si trovi in una delle situazioni delineate dall'art. 23, D.P.R. 448/88, non per questo sarà lasciato «a piede libero», ma potranno essere disposte altre misure cautelari restrittive quali la permanenza in casa (art. 21, D.P.R. 448/88) e il collocamento in comunità (art. 22, D.P.R. 448/88)⁵⁵. Possiamo, pertanto, affermare che la Commissione giustizia, nel preparare la proposta

⁵¹ Parere della I Commissione permanente della Camera dei Deputati (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni), punto n. 5.

⁵² C. cost., sent. n. 128 del 1987.

⁵³ La Commissione Affari costituzionali, nel richiamare il contenuto sostanziale della sentenza, ricorda, giustamente, come una situazione ordinamentale di tal genere «si pone in contrasto, prima ancora che con l'articolo 31 comma 2, della Costituzione, con l'articolo 27 commi 1 e 3 della Costituzione, il quale, da un lato, nell'affermare che la responsabilità penale è personale esclude che essa possa sussistere in chi risulta incapace di intendere e di volere e, dall'altro, nel prevedere che la pena «tende alla rieducazione del condannato» impone che quest'ultimo sia in grado di intenderne il contenuto rieducativo e di volere la sua stessa risocializzazione».

⁵⁴ A questa regola di carattere generale lo stesso art. 23, D.P.R. 448/88, fa seguire l'eccezione costituita dall'esistenza di un procedimento per uno dei delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 3802, lett. e), f), g), h) del c. p.c. e per un delitto di violenza carnale.

⁵⁵ Per completezza di informazione ricordiamo come il sistema delle misure cautelari irrogabili a carico di un minore preveda anche le prescrizioni inerenti le attività di studio o di lavoro ovvero altre attività utili per la sua educazione (art. 20, D.P.R. 448/88).

di legge votata poi in dall'Assemblea della Camera, abbia male inteso il richiamo al D.P.R. 448/88: infatti, non si voleva (e dopotutto, non si sarebbe potuto) invocare l'introduzione di un motivo di non esecuzione, che senza essere accompagnata dalla contestuale previsione di un impegno a procedere da parte dell'Italia – in ottemperanza al principio internazionalistico dell'aut dedere aut iudicare –, rischia di favorire, come abbiamo poco prima evidenziato, una situazione di trattamento discriminatorio costituzionalmente non tollerabile. Semplicemente, si voleva richiamare l'attenzione del legislatore sulle modalità di amministrazione della giustizia «che si uniformano all'interesse della tutela del minore garantito costituzionalmente dall'articolo 31 comma 2 Cost. (sentenze n. 25 del 1965, n. 16 del 1981, n. 17 del 1981 e n. 222 del 1983) e garantiscono che la struttura della giustizia minorile sia «diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni» e soddisfano l'esigenza che le valutazioni del giudice siano «fondate su prognosi individualizzate in ordine alle prospettive di recupero del minore deviante», questo essendo «l'ambito di quella protezione della gioventù che trova fondamento nell'ultimo comma dell'articolo 31 Cost.» (sentenze n. 44 del 1978 e n. 222 del 1983)». Pertanto, nemmeno alla luce dei principi costituzionali si può giustificare questo allontanamento della l. 69/2005 dalla disciplina della d. q. 2002/584/GAI.

Inoltre, come è stato ben evidenziato dalla dottrina, il legislatore interno ha perso di vista, nella redazione della disposizione, un'importante aspetto: non opera alcuna distinzione, nel configurare la soglia di pena, tra MAE processuale e MAE esecutivo, contraddicendo anche su questo punto la d. q. europea ed esponendo il giudice a tutte le incertezze del caso. Incertezze, poi, accentuate anche dal ricorso alla vaga espressione “processi educativi in atto”: non è davvero chiaro a cosa si sia voluto alludere con tale richiamo e, in più, si è voluto affidare l'interpretazione alla corte d'appello, definito «un giudice sprovvisto di competenza specifica per decidere in materia». Rispetto a quest'ultima previsione ancora una volta il provvedimento di recepimento contraddice anche l'ordinamento interno, nel caso di specie il circuito della giustizia minorile: il R.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404 (conv., con modif., in l. 27 maggio 1935, n. 835) istituisce un giudice specializzato, il tribunale per i minorenni, nella trattazione dei processi che vedono come imputato un minorenne. La composizione del collegio giudicante è specchio della maggiore sensibilità ai problemi dell'adolescenza deviata che deve caratterizzarlo⁵⁶. E se davvero l'interesse è quello che fa capo al minore (e non la paralizzazione del meccanismo del MAE), non si comprende perché non si sia prevista l'attribuzione di una competenza separata a giudicare sulla richiesta di consegna al tribunale per i minorenni.

⁵⁶ L'art. 2, l. 835/35, stabilisce che del collegio facciano parte: i) un magistrato di corte d'appello che lo presiede; ii) un magistrato di tribunale; iii) due cittadini, un uomo e una donna, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età.

Giunti a questo punto, è chiaro come il provvedimento sarebbe stato più chiaro e meno contraddittorio rispetto al sistema del MAE della d. q., ma soprattutto rispetto allo stesso ordinamento giuridico interno, se si fosse limitato semplicemente a riaffermare a livello normativo, quanto era già stato espresso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: una particolare attenzione alla necessità di percorsi rieducativi separati per maggiorenni e minorenni.

8. I motivi di rifiuto estranei alla lettera (oltre che allo spirito) della normativa europea sul MAE

Clausole insolite di rifiuto sono quelle previste dalle lett. b), c), d) dell'art. 18, l. 69/2005 (le prime due, peraltro, come è stato osservato da più parti⁵⁷, rientrano nel gruppo dei motivi di non esecuzione che non trovano alcun riferimento, nemmeno indiretto nella d. q. 2002/584/GAI). Le lett. b) e c) danno autonoma rilevanza ad alcune delle cause di giustificazione e ad altri due particolari istituti previsti dal nostro ordinamento. Scelta singolare se si considera che precedentemente avevamo, invece, rilevato come si potessero considerare, nell'extradizione "classica", gli effetti di una causa di giustificazione rispetto all'integrazione del requisito della doppia incriminazione. Ma è evidente come ora, nell'ambito di un meccanismo, quale quello del MAE, in cui almeno per alcuni reati il legislatore europeo ha previsto una presunzione di sussistenza della previsione bilaterale con conseguente superamento del controllo effettivo correlato, non sia più possibile nelle trentadue ipotesi della lista far svolgere alcun ruolo ad alcuni degli elementi normativi che potevano, in passato, incidere in tal senso. Dunque, ancora una volta, si individuano delle barriere che la legge di attuazione ha voluto innalzare per restringere il campo di operatività dell'art. 2, § 2, d. q. 2002/584/GAI.

⁵⁷ BALBO, Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana. Commento delle Decisioni quadro europee 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e 2005/214/GAI sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie, Torino, 2005, pp. 57. DE AMICIS, IUZZOLINO, Al via in Italia il mandato d'arresto Ue, in *Diritto e Giustizia*, 2005, n. 19, VIII (64).