



dell'Arma dei Carabinieri  
**Rassegna**

---

Quaderno n. 6/2016

TESI DI LAUREA DEI FREQUENTATORI DEL  
21° CORSO DI PERFEZIONAMENTO

Anno Accademico 2014-2015

*Il reato di riciclaggio  
Evoluzione normativa e strategie di contrasto  
(Ten. Andrea D'Angelo)*

*La cooperazione giudiziaria in materia penale nella  
giurisprudenza della Corte di giustizia  
dell'Unione Europea  
(Ten. Romano Rosadoni)*

**Scuola Ufficiali Carabinieri, 2016**

# **Rassegna** dell'Arma dei Carabinieri

**Direttore Responsabile**  
Gen. D. Vittorio Tomasone

**Redattore Capo**  
Col. Giuseppe Arcidiacono

**Redazione**  
Lgt. Remo Gonnella  
M.A. s.UPS. Alessio Rumori  
Brig. Mario Pasquale  
App. Sc. Lorenzo Buono

**Direzione e Amministrazione**  
Via Aurelia, 511 - 00165 Roma - tel. 06-66394680  
fax 06-66394746; e-mail:[scuf rassegna@carabinieri.it](mailto:scuf rassegna@carabinieri.it)

**Grafica, Fotocomposizione e Impaginazione**  
a cura della Redazione

**Fonti iconografiche**  
Ministero della Difesa  
Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri  
Scuola Ufficiali Carabinieri

*La «Rassegna dell'Arma dei Carabinieri» è istituita per aggiornare la preparazione specifica dei Quadri dell'Arma offrendo loro argomenti originali sull'evoluzione del pensiero militare e delle discipline giuridiche, professionali e tecnico-scientifiche che più interessano il servizio d'Istituto. La collaborazione alla Rassegna dell'Arma è aperta a tutti. La Direzione è lieta di ricevere articoli o studi su argomenti di interesse, riservandosi il diritto di decidere la loro pubblicazione. Gli articoli di collaborazione diretta sono pubblicati sotto l'esclusiva responsabilità degli autori; le idee e le considerazioni sono personali, non hanno riferimento ad orientamenti ufficiali e non impegnano la Direzione della Rassegna. La Redazione si riserva il diritto di modificare il titolo e l'impostazione grafica degli articoli, secondo le proprie esigenze editoriali. È vietata la riproduzione anche parziale, senza autorizzazione, del contenuto della Rivista.*

Periodico trimestrale a carattere scientifico-professionale a cura della Scuola Ufficiali Carabinieri  
Proprietà editoriale del Ministero della Difesa Iscritto nel Registro della Stampa del Tribunale di Roma  
al n. 305/2011 in data 27-X-2011

Diffuso attraverso la rete internet sul sito [www.carabinieri.it](http://www.carabinieri.it)  
dal Service Provider "BT Italia" S.p.A. Via Tucidide, 56 - 20134 Milano

## PRESENTAZIONE

In questo sesto Quaderno presentiamo due tesi di laurea degli Ufficiali del 21° Corso di Perfezionamento.

La prima, dal titolo “*Il reato di riciclaggio: evoluzione normativa e strategie di contrasto*”, del Ten. *Andrea D’Angelo*, affronta il fenomeno criminale del riciclaggio attraverso un’analisi della figura di reato, sia sotto il profilo della teoria giuridica, sia sotto quello della pratica applicativa. Significativa l’attenzione rivolta alla giurisprudenza consolidatasi negli anni.

La seconda tesi, dal titolo “*La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e la giurisprudenza di settore della Corte di giustizia dell’Unione Europea*”, redatta dal Ten. *Guido Romano Rosadoni*, tratta l’evoluzione della legislazione europea fino al Trattato di Lisbona.

Gen. D. Vittorio Tomasone



**IL REATO DI RICICLAGGIO: EVOLUZIONE NORMATIVA E  
STRATEGIE DI CONTRASTO**

*Ten. Andrea D'Angelo*



Premessa.....	7
---------------	---

## *CAPITOLO PRIMO*

### **Evoluzione normativa**

1. L'Italia come iniziatrice della lotta al riciclaggio .....	13
2. La Legge 18 maggio 1978, n. 191 .....	13
3. La Convenzione di Vienna.....	15
3.1 La Legge 19 marzo 1990, n. 55.....	16
4. Dalla Convenzione di Strasburgo alla Legge 9 agosto 1993, n. 328.....	18
5. Rapporto tra riciclaggio, reimpiego e ricettazione.....	21

## *CAPITOLO SECONDO*

### **La condotta tipica e il bene giuridico tutelato**

1. La condotta tipica del reato.....	23
2. La tutela del patrimonio e la plurioffensività .....	26
3. La differenza tra beni strumentali e beni finali .....	30
3.1 La tutela dell'ordine pubblico, del risparmio-investimento e dell'amministrazione della giustizia .....	30
4. La tutela del profilo "dinamico" del bene patrimonio .....	31
5. Schematizzazione del complesso panorama degli interessi tutelati .....	35

## *CAPITOLO TERZO*

### **L'elemento soggettivo**

1. Dal dolo specifico al dolo generico.....	37
2. Il dolo nell'attuale fattispecie.....	38
3. Colpa e dolo eventuale: critiche sulla conferibilità .....	40

## *CAPITOLO QUARTO*

### **Il soggetto attivo e l'oggetto materiale del reato**

1. La clausola di riserva e relative problematiche .....	51
2. I rapporti tra concorso nel reato-base e riciclaggio: partecipazione del soggetto attivo ai reati di tipo associativo.....	56
3. L'oggetto materiale del reato.....	62
4. La provenienza illecita dei beni.....	64
5. Chiarimenti sulla differenza tra reato presupposto e reato accessorio.....	64
6. Il delicato rapporto tra riciclaggio e reati tributari .....	68

## *CAPITOLO QUINTO*

### **L'autoriciclaggio**

1. Le principali novità introdotte dalla normativa .....	72
2. L'annoso dibattito prima dell'introduzione della fattispecie.....	72
3. Nuove criticità emerse .....	81

## *CAPITOLO SESTO*

### **Gli strumenti di contrasto al delitto di riciclaggio**

1. Limitazioni all'uso del contante .....	84
2. Obbligo di identificazione/obbligo di adeguata verifica della clientela .....	86
3. Obbligo di registrazione .....	87
4. Obbligo di segnalazione di operazioni sospette .....	88
4.1 Operazioni sospette, anomale e criteri di anomalia.....	91
4.2 Riservatezza e divieto di comunicazione.....	93
4.3 Attività di verifica a seguito delle segnalazioni.....	94
5. La legge di Stabilità 2016 e la Direttiva UE 2015/849 .....	95
Conclusioni.....	103



## PREMESSA

Con il termine “riciclaggio” si indica, in senso generale, ogni riutilizzazione di denaro che costituisca il frutto di un’attività illecita. Un’accezione più ampia di quella che si ricava dalle odierne fattispecie incriminatrici interne, indica la fattispecie come «*il processo attraverso cui qualcuno nasconde l’esistenza, la fonte illegale,<sup>1</sup> o l’illegale utilizzo di redditi, e poi camuffa questi redditi per farli apparire legittimi*». L’indicazione del fenomeno giuridico mediante un termine metaforico ha avuto origine, in questo caso, nel mondo anglosassone. Nel nostro Paese il riciclaggio, dopo essere entrato nel linguaggio giornalistico come espressione descrittiva del fenomeno, è stato adottato dal legislatore con la L. 55/1990. Tale provvedimento ha difatti sostituito la precedente rubrica dell’art. 648-bis del codice penale (*Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persone a scopo di estorsione*) con una nuova rubrica intitolata appunto “Riciclaggio”.

Dal punto di vista operativo, il fenomeno del *money laundering* è stato protagonista, negli ultimi anni, di una notevole nonché silenziosa diffusione, manifestando una sensibile incidenza sull’assetto economico e sociale dei paesi più sviluppati: il riciclaggio dei proventi illeciti si pone ormai come tipica e necessaria conseguenza dell’agire delittuoso, sia in contesti di criminalità organizzata che in ambiti più limitati, ma egualmente pericolosi, di criminalità economica comune (parte della più ampia categoria dei cosiddetti “reati dei colletti bianchi”), risultando essenziale, per l’agire criminale, il ricollocamento del denaro, dei beni e di altre utilità nel “mercato legale”.

A tal proposito le organizzazioni criminali tenteranno in ogni modo di «*recidere il cordone ombelicale che lega il denaro, i beni o le altre utilità acquisite, ai delitti commessi e che li hanno generati*»<sup>2</sup>. È fondamentale infatti tenere presente come l’elemento essenziale, perché si configuri il reato di riciclaggio, sia l’agire *in modo da* far perdere ogni traccia della provenienza illecita dei beni in oggetto, ostacolando la ricostruzione, in sede di indagine, del cosiddetto *paper trail*; con questa espressione si individua il percorso documentale che dovrebbe condurre, a ritroso, dal bene apparentemente legittimo, attraverso tutti i passaggi e le operazioni di lavaggio, alla originaria

---

<sup>1</sup> Così L.D. CERQUA, *Il delitto di riciclaggio dei proventi illeciti*, in E. Cappa, L.D. Cerqua (a cura di) *Il riciclaggio del denaro*, Giuffrè (Milano), 2012, 47 ss.

<sup>2</sup> P.L. VIGNA, in *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, in E. Cappa, L.D. Cerqua (a cura di), Giuffrè (Milano), 2012, 3.

provenienza delittuosa del bene stesso. Il reato di riciclaggio dunque, seppur relativo anche a fenomeni di criminalità comune, assume rilevanza soprattutto quando costituisce la naturale conseguenza di reati riconducibili all'art. 416 *bis*. Il riciclaggio è considerato il viatico attraverso il quale le consorterie criminali ripuliscono i capitali derivanti direttamente o indirettamente da condotte contrarie alla legge. Nel contesto relativo alla criminalità organizzata è evidente come la lotta al riciclaggio persegua l'obiettivo fondamentale di spezzare quei vincoli subdoli e spesso invisibili che tali organizzazioni instaurano con la cosiddetta "zona grigia" dei professionisti e degli operatori economici, nella maggior parte dei casi estranei all'organizzazione stessa, che mettono la propria preparazione e le proprie competenze al servizio di piani delittuosi, contribuendo ad intaccare un tessuto economico e sociale che dovrebbe reggersi sui pilastri della libera concorrenza e della legalità. Nel prosieguo della trattazione verrà analizzato nel dettaglio lo stretto rapporto che sussiste tra criminalità organizzata e riciclaggio.

La "questione riciclaggio" non può considerarsi solo appannaggio di alcuni Paesi: è ormai un problema globale e come tale può essere affrontato solo alla luce di una manifestazione comunitaria di intenti che deve necessariamente tradursi in un'azione coordinata a livello internazionale. Risulta fondamentale ricordare alcuni degli enormi effetti distorsivi generati dalla circolazione di denaro sporco:

- l'alterazione del mercato e dell'economia reale, con pesanti ricadute in termini concorrenziali ed in danno alle imprese legali;
- il finanziamento di ulteriori attività criminali finalizzate al foraggiamento delle mafie o di azioni terroristiche;
- l'accrescimento del livello di corruzione, con la naturale conseguenza di veder falsata l'azione politica dei governi locali e nazionali;
- l'inquinamento dei pubblici appalti;
- l'illecita allocazione di risorse nelle mani delle criminalità per mezzo di racket e usura.

Infine la pericolosità del riciclaggio risiede altresì nella sua ontologica capacità di indebolire i sistemi politici, sociali e finanziari, attraverso lo sviluppo di mercati illeciti paralleli, il foraggiamento del mercato nero, del contrabbando delle merci e delle persone.

Il maggior alleato della diffusione del riciclaggio in ambito internazionale è la frammentarietà degli ordinamenti, i quali fino ad ora hanno mostrato eccessiva autonomia di condotta non sempre rispondente alla logica di un contrasto uniforme. A tal proposito emerge in tutta la sua forza l'importanza dell'operato di organismi internazionali, primo tra tutti il

GAFI, che, attraverso le azioni di analisi, relazione ed elaborazione costituiscono riferimenti fondamentali per l'armonizzazione delle procedure di contrasto al fenomeno del riciclaggio. Le cosiddette Raccomandazioni del GAFI devono rispondere a tale problematica attraverso periodiche rivisitazioni e interventi ai continui e rapidi mutamenti delle tecniche di reinvestimento di denaro di provenienza illecita.

Prima di trattare il reato nei suoi punti essenziali è necessario comprendere come viene posto in essere il fenomeno; esso infatti è un sistema complesso, difficilmente riconducibile ad un'unica operazione. Al riciclaggio, infatti, si riconducono tutte quelle operazioni necessarie per attribuire una origine simulatamente lecita a valori patrimoniali di provenienza delittuosa. La tradizione anglosassone ricostruisce il fenomeno facendo riferimento a tre tipi di modelli diversi tra loro: modelli a fase, modelli a ciclo e modelli a scopo<sup>3</sup>.

Il modello a fasi è il più noto nonché il più adatto a porre in luce le implicazioni di natura giuridica del complesso fenomeno; in particolare in tale modello il processo di riciclaggio viene distinto in tre fasi: il collocamento, il lavaggio vero e proprio e il reimpiego.

Il collocamento (*placement*: piazzamento) può essere effettuato sia presso intermediari tradizionali come banche, finanziarie, assicurazioni, sia presso intermediari non tradizionali, come cambiavalute o banche clandestine; si può sfruttare sia un collegamento diretto sul mercato mediante l'acquisto di beni e sia il trasferimento materiale del denaro in altri paesi.

Il lavaggio vero e proprio (*dissimulation, layering*: stratificazione) consiste nel compimento di una più o meno vasta serie di operazioni, commerciali ma per lo più finanziarie, dirette a far perdere la traccia della provenienza illecita del denaro, la già richiamata *paper trail*, pista di carta. Le operazioni di stratificazione sono in continua evoluzione e sinteticamente possono riconoscersi dall'intreccio di questi tre elementi: il trasferimento elettronico dei fondi, l'utilizzo dei Paesi off-shore, la creazione di false piste di carta.

Il reimpiego (*conversion, integration*: integrazione) è il fine del riciclatore: il denaro, ormai pulito, viene reimpiegato/reimmesso nel mondo dell'economia legale, quale frutto di un'operazione finanziaria apparentemente legale.

La ricostruzione del riciclaggio attraverso modelli che agevolano l'analisi e la comprensione del fenomeno non deve tuttavia far dimenticare come questa attività criminosa, proprio in quanto attività, è vitale ed in continua evoluzione; le tecniche e gli strumenti di contrasto devono necessariamente convivere con questa condizione perennemente mutevole ed

---

<sup>3</sup> M. ZANCHETTI, Il riciclaggio ecc., cit., pp. 10 e ss.

adeguarsi di volta in volta alle nuove caratteristiche che assume il fenomeno; per strumenti di contrasto si fa riferimento sia a quelli preventivi sia a quelli repressivi che saranno approfonditi nel corso dell'elaborato.

Nell'ordinamento giuridico italiano il reato di riciclaggio è andato incontro a significative modifiche nel corso degli anni sin dalla sua prima introduzione nel 1978. Al giorno d'oggi la disciplina specifica del delitto è collocata all'art. 648-*bis*. del codice penale, in chiusura del Capo II del Titolo XIII (intitolato ai *Delitti contro il patrimonio mediante frode*).

Costituisce una figura delittuosa tra le più dibattute in dottrina proprio in quanto frutto di una complessa evoluzione normativa che ha risentito, sia a livello nazionale e sia a livello sovranazionale, dell'esigenza crescente di contrastare le più avanzate forme di criminalità organizzata ed economica. Molteplici sono infatti le Direttive dell'UE volte al contrasto del fenomeno riciclaggio a cui l'Italia si è dovuta uniformare. Esso fa riferimento a quelle condotte, atipicamente richiamate, finalizzate alla sostituzione o al trasferimento di denaro, beni o altre utilità provenienti da reato non colposo, caratterizzate dall'idoneità di *ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa*<sup>4</sup>.

I vari interventi legislativi hanno comportato non pochi dibattiti e contrasti sia in dottrina sia in giurisprudenza. Essi hanno riguardato il difficile inquadramento sistematico della fattispecie, collocato nel ristretto spazio operativo ricavato tra le figure della ricettazione (art.648 c.p.) e del favoreggiamento reale (art.649 c.p.) con perplessità e dubbi circa i confini di applicabilità delle diverse norme. La stessa collocazione all'interno dei reati contro il patrimonio ha fatto discutere molto poiché il bene giuridico tutelato non può ravvisarsi solo ed esclusivamente nel patrimonio ma riguarda una sfera più ampia che ricomprende il buon andamento della pubblica amministrazione e l'ordine pubblico economico. Altre questioni hanno riguardato più nello specifico aspetti strutturali della figura criminosa, come ad esempio l'esatta configurazione della condotta tipica e della sua portata lesiva, l'individuazione del soggetto attivo, il problema relativo ai reati-presupposto e soprattutto ai problemi posti dalla clausola di riserva, la quale esclude la punibilità, a titolo di riciclaggio, per chi sia concorso nella realizzazione del reato presupposto. Il dibattito ancora oggi è molto attivo e sentito e verrà analizzato di volta in volta per ogni specifico argomento.

La dottrina ha rilevato e più volte rimarcato la scarsa effettività applicativa della norma penale riguardante il riciclaggio, probabilmente in quanto frutto di una formulazione poco

---

<sup>4</sup> Art. 648-*bis* comma 1 c.p., secondo la formulazione attuale, come modificata, da ultimo, ex art. 4, l. 9 agosto 1993, n. 328.

chiara delle fattispecie: le norme incriminatrici si sono rivelate spesso assolutamente inadeguate sul piano operativo rispetto alle crescenti proporzioni del fenomeno delittuoso. Si tratta di un dato che sembra peraltro comune a molti paesi europei. La causa sarebbe da ricercare, secondo alcuni, proprio nella valenza spiccatamente “simbolica” della fattispecie incriminatrice in questione, dovuta all’eccessiva atipicità delle condotte e da una loro scarsa caratterizzazione in termini oggettivi. Ma le cause di tali ineffettività andrebbero ricercate, più in generale, nelle scelte del legislatore che hanno relegato le figure del riciclaggio e del reimpiego (artt. 648-*bis* e *ter* c.p.) in angusti spazi applicativi, senza tracciare un contorno chiaro del loro raggio di azione.

Dal punto di vista contenutistico, il presente lavoro si pone come obiettivo quello di affrontare, il fenomeno criminale del riciclaggio dei proventi illeciti, contemplato nel vigente ordinamento penale italiano, attraverso un’analisi della figura criminosa, sia sotto il profilo della teoria giuridica, sia sotto quello della pratica applicativa, rivolgendo particolare attenzione alla notevole quantità di dottrina e di giurisprudenza prodotte negli ultimi anni.

L’elaborato riguarda, in una prima parte, gli elementi strutturali della fattispecie, rubricata all’art. 648-*bis* del codice penale (*Riciclaggio*), e delle questioni interpretative a questi connessi, rivolgendo una particolare attenzione, altresì, alle diverse modalità operative con cui si manifesta il riciclaggio all’interno del contesto economico e sociale.

Nella seconda parte l’attenzione si concentrerà su un’analisi delle criticità e delle opportunità che derivano, in termini di tutela penale, dall’introduzione della punibilità dell’autoriciclaggio avvenuta nel dicembre 2014: una nuova fattispecie incriminatrice che estende la punibilità per i fatti di riciclaggio anche ai medesimi autori dei reati-presupposto. Questa eventualità era infatti scartata dalla vigente configurazione della normativa in virtù della clausola di riserva di cui all’art. 648-*bis* comma 1 c.p., che configura il riciclaggio attuato dal medesimo autore del reato-presupposto, nella maggior parte delle ipotesi, un *post factum* non punibile. L’introduzione dell’ipotesi criminosa in questione ha l’enorme merito di aver colmato una enorme lacuna all’interno del Codice Penale italiano con tutte le conseguenze che vedremo in seguito nello specifico.

Un’attenzione particolare verrà posta sulle possibilità e sulle tecniche di contrasto al fenomeno criminale in questione sia dal punto di vista della prevenzione sia sotto il punto di vista della repressione. Infatti il legislatore italiano ha perfezionato nel corso degli anni un sistema di contrasto fondato su un cosiddetto “doppio binario”: da un lato le norme penali con finalità repressive, dall’altro le disposizioni preventive, volte ad introdurre obblighi di

collaborazione attiva nei confronti di quei soggetti che, per l'attività svolta, sono ritenuti maggiormente a rischio<sup>5</sup>. Sul versante della prevenzione, il legislatore ha adottato obblighi di collaborazione fra più organismi istituzionali, a cui sono demandati specifici compiti.

---

<sup>5</sup> Artt. 10 e ss. del D.Lgs. 231/2007, *Elenco completo dei destinatari della normativa antiriciclaggio*.

**Evoluzione della normativa**

**1 L'Italia come iniziatrice della lotta al riciclaggio**

Il punto di partenza per la nascita e il successivo sviluppo degli strumenti di contrasto al fenomeno del riciclaggio di denaro può ravvisarsi nella Convenzione Unica di New York del 1961 relativa al traffico di sostanze stupefacenti<sup>6</sup>. Fu introdotta per la prima volta la punibilità delle operazioni finanziarie in relazione al traffico di sostanze stupefacenti oltre, ovviamente, alla repressione delle attività tipiche del settore ovvero produzione e commercio.

In Italia il fenomeno emerge durante i cosiddetti “anni di piombo” in relazione ad una manifestazione criminale diversa, seppur strettamente collegata a quella del traffico di sostanze stupefacenti: le organizzazioni criminali di stampo mafioso e di matrice terroristica.

Il travagliato *iter* legislativo che ha portato in Italia all'attuale formulazione dell'art 648-*bis* del Codice Penale ha avuto inizio nella seconda metà degli anni Settanta quando il legislatore inizia a sentire l'esigenza di introdurre una nuova fattispecie autonoma in grado di colpire gli autori del complesso fenomeno del riciclaggio; si tratta di una novità in ambito internazionale senza precedenti tanto che il nostro Paese talvolta viene indicato come il precursore della lotta al riciclaggio. Tuttavia la iniziale formulazione aveva una minor portata repressiva e fini di tutela differenti rispetto a quelli configurabili al giorno d'oggi.

**2. La Legge 18 maggio 1978, n. 191**

Il primo importante intervento legislativo, come già accennato, risale alla seconda metà degli anni '70 e in particolare al 1978 con la L.191/1978, risultato dalla conversione del decreto legge 21 marzo 1978, n.59 intitolato “Norme penali e processuali per la prevenzione di gravi reati”.

Il decreto legge, oltre ad introdurre nei codice penale e di procedura penale importanti modifiche ed integrazioni, riformulando, tra l'altro, l'articolo 630 “Sequestro di persona a scopo

---

<sup>6</sup> *La convenzione unica sugli stupefacenti*, siglata a New York il 30 marzo 1961, successivamente integrata dal protocollo di emendamenti di Ginevra del 25 marzo 1972, fu ratificata in Italia con l. 5 giugno 1974, n. 412.

di estorsione, di terrorismo o di eversione”, aggiunse nel codice penale, dopo l’art. 648 in tema di ricettazione, l’art.648-*bis*. “Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione”. Tale prima versione prevede dunque un *numerus clausus* di reati presupposto proprio in quanto risponde ad una esigenza, molto avvertita all’epoca, di reprimere alcune manifestazioni criminali quali appunto il sequestro di persona e la rapina ricollegabili al terrorismo ed alla criminalità organizzata.

La prima norma introdotta punisce con la reclusione da quattro a dieci anni e con la multa:

*“Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato, compie fatti o atti diretti a sostituire denaro o valori provenienti dai delitti di rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione con altro denaro o altri valori, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di aiutare gli autori dei delitti suddetti ad assicurarsi il profitto del reato”.*

Tale condotta è altresì punibile quando l’autore (o gli autori) del delitto presupposto, da cui sono derivate le utilità riciclate, non sia imputabile o punibile, ovvero qualora manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto (tale disposizione si è conservata anche nelle formulazioni successive).

Il fine della nuova previsione normativa è in sostanza quello di prevedere una condotta criminale autonoma, volta a perseguire le condotte di «trasformazione» dei beni provenienti da un numero chiuso di delitti poiché in precedenza ricadevano nelle previsioni della ricettazione, del favoreggiamento personale e reale; così facendo, accanto alla ricezione di denaro o altri valori di provenienza illecita, viene ora autonomamente perseguito anche il loro «riciclaggio»<sup>7</sup>.

La prima previsione normativa era dunque finalizzata alla repressione dei cosiddetti reati presupposto; questo era il primario obiettivo perseguito dal legislatore dell’epoca come si evince nello specifico dal dato testuale, la configurazione «a consumazione anticipata»: per l’integrazione della fattispecie bastano, infatti, «*fatti o atti diretti a*» sostituire denaro o altre utilità di provenienza delittuosa, purché, ovviamente, vi sia la consapevolezza della provenienza illecita da parte di chi mette in atto le suddette condotte; inoltre è necessario il fine specifico di «*procurare a sé o ad altri un profitto o di aiutare gli autori dei delitti ad assicurarsi il profitto del reato*», per configurare dolo specifico.

---

<sup>7</sup> Il termine *Riciclaggio* fu da subito usato per identificare la figura delittuosa, pur tuttavia non comparando nella prima versione della norma.



Seppure si tratti, di fatto, della prima previsione punitiva autonoma delle condotte di sostituzione di denaro o di altri valori, la dottrina prevalente<sup>8</sup> ha ritenuto che la norma abbia a lungo rivestito una funzione sussidiaria rispetto al perseguimento dei reati-presupposto, nonché una forma speciale di ricettazione e/o di favoreggiamento, anche se contenuta nel novero dei delitti contro il patrimonio: con tali fattispecie la nuova norma ha importanti elementi di contatto: l'oggetto giuridico, comprensivo della tutela del patrimonio e dell'ordine pubblico, oltre che la clausola di esclusione personale per i casi di concorso nel reato-presupposto. Proprio per il fatto che si tratta di una configurazione a consumazione anticipata della fattispecie, nel cui ambito potevano essere ricondotti anche comportamenti prodromici alla ricettazione (e per alcuni aspetti nemmeno sussumibili sotto quest'ultima), il reato di riciclaggio, così configurato, appare come una figura solo formalmente autonoma<sup>9</sup>.

### 3 La Convenzione di Vienna

Il legislatore ha effettuato una parziale riformulazione della fattispecie negli anni Novanta, periodo in cui si evidenziano spinte, a livello internazionale, verso una graduale armonizzazione delle norme penali dei diversi ordinamenti nei confronti del fenomeno del riciclaggio di denaro di provenienza illecita.

In particolare, la Convenzione delle Nazioni Unite di Vienna, nel 1988, nel contesto della cosiddetta *war on drugs*, stabilisce alcuni principi in materia di rilevanza penale delle condotte di sostituzione e trasferimento dei proventi della produzione e del traffico di sostanze stupefacenti: viene statuito, difatti, che ciascuna Parte contraente della Convenzione debba prevedere tra i reati del proprio ordinamento *«la conversione o il trasferimento dei beni, effettuati con la consapevolezza che provengono da uno dei reati stabiliti (...) [produzione e traffico di stupefacenti] o la partecipazione alla sua perpetrazione, al fine di dissimulare o di contraffare l'origine illecita di detti beni o di aiutare qualsiasi persona implicata nella perpetrazione di uno di tali reati a sfuggire alle conseguenze legali dei suoi atti; la dissimulazione o la contraffazione della reale natura, origine, luogo, disposizione, movimento o*

---

<sup>8</sup> P. MAGRI, *op. cit.*, 423 ss., richiamato, inoltre, da L.D. CERQUA, *Il delitto di riciclaggio*.

<sup>9</sup> In particolare si è osservato che tra gli atti o fatti punibili ai sensi del nuovo art. 648-bis c.p. vi erano condotte in precedenza configurabili come ricettazione per intromissione o tentata ricettazione. Si vedano, fra gli altri: R. BARTOLI, *Cosiddetto «taroccamento» e delitto di riciclaggio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 476 ss.; S. FAVA, *Il reato di riciclaggio* (intervento al seminario *Criminalità economica, economia criminale*, Roma, 27-28 maggio 2011) in *Quest. Giust.*, 2012, 4, 122; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, vol. 2, II ed., Ipsoa (Milano), 2006, 4736 ss.

*proprietà dei beni o relativi diritti, il cui autore sa essere proveniente da uno dei reati determinati (...) o dalla partecipazione ad uno di questi reati»; viene in questo modo a delinearsi un prototipo di fattispecie generale di riciclaggio, cui si adeguerà il legislatore italiano del 1990.*

Non bisogna tuttavia dimenticare che, sul fronte della prevenzione del riciclaggio nel sistema bancario e creditizio, alcune importanti iniziative erano già state intraprese a livello internazionale: in particolare, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione n. 80/10 del 1980, aveva chiesto agli Stati membri di attivarsi con idonee misure per evitare il coinvolgimento dei propri sistemi bancari in operazioni di riciclaggio, con il chiaro obiettivo di favorire un maggior livello di collaborazione tra istituti bancari ed Autorità investigative e giudiziarie. Successivamente alla Convenzione di Vienna, sulla medesima linea della prevenzione in ambito bancario, si muove anche la *Dichiarazione di Basilea*, adottata il 12 dicembre 1988 dal *Cooke Committee*, istituito in seno alla *Bank for International Settlements (B.I.S.)*, che fissa, tra i cosiddetti «obblighi non vincolanti» (o deontologici) delle banche, alcuni principi fondamentali tra i quali l'identificazione della clientela, le limitazioni sulle operazioni di importo rilevante e i sistemi di collaborazione con le autorità investigative, nel rispetto ovviamente delle norme di ciascun paese in tema di tutela della riservatezza.

### 3.1 *La Legge 19 marzo 1990, n. 55*

Con la legge 19 marzo 1990, n. 55<sup>10</sup> l'Italia ratifica la Convenzione di Vienna e in tal modo vengono recepite e rese esecutive le disposizioni in essa contenute: in particolare l'art. 23 interviene modificando la norma di cui all'art. 648-*bis* del codice penale, che viene per la prima volta in Italia rubricata «*riciclaggio*». Le più rilevanti novità sono determinate dall'ampliamento del novero dei reati-presupposto volto a ricomprendere, coerentemente con la *ratio* della Convenzione, proprio i delitti concernenti la produzione e il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope. Viene inoltre inclusa nella fattispecie la condotta di occultamento della provenienza di denaro, di beni o di altre utilità dai reati-presupposto ed eliminato ogni riferimento alla finalità di profitto o di aiuto.

Il nuovo articolo 648-*bis* c.p., così riformato, prevede quindi la punibilità di:

*«Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato, sostituisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata, di sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti concernenti*

---

<sup>10</sup> «Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale».

*la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, con altro denaro, altri beni o altre utilità, ovvero ostacola l'identificazione della loro provenienza dai delitti suddetti*".

La pena detentiva precedentemente prevista rimane immutata (da quattro a dieci anni) e viene introdotta un'aggravante per i casi in cui il fatto sia stato commesso nell'esercizio di un'attività professionale<sup>11</sup>.

Si compie in tal modo un ampliamento della portata della norma sotto molteplici punti di vista: viene estesa la sfera dei reati presupposto, con l'introduzione di quelli relativi alla produzione e al traffico di stupefacenti; si passa ad una concezione più ampia dell'oggetto materiale del reato, comprendente ora «denaro, beni o altre utilità»; infine si agisce prevedendo più modalità alternative di esercizio della condotta illecita.

La nuova fattispecie, infatti, come notato dalla più attenta dottrina, si focalizza ora sulla repressione, oltre che della mera sostituzione del denaro o delle altre utilità, anche della dissimulazione della loro provenienza illecita. In tal modo la norma abbandona la struttura tipica del «delitto di attentato» (reato a consumazione anticipata), in quanto viene meno il riferimento ad «atti o fatti diretti a»: il legislatore, al contrario, dimostra di volersi concentrare sulle condotte (*sostituzione e ostacolo all'identificazione della provenienza illecita*), successive e distinte rispetto alle figure della ricettazione o del favoreggiamento e finalizzate al *lavaggio* vero e proprio del provento illecito;<sup>12</sup> ciò vuol dire che è pienamente configurabile il tentativo.

Il riciclaggio, insomma, viene definitivamente a considerarsi come un «reato-ostacolo» - accezione che ha mantenuto fino ai giorni nostri - nel senso che esso si pone da ostacolo rispetto allo svelamento dei reati-presupposto e, dunque, anche rispetto alla ricostruzione - a ritroso - del cosiddetto «*paper trail*», cioè della provenienza del denaro (o delle altre utilità) dai medesimi reati. Si deve tuttavia riflettere sul fatto che tal reati-presupposto, anche in quest'ultima enunciazione, seppure ampliati, rimangono tuttavia piuttosto limitati nella loro enumerazione<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Circostanza aggravante ad effetto comune che consente un aumento di pena fino ad un terzo (*ex art. 64, comma 1, c.p.*), rimasta immutata nella formulazione attuale della norma.

<sup>12</sup> Così L.D. CERQUA, *op. cit.*, 53; P. MAGRI con riferimento all'intervento del legislatore del 1990, parla di «*un salto di qualità nella lotta al riciclaggio: per la prima volta si è tenuta in considerazione la carica lesiva del fenomeno (...)*»; per contro, come nota il medesimo autore, il fatto che l'attenzione del legislatore sia stata mirata «*al solo risultato dell'intervento su quanto oggetto di materiale sostituzione e non sull'attività diretta alla dispersione delle connessioni tra i proventi illeciti e i reati presupposti*», rappresentava una carenza che il legislatore successivo avrebbe necessariamente dovuto rivedere.

<sup>13</sup> L'importante innovazione della legge 55 del 1990, che introdusse fra i reati-presupposto quelli legati alla produzione e al traffico di stupefacenti, fu essenzialmente diretta a contrastare quella che, già allora, stava diventando una delle più fiorenti attività della criminalità organizzata.

Va infine rilevato che, con la medesima legge, la n. 55 del 1990, viene introdotta nel nostro ordinamento un'ulteriore disposizione, che va ad affiancarsi a quella dell'art. 648-*bis* c.p.: ci si riferisce al successivo, e tutt'ora vigente, art. 648-*ter*, rubricato «*Impiego di denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita*». Nel corso della trattazione, quando si toccheranno i diversi elementi della fattispecie, saranno evidenziati con maggiore cura le differenze tra riciclaggio, reimpiego e ricettazione.

#### **4 Dalla Convenzione di Strasburgo alla Legge 9 agosto 1993, n. 328**

Negli anni immediatamente successivi alla Convenzione di Vienna, l'intervento di ulteriori linee guida a livello comunitario ed internazionale ha reso necessaria un'ennesima rimodulazione della fattispecie di riciclaggio da parte del legislatore italiano.

In occasione del vertice G7 dei Capi di Stato e di Governo, riunitosi a Parigi nel 1989, si procede all'istituzione di una *Financial Action Task Force* (o *Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale*), detto anche FATF o GAFI: un ente intergovernativo, facente capo all'OCSE, con sede a Parigi, in cui siede tutt'ora un *pool* di esperti con il compito di valutare i risultati ottenuti a livello di cooperazione internazionale in tema di prevenzione al fenomeno del riciclaggio<sup>14</sup>. Il Rapporto annuale sull'antiriciclaggio, relativo all'anno 1990, prevede 40 Raccomandazioni, dirette ai Paesi membri del G7 e volte al raggiungimento di tre fondamentali obiettivi: miglioramento delle legislazioni nazionali rispetto alle esigenze di contrasto al riciclaggio, maggiore importanza da attribuire al ruolo del sistema creditizio-finanziario nella repressione del fenomeno ed infine il rafforzamento della collaborazione internazionale tra Paesi membri.

Successivamente all'entrata in vigore, nel nostro codice penale, della figura delittuosa del riciclaggio, si riscontrano altri tre importanti documenti, in parte risultato dei lavori intrapresi a Vienna, dalle Nazioni Unite, e a Parigi, dal GAFI. Analizziamo dapprima la Dichiarazione

---

<sup>14</sup> Attualmente fanno parte del FATF-GAFI 36 paesi ed alcune Organizzazioni Internazionali; l'attività dell'ente si esplica principalmente nell'emanazione di «Raccomandazioni» che dovrebbero essere recepite dagli ordinamenti dei singoli Stati aderenti. Sul punto si veda, inoltre, R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, II ed. Giappichelli (Torino), 2011, 31 ss. Alle 40 Raccomandazioni sul contrasto al riciclaggio, a seguito dei drammatici attentati dell'11 settembre 2001, si sono aggiunte 8 nuove Raccomandazioni (più una nona nel 2004) dirette a intaccare i canali di finanziamento delle organizzazioni terroristiche, prevedendo autonomi obblighi di segnalazioni delle operazioni sospette. Tutte le Raccomandazioni, oltre alle informazioni su funzioni e composizione dell'ente, sono reperibili sul sito ufficiale [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org).

adottata dalla Commissione Inter-americana per il controllo dell'abuso di droghe (CICAD)<sup>15</sup> a Ixtapa (Messico) il 20 aprile 1990: essa interviene a fissare l'obbligo, per gli Stati americani (alcuni dei quali sono posti al centro dei più grandi traffici internazionali di stupefacenti), di predisporre una legislazione mirata al contrasto del riciclaggio dei capitali illeciti; tuttavia l'adozione di tale documento segna, secondo un'autorevole dottrina, un passo indietro rispetto alle raccomandazioni del GAFI, poiché limita la portata del riciclaggio ai soli proventi da narcotraffico e da reati connessi<sup>16</sup>.

Il secondo documento fondamentale da segnalare è la «Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato», siglata a Strasburgo l'8 novembre 1990, nell'ambito del Consiglio d'Europa<sup>17</sup> e recepita dal legislatore interno, con notevole ritardo, solo con l. 9 agosto 1993, n. 328. L'innovazione principale della Convenzione è data dalla decisione di scollegare la punibilità del riciclaggio da un numero chiuso di reati-presupposto, oggetto, fino ad allora di elencazione tassativa. L'allargamento dei reati-presupposto del riciclaggio, arriva a ricomprendervi «tutte le infrazioni penali a seguito delle quali sono generati dei proventi suscettibili di divenire oggetto di una infrazione ai sensi dell'art. 6 della presente Convenzione». Tale articolo definisce il reato di riciclaggio attraverso una tripartizione di condotte - punite a titolo di dolo - che comprendono: conversione/trasferimento, occultamento della provenienza e acquisto/impiego di beni «sapendo che essi sono proventi [di attività illecite] (...)».

La medesima tripartizione di condotte tipiche viene ripresentata anche nel terzo importante documento internazionale contenente una definizione "normativa" del riciclaggio: si tratta della Direttiva del Consiglio dei ministri della Comunità Europea del 10 giugno 1991<sup>18</sup>, la quale ribadisce l'obbligo per gli Stati membri di agire rispetto alle suddette condotte di riciclaggio attraverso idonee misure repressive (anche se non prevede vincoli nella scelta della sanzione penale da applicare); ci si trova in sostanza dinanzi ad un ampliamento del novero dei

---

<sup>15</sup> *Declaration and program of action of ixtapa*, Ixtapa (Messico), 2 aprile 1990 (reperibile in [www.cicad.oas.org](http://www.cicad.oas.org), cons. 18 maggio 2014). La Commissione CICAD è espressione dell'*Organisation of American States* (OAS); il documento sarà successivamente rielaborato, nel 1992, nel corso del meeting di Nassau (Bahamas), il 23 maggio 1992. Si veda, sul punto, M. ZANCHETTI, op. cit., 159 ss.

<sup>16</sup> M. ZANCHETTI, op. cit., 160.

<sup>17</sup> Reperibile sul sito ufficiale del Dipartimento del Tesoro, [www.dt.tesoro.it](http://www.dt.tesoro.it) (cons. 13 maggio 2014).

<sup>18</sup> Si tratta della Direttiva 91/308/CEE del Consiglio «relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite».

reati-base, ben al di là dei delitti concernenti la produzione ed il traffico di stupefacenti, rimandando ad un'accezione più generale ed omnicomprensiva di «attività criminali»<sup>19</sup>.

Il legislatore interno interviene, seppur con ragguardevole ritardo rispetto al panorama internazionale, con la citata legge n. 328 del 1993, in particolare con l'art. 3, riformulando l'ipotesi di cui all'art. 648-*bis* c.p. Si abbandona così quella connotazione «emergenziale» che la legislazione in materia aveva attribuito al reato di riciclaggio, allorquando si era trattato di rispondere alla dilagante diffusione di illeciti, fonte di enormi allarmi sociali, e che, proprio per tale motivo, aveva portato ad una formulazione dei reati-presupposto delle condotte di riciclaggio nella forma del *numerus clausus*. Il fine del legislatore è ora quello di raggiungere una formula omnicomprensiva dell'illiceità della ricchezza proveniente «da delitto non colposo», in conformità con le indicazioni sovranazionali, sulla scia, del resto, della importante intuizione che il lavaggio del denaro non è da ricollegarsi unicamente a specifici reati, ma è legato al crimine in generale<sup>20</sup>.

In base alla nuova formulazione del reato di riciclaggio è punito:

*«Fuori dai casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa (...)».*

La pena della reclusione viene portata ad un massimo edittale di dodici anni, fermo restando il minimo di quattro anni. Sono altresì previste circostanze aggravanti e attenuanti speciali ad effetto comune che verranno analizzate più nello specifico nel corso della trattazione.

Con tale norma, conforme alla citata direttiva europea del 1991, il legislatore interviene, da una parte, sul presupposto del reato e, dall'altra, sulla stessa condotta tipica. Sul fronte dei reati-presupposto, come si è detto, all'enumerazione chiusa della precedente versione si sostituisce ora l'enunciazione aperta che contempla, quali reati da cui possono provenire le utilità oggetto

---

<sup>19</sup> Così come individuate, in precedenza, all'art. 3, par. 1, lett. a) della Convenzione di Vienna. Si veda, sul punto, M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 163.

<sup>20</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale, parte speciale*, vol. II, Giappichelli (Torino), 2014. A proposito dell'estensione del *background* delittuoso a cui si assegna rilievo, ai sensi della fattispecie di riciclaggio, V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 1-2, 52, distingue un modello «vincolato» a una cerchia di delitti-presupposto predeterminati *ex lege*, com'era quello del codice penale italiano nella formulazione precedente alla l. 328/1993 (oggi certamente recessivo), cui si contrappone un modello «aperto», ove assume rilievo la condotta tipica di riciclaggio, avente ad oggetto beni provenienti da un illecito penale (crimine o delitto) non predeterminato (es. codice penale svizzero e francese); la norma italiana sul riciclaggio si inserisce oggi in una posizione più prossima a tale ultimo modello, assegnando rilievo ad ogni «delitto non colposo».

di riciclaggio, tutti i delitti non colposi. Sul lato delle condotte attive l'ampliamento è altrettanto significativo, prevedendosi, accanto alle figure tipizzate (la *sostituzione* e il *trasferimento*), anche una condotta non specificamente tipizzata dalla legge (le *altre operazioni*), con l'elemento unificante di tali condotte costituito dalla idoneità ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni<sup>21</sup>.

Viene così assicurata la tutela penale a tutte e tre le fasi attraverso le quali si realizza il reato di riciclaggio: il «collocamento» teso a trasformare il denaro contante in moneta scritturale o in saldi attivi presso intermediari finanziari; la «stratificazione», la quale comprende qualsiasi operazione che fornisce alla ricchezza proveniente da reato una copertura tale da renderne apparentemente legittima la provenienza; l'integrazione, quando sono ormai «ripuliti» i proventi medesimi nel circuito economico legale.

## 5 Rapporto tra riciclaggio, reimpiego e ricettazione

La più autorevole dottrina<sup>22</sup> ha sempre evidenziato che, per effetto delle modifiche legislative apportate alla fattispecie di riciclaggio dalla riforma di cui all'art. 4, l. 9 agosto 1993, n. 328, la sfera di applicazione dell'art. 648-*bis* c.p. risulta oggi notevolmente ampliata; da ciò consegue, tuttavia, che la linea di confine distintiva tra gli artt. 648, 648-*bis*. e 648 *ter*, prima fondata sulla selezione dei delitti presupposti, è diventata assai ardua da identificare e lascia alla fattispecie di cosiddetto «reimpiego» (art. 648 *ter* c.p.) spazi di applicazione spesso piuttosto angusti.

Costituiscono ormai da molto tempo oggetto di riflessione gli elementi che, per un verso, accomunano e, per altro verso, diversificano la fattispecie di riciclaggio (art. 648-*bis*) rispetto a quelle di cui agli artt. 648 (ricettazione) e 648 *ter*, (cosiddetto delitto di «reimpiego»).<sup>23</sup> Al di fuori dei problemi connessi con l'individuazione dei beni giuridici protetti, per meglio inquadrare la *ratio puniendi* e gli spazi applicativi della fattispecie di riciclaggio risulta necessario

---

<sup>21</sup> Sul punto si vedano, ancora, P. MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, cit., 425, nonché L.D. CERQUA, *op. cit.*, 54.

<sup>22</sup> Si veda in tal senso M. CALDARARO, *Reati contro il patrimonio*, in F. Antolisei (a cura di C.F. Grosso), *Manuale di diritto penale, Parte Speciale, I*, Giuffrè (Milano), 2008, 464 s.

<sup>23</sup> Sugli orientamenti della Suprema Corte rispetto alle previgenti fattispecie di riciclaggio si veda E. RUSSO, *Rapporto tra il delitto di riciclaggio ed i reati di ricettazione, favoreggiamento reale ed associazione per delinquere*, in *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, a cura di A. Manna, Utet (Torino), 2000, 117.

soffermarsi proprio sui rapporti che intercorrono tra questa e le due figure delittuose decisamente affini.

Il delitto di ricettazione, in primo luogo, si pone, per così dire, quale fattispecie «madre», tanto rispetto al delitto di riciclaggio, quanto rispetto al delitto di reimpiego (artt. 648-*bis* e *ter* c.p.); il presupposto comune di tutte e tre le fattispecie incriminatrici è dato dalla provenienza da delitto del denaro o degli altri beni di cui l'agente è venuto a disporre; a specificare poi ulteriormente questa condotta, intervengono gli elementi ulteriori, ed appunto «speciali», propri del delitto di riciclaggio<sup>24</sup>.

A “complicare” ulteriormente il quadro normativo interviene poi il delitto di cui all'art. 648 *ter* del codice penale (cosiddetto «reimpiego»)<sup>25</sup>, testualmente rubricato «*Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*» e oggetto, negli anni, da parte di dottrina e giurisprudenza, di numerosi tentativi di inserimento all'interno del contesto punitivo degli artt. 648 e 648-*bis*.

Per semplificare il discorso, i complessi rapporti tra le tre norme verranno chiariti nel corso della trattazione ogniqualvolta venga ad essere analizzato uno specifico elemento della fattispecie stessa di riciclaggio.

---

<sup>24</sup> Già in Cass. pen., sez. III, 1 ottobre 1996, in *GP*, 1997, III, 275, si precisava che «la differenza tra i delitti di ricettazione e di riciclaggio (...) deve essere ravvisata nella circostanza che il riciclaggio richiede comunque la peculiare finalità di “ripulire” il denaro o il bene di provenienza illecita»; in dottrina, cfr. E. RUSSO, *op. cit.*, 123.

<sup>25</sup> Art. introdotto dalla l. n. 55 del 1990, e successivamente modificato con l. n. 328 del 1993.



## CAPITOLO II

### La condotta tipica e il bene giuridico tutelato

#### 1 La condotta tipica del reato

Il nucleo essenziale che ci permette di intendere in cosa consiste nella pratica il delitto di riciclaggio è costituito dalla condotta, da considerarsi in stretta correlazione con la determinazione dei reati presupposto.

Capire quali siano i profili qualificanti la condotta di riciclaggio è un'operazione non del tutto facile. Una enorme difficoltà deriva necessariamente dal mancato riconoscimento del ruolo dell'ostacolo all'identificazione del *paper trail*. Si riscontra infatti una sua totale assenza nel testo originario dell'art.648-*bis* c.p.; tuttavia la sua successiva introduzione, avvenuta come detto per mezzo della L.19 marzo 1990, n. 55, non è risultata sufficiente affinché, nella prassi, si riconoscesse nel suddetto riferimento uno dei requisiti indispensabili dell'illecito.

Una autorevole interpretazione sviluppatasi prima dell'ultima riformulazione della fattispecie considerava il riciclaggio realizzabile attraverso due diverse ipotesi fattuali: sostituzione di denaro o di altre utilità provenienti da specifici delitti oppure condotta tale da frapporre ostacoli all'identificazione della *res* di provenienza illecita<sup>26</sup>.

Il successivo ed ultimo intervento di modifica ha apportato un significativo contributo alla disciplina in particolar modo per quanto concerne la condotta: la L.9 agosto 1993, n.328, infatti, aggiunge il riferimento all'ipotesi di trasferimento accanto a quella di sostituzione. Si tratta di una vera e propria svolta se consideriamo il fatto che il riferimento alla sola ipotesi di sostituzione, in quanto avente ad oggetto fattispecie apprezzabili esclusivamente sul piano materiale, non era risultato idoneo a coprire i casi in cui il transito della *res* si fosse ottenuto su un piano prettamente giuridico. Tali problematiche non si sarebbero verificate se il legislatore avesse incentrato maggiormente e in maniera più chiara la fattispecie delittuosa sulla proiezione teleologica della condotta verso l'effetto della dissimulazione del *paper trail*.

La mancata focalizzazione della fattispecie su tale profilo teleologico ha spinto il legislatore ad ampliare la previsione alle ipotesi di trasferimento, senza tenere conto che anche esse, tuttavia, dovrebbero essere in qualche modo connotate dall'idoneità alla dissimulazione.

---

<sup>26</sup> Vd. Cass., sez. I, 29 marzo 1993, Cutrì, in Cass. Pen., 1994, p. 3008.

Questo aspetto non è stato minimamente preso in considerazione ai fini della configurazione della fattispecie, ma la presenza dello stesso è sempre stata presunta in ogni ipotesi di sostituzione e trasferimento. La dottrina ha dunque affermato che l'ostacolo all'identificazione della provenienza della res sia il fulcro, il nodo centrale dell'art. 648-*bis* c.p., ma concretamente esso è stato fortemente depauperato della capacità selettiva di cui è effettivamente dotato. In sede processuale esso si tramuta in una presunzione di realizzazione della condotta volta alla dissimulazione del *paper trail*<sup>27</sup>, che viene realmente accertata nel caso concreto solo quando nessuna sostituzione e nessun trasferimento siano effettivamente ravvisabili.

La mera sostituzione o il mero trasferimento della res hanno assunto un ruolo di nucleo e paradigma identificativo dell'intera figura delittuosa cagionandone una vera e propria crisi di identità. L'applicazione di essa risulta dunque affidata ad automatismi sostanziali e probatori incentrati sul semplice tragitto della res, con l'effetto che ogni *accipiens* che non riesca in qualche modo a dare prova contraria sul fronte assai labile dell'elemento soggettivo è minacciato dalla previsione stessa di cui all'art. 648-*bis* c.p.

Se si passa all'analisi delle varie condotte richiamate in precedenza ritengo opportuno richiamare brevemente la storia della fattispecie. Prima dell'entrata in vigore dell'art. 648-*bis* c.p., la fattispecie della ricettazione ha svolto una vera e propria supplenza nella lotta al riciclaggio. Ciò è dimostrato anche dalla collocazione sistematica del delitto di riciclaggio che ci fa capire infatti quanto il legislatore lo abbia concepito come una derivazione di quello del precedente conio. Il difetto nella prima formulazione dell'art. 648-*bis* c.p. di un qualsivoglia riferimento all'ostacolo all'identificazione della provenienza della res comprova come la fattispecie abbia tratto ispirazione dalla stessa neutralità tipica del delitto di ricettazione. *Bisognerà* aspettare più di un decennio per vedere l'elemento dell'ostacolo all'identificazione della provenienza del bene inserito all'interno della fattispecie. Per tali motivazioni è sempre stato precluso uno sviluppo ermeneutico che riconoscesse a questo elemento il ruolo di fulcro dell'intera figura criminosa<sup>28</sup>. Così come è formulata la fattispecie si presta ad un'interpretazione secondo la quale il delitto di riciclaggio si configura come una norma a più fattispecie che vengono posti su un piano di alternatività e non di interdipendenza. Viene infatti affermato che la ripulitura del provento del reato si realizzerebbe o attraverso il rimpiazzo materiale con denaro di lecita provenienza oppure mediante il suo trasferimento giuridico. Questa impostazione comporta di conseguenza

---

<sup>27</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, II, Bologna, 2012, p.246.

<sup>28</sup> CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, p. 104 ss.

una limitazione all'importanza all'ostacolo all'identificazione della provenienza della res. Il requisito della dissimulazione, in questa interpretazione, sarebbe dunque riconducibile alle ipotesi che non comportano né una sostituzione né un trasferimento e cioè quelle menzionate dalla clausola di chiusura dell'art. 548 *bis* c.p.

Ciò comporta che le condotte di sostituzione e trasferimento siano completamente sciolte dal vincolo presente nella chiusura dell'articolo proprio in quanto sono ritenute idonee implicitamente ad integrare il delitto in esame.

Si potrebbe tuttavia, diversamente da quanto previsto dalla norma, riconoscere a qualsiasi tipo di condotta la necessità di essere dissimulativa nel caso concreto, con l'inevitabile effetto che non ogni sostituzione, non ogni trasferimento possano dirsi a priori capaci di evocare l'indicata fattispecie.

Tale impostazione, condivisa da una parte della dottrina, deve essere presa in considerazione in quanto la condotta di riciclaggio sarebbe qualificabile diversamente proprio in ragione dell'evidente capacità lesiva della mera sostituzione o trasferimento; si è infatti osservato che né la sostituzione, né il trasferimento hanno di per sé particolare capacità lesiva, riconoscendosi che “ probabilmente la definizione del confine delle condotte punibili viene rimandata al successivo inciso: in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa”<sup>29</sup>.

Questa è la motivazione fondamentale per cui il riciclaggio non può ricondursi nell'alveo della “mera riutilizzazione della res”<sup>30</sup>.

Non deve sussistere alcun rapporto di implicazione necessaria tra la riutilizzazione e l'effetto dissimulativo. Se così non fosse il delitto di riciclaggio non avrebbe molto senso poiché esso andrebbe a sovrapporsi con la diversa fattispecie dell'art. 648 *ter* c.p.

Il reato dell'art.648-*bis* c.p., ricondotto da parte della dottrina nell'ambito dei “delitti di circolazione e reimpiego di cose o capitali illeciti”<sup>31</sup> non può dirsi abbia ad oggetto “qualsiasi attività rivolta all'immissione di capitali illeciti nel circuito economico, in guisa tale da allontanarli quanto più possibile dalla loro matrice originaria o, comunque, dall'autore dei reati

---

<sup>29</sup> ZANCHETTI, Il riciclaggio di denaro proveniente da reato, Milano, 1997, p. 365.

<sup>30</sup> CONDEMI-DE PASQUALE, Introduzione, in Profili internazionali dell'attività di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti, a cura di Condemmi-De Pasquale, Roma, 2003, p. 36.

<sup>31</sup> FIANDACA-MUSCO, Diritto Penale, parte speciale, II, Bologna; 2012, p. 238.

dai quali scaturiscono”<sup>32</sup>, senza considerare che l’allontanamento di per sé non implica nulla sotto il profilo dell’ostacolo alla piena intellegibilità della loro reale provenienza.

Con questo ragionamento non si vuole negare rilievo penale alla condotta di allontanamento; tuttavia, nel caso in cui questa non abbia una reale capacità decettiva, tale tipo di condotta sarebbe maggiormente incline ad integrare diversi tipi di fattispecie come quella del favoreggiamento reale o della ricettazione.

In conclusione ci si sofferma dunque sul vero elemento che contraddistingue la condotta ovvero l’idoneità ad ostacolare la provenienza delittuosa della res; da tale affermazione si ricava la necessità di una rinnovazione codicistica che vada ad inserire più coerentemente il delitto in questione tra i reati contro l’amministrazione della giustizia.

## **2 La tutela del patrimonio e la plurioffensività**

La questione sul bene giuridico tutelato rappresenta sotto ogni punto di vista uno snodo centrale nella ricostruzione e nella esatta delimitazione della portata di qualsiasi norma penale. Infatti il bene tutelato, ai fini della ricostruzione della fattispecie incriminatrice, rappresenta il criterio selettivo (nei limiti del dato letterale) indispensabile per individuare i fatti vietati, determinando l’espulsione dal tipo legale dei comportamenti inoffensivi.

Con riguardo al reato di riciclaggio, la dottrina si interroga e discute da tempo per fornire un’esaustiva elencazione dei beni giuridici tutelati, in un contesto di continua evoluzione, iniziata negli anni ‘80 e tutt’ora in corso, che caratterizza l’intero complesso normativo di prevenzione e repressione del riciclaggio.

Prendendo in esame la prima versione della norma incriminatrice, la fattispecie di riciclaggio era in sostanza diretta a reprimere una forma speciale di ricettazione e, dunque, rientrava tra i reati contro il patrimonio, coerentemente con la sua collocazione sistematica.

Una risalente pronuncia della Cassazione<sup>33</sup>, aveva operato, a suo tempo, una interessante distinzione riguardo alla fattispecie di riciclaggio, distinguendo due ipotesi fattuali, o “sotto-fattispecie”: il «riciclaggio-ricettazione» e il «riciclaggio-favoreggiamento», cui

---

<sup>32</sup> MAGISTRO, Riciclaggio di capitali illeciti. Rilevanza del fenomeno e strategie di contrasto in materia fiscale, Milano, 1991, p.6.

<sup>33</sup> Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1993, n. 7558, in *Cass. pen.*, 1994, 3008.

corrisponderebbero altrettanti e differenti modi di intendere l'oggetto giuridico, a seconda della "fattispecie-madre" di riferimento.

A proposito dei rapporti tra le fattispecie di ricettazione (art. 648 c.p.), riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.) e reimpiego (art. 648-*ter* c.p.), coerentemente con la tesi che afferma che tra esse sussista un rapporto di specialità, su cui la trattazione si è soffermata nel capitolo precedente, la letteratura penalistica individua infatti una «progressione criminosa», anche sotto il profilo dei beni giuridici tutelati, che procede dalla tutela del patrimonio individuale, passando per quella dell'ordine pubblico, fino ad arrivare alla protezione dell'ordine economico.

Prendendo prima in considerazione i delitti di ricettazione e favoreggiamento reale, quali norme per alcuni versi "originarie", su cui si è in qualche modo modellata e plasmata la fattispecie di cui all'art. 648-*bis*, è dunque possibile ricostruire un quadro abbastanza completo degli interessi protetti nell'ambito della punibilità del fenomeno di riciclaggio. Se rispetto al favoreggiamento reale (art. 379 c.p.) l'interesse protetto è senza dubbio individuabile nell'amministrazione della giustizia, la situazione non è altrettanto chiara per quanto riguarda il delitto di ricettazione (art. 648 c.p.), ritenuto quasi una sorta di diretto «precursore» del delitto di riciclaggio. La esatta identificazione dei profili di tutela connessi a tali fattispecie sarà dunque fondamentale per inquadrare chiaramente i beni protetti nel delitto di riciclaggio

In un primo momento si faceva riferimento per quanto riguarda l'oggetto di tutela della ricettazione al solo patrimonio, corrispondente all'interesse privato della vittima al non verificarsi di eventi ulteriori, tali da aggravare le conseguenze del delitto già subito, che rendessero in tal modo maggiormente difficoltoso il recupero del prodotto del reato. Tale affermazione tuttavia è stata criticata, in quanto si è osservato che la formula impiegata nell'art. 648 c.p. ha una portata tale da ricomprendere, quali delitti presupposti da cui originano il denaro o le cose ricettate, non solo i delitti contro il patrimonio (o lesivi di un interesse patrimoniale), ma tutti i delitti in genere<sup>34</sup>.

Da ciò deriva la tendenza della dottrina a considerare parimenti l'amministrazione della giustizia quale bene tutelato, tanto nel delitto di ricettazione, quanto in quello di favoreggiamento. Si tratta infatti di una condotta di «perpetuazione criminosa» rispetto al delitto-presupposto (da cui originano il denaro o le cose ricettate) e, dunque, collegata anche, in via diretta, con la tutela dell'attività investigativa e di controllo svolta dalle autorità inquirenti. Sotto questo profilo la ricettazione sconta a sua volta il proprio «debito» nei confronti della

---

<sup>34</sup> Né, d'altronde, lascia spazio a dubbi la formula, utilizzata dal legislatore, «qualsiasi delitto».

fattispecie di favoreggiamento reale (art. 379 c.p.); favoreggiamento che, d'altronde, come si è osservato, è tradizionalmente considerato un reato contro l'amministrazione della giustizia.

Così intesa, la ricettazione, pur rimanendo un delitto con una forte connotazione in senso patrimoniale (giustificata anche dal riferimento al dolo specifico di profitto), assume anche un ulteriore ruolo speciale di «tutela, in via diretta, delle indagini sulla provenienza criminosa dei beni: indagini attraverso le quali la giustizia intende colpire gli autori dei reati base». Ciò risponde peraltro all'esigenza di «separare» la fattispecie da un'accezione classica di patrimonio, che si rivela inadeguata specie a fronte del novero amplissimo dei reati-presupposto che è costituito, nella ricettazione, da tutti i delitti e non solo da quelli che il codice classifica «contro il patrimonio».

Se il reato di riciclaggio viene ad essere considerato una forma speciale di favoreggiamento reale, oltretutto come una forma speciale di ricettazione occorre mutuare da dette fattispecie anche gli specifici oggetti di tutela. In questo modo si giunge a concludere che l'art. 648-*bis* introduce nel nostro ordinamento un delitto «plurioffensivo», in cui può notarsi, in via diretta, la tutela dell'amministrazione della giustizia e non solo quella del patrimonio<sup>35</sup>; un bene, quello del patrimonio che perde certamente il suo ruolo centrale rispetto alle condotte di riciclaggio, se si considera che il novero dei reati-presupposto è costituito da tutti i delitti non colposi e non solo da quelli classificati «contro il patrimonio», contenuti nel titolo XII del libro secondo del codice penale.

Secondo una convincente impostazione l'amministrazione della giustizia si considera come un bene costantemente offeso, posto il tenore letterale della norma, che richiama l'idoneità dissimulativa delle condotte, mentre, di volta in volta, vi si possono affiancare, a seconda della fattispecie concreta, la tutela dell'ordine pubblico e dell'ordine economico; quella del patrimonio si configura dunque come una sorta di tutela del tutto secondaria, potendo mancare, nelle condotte di riciclaggio un'offesa patrimoniale.

È concordemente sostenuto che la corretta amministrazione della giustizia occupa una posizione preminente quale bene tutelato, posto che tutte le condotte, tipiche e atipiche, oggi descritte dall'art. 648-*bis* c.p. devono essere idonee ad ostacolare l'identificazione della

---

<sup>35</sup> Sulla qualificazione plurioffensiva del reato si è espressa anche C. Cost. 19 luglio 2000, n. 302, in *Cass. pen.*, 2001, 16. In tal senso, in dottrina, G.M. SOLDI, *op. cit.*, 495; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., 4738; in particolare M. CALDARARO, *Reati contro il patrimonio*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, vol. I*, cit., 463, sostiene che il riciclaggio costituisce una «ipotesi particolare di intromissione volta a far realizzare un illecito profitto» e che, pertanto, «la ragione del punire è quella che presiede il delitto di ricettazione, pur dovendosi riconoscere che il delitto offende anche l'amministrazione della giustizia».

provenienza delittuosa dei capitali illeciti, in modo da comportare un «ostacolo» all'accertamento dei reati-presupposto da parte dell'Autorità Giudiziaria<sup>36</sup>.

Taluni Autori hanno evidenziato la preminenza della tutela dell'amministrazione della giustizia, rispetto a quella del bene patrimonio, considerando un più articolato schema teorico, in base al quale si distinguono interessi giuridici di tipo «strumentale» o immediato, quale sarebbe appunto l'amministrazione della giustizia, rispetto ad altri interessi, di tipo «finale» o mediato, fra cui si fa rientrare invece la protezione della dimensione patrimoniale<sup>37</sup>.

Bisogna tuttavia osservare come una qualsiasi operazione effettuata da un soggetto su una somma di denaro o su altri beni di provenienza delittuosa non necessariamente integra il delitto di riciclaggio, almeno fin quando questa non sia effettivamente ed in concreto idonea ad «ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa» (art. 648-*bis*, comma 1, c.p.).

Partendo da tale impostazione risulta maggiormente chiara la natura di bene «strumentale» dell'amministrazione della giustizia, quale interesse frapposto tra la norma incriminatrice e la tutela «ultima» del patrimonio della vittima (nelle differenti accezioni che questa tutela può assumere); proprio la lesione, o la messa in pericolo, del regolare andamento della giustizia viene dunque in rilievo immediatamente dopo la condotta riciclativa andando a incidere direttamente sul momento consumativo del reato. Da questo profilo di tutela «strumentale» si distinguono i beni giuridici «finali» o «mediati», i quali, pur presenti nell'economia della fattispecie, rimangono sostanzialmente sullo sfondo, nel senso che la loro lesione o messa in pericolo non incide direttamente sul momento consumativo.

L'intermediazione (*layering*) tipica del riciclaggio per un verso fa rientrare nell'oggetto di tutela (quale bene strumentale) l'amministrazione della giustizia, e per l'altro porta a ricomprendere, anche se in secondo piano, la protezione di interessi «mediati» (o finali). Tali beni non sono altro che quegli interessi e beni giuridici lesi dai reati-presupposto, di cui le condotte in questione costituiscono una «perpetuazione»: innanzitutto la tutela del patrimonio

---

<sup>36</sup> Il riciclaggio viene infatti definito quale «reato ostacolo» nei confronti dei crimini presupposti; in tal senso G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 4737; V. MANES, *op. cit.*, 59; P. MAGRI, *op. loc. ult. cit.*; Secondo A MANNA, *op. cit.*, 55, tale ultimo profilo di oggettività giuridica sarebbe da considerare prevalente sulla tutela patrimoniale della vittima del reato, la quale si porrebbe, anzi, nettamente in secondo piano; circostanza, quest'ultima, che rende assai poco giustificabile la collocazione della norma tra i delitti contro il patrimonio, la quale rimarrebbe supportata da una mera esigenza «sistemica», dettata dalla volontà del legislatore di «mantenere il riciclaggio immediatamente a seguito della ricettazione, fattispecie da cui esso trae origine».

<sup>37</sup> A MANNA, *op. cit.*, 56 s., desume la distinzione tra beni strumentali e finali a partire dal ruolo del dolo specifico all'interno dell'art. 648 c.p., che farebbe della ricettazione un tipico reato di pericolo concreto con dolo di danno.

(in senso privatistico e pubblicistico), che viene però declinata sotto accezioni via via differenti e sempre più proiettate verso una tutela di valenza pubblicistica.

### 3 La differenza tra beni strumentali e beni finali

Prima di procedere a trattare in maniera specifica e maggiormente approfondita i diversi profili di tutela, anche al fine di porre ordine sul vasto panorama dei diversi interessi in gioco, ritengo sia opportuno richiamare la già più volte accennata distinzione tra beni giuridici strumentali e finali.

Prendendo dapprima in considerazione i beni e gli interessi finali, i quali costituiscono l'oggetto *ultimo* della tutela (il patrimonio, così come l'ordine pubblico e quello economico), l'intervento penale è per così dire anticipato, poiché prescinde dalla concreta lesione di tali beni ma riguarda nello specifico una loro «messa in pericolo»; a differenza dei beni e degli interessi strumentali che sono oggetto di concreta e diretta lesione nella condotta del soggetto agente.

#### 3.1 *La tutela dell'ordine pubblico, del risparmio-investimento e dell'amministrazione della giustizia*

Applicando lo schema teorico, descritto nel paragrafo precedente, alla fattispecie di riciclaggio, possiamo osservare che l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia (quale interesse tutelato) non potrà che rivestire il ruolo di bene strumentale, in quanto è oggetto di concreta lesione nel momento in cui viene messa in atto una qualsiasi operazione di riciclaggio, *ex art. 648-bis c.p.*; viceversa, l'ordine economico e l'ordine pubblico, che sono gli altri due beni protetti, saranno suscettibili di essere messi in pericolo e andranno perciò qualificati quali beni giuridici *ultimi* o finali.

Da ciò consegue che quel ruolo, proprio del bene giuridico, di delimitazione dell'ambito del penalmente rilevante si riscontra esclusivamente nel bene strumentale (amministrazione della giustizia), poiché nell'*art. 648-bis* tale funzione di delimitazione è stata esplicitata dal legislatore nel requisito dell'idoneità delle condotte ad «ostacolare l'identificazione» della provenienza delittuosa dei beni. Si può ben affermare dunque che il bene giuridico dell'amministrazione della giustizia costituisce, in definitiva, «il nucleo dell'offesa del delitto di



riciclaggio», a cui si ricollegano ulteriori e secondari interessi di natura eterogenea, riconducibili al novero dei beni finali.

Per giungere a mettere in pericolo questi ultimi (l'ordine pubblico e l'ordine economico), è necessario, tuttavia, che la sostituzione del denaro «sporco» o le altre operazioni, ricomprese nell'ambito della fattispecie, siano attuate proprio mediante condotte che abbiano «ostacolato» l'identificazione della provenienza illecita dei beni o del denaro da parte delle forze dell'ordine e delle autorità investigative, ovvero di condotte che abbiano leso, *in primis*, il bene giuridico strumentale.

Il discorso fin qui effettuato sul bene giuridico tutelato non volge ancora al termine, in quanto se ci si limitasse a parlare della sola amministrazione della giustizia e del bene patrimonio, mutuando i profili di tutela offerti dalle «fattispecie-madri» del riciclaggio non si arriverebbe a dare un quadro esaustivo alla fattispecie in esame; non si riuscirebbe a giustificare la scelta operata dal legislatore di introdurre, accanto ai reati di ricettazione e favoreggiamento reale, anche il riciclaggio e il reimpiego dei beni «ripuliti» in attività economiche o finanziarie «lecite».

Occorre passare a valutare dettagliatamente i diversi profili di tutela, sul versante dei beni «finali», i quali costituiscono una sorta di proiezione della tutela primaria dell'amministrazione della giustizia; ci riferiamo innanzitutto, alla tutela dell'«ordine pubblico»: non vi è dubbio che l'art. 648-*bis* partecipi alla tutela dell'ordine pubblico in quanto lo stesso mira a facilitare l'accertamento della responsabilità degli autori dei reati-presupposto; basti pensare a tal riguardo ai fenomeni di criminalità organizzata che, da sempre, sono dediti all'attività di riciclaggio di enormi quantitativi di denaro, successivamente reimmessi nei circuiti economici e finanziari leciti. Tale interpretazione è assolutamente coerente con la definizione del riciclaggio quale «reato-ostacolo», ormai particolarmente diffusa, fondata sulla clausola di idoneità espressamente prevista dall'art. 648-*bis* c.p.

#### **4 La tutela del profilo “dinamico” del bene patrimonio**

Dopo tali argomentazioni bisogna ora porre l'attenzione sull'aspetto «dinamico» del fenomeno del riciclaggio nel suo insieme: possiamo osservare che dalla enorme mole di capitali movimentati e reintrodotti fraudolentemente nel circuito economico tradizionale, deriva un

*vulnus* crescente in danno della libera concorrenza e dell'andamento delle normali regole del mercato. Ciò ha portato la dottrina, in maniera quasi unanime, a comprendere, sempre tra i beni «finali» un ulteriore e più articolato profilo di tutela che riveste oggi un ruolo centrale nella fattispecie di riciclaggio, utile inoltre per distinguere tale figura criminosa rispetto alle fattispecie da cui essa trae origine: esso è sintetizzabile nella tutela del profilo «dinamico» del bene patrimonio.

Se si considerano, in particolare, le condotte riciclatrici quali fasi di un fenomeno complesso e, *latu sensu*, «unitario» di riciclaggio, incidenti, in ultima analisi, sull'«ordine economico» si comprende come tale fenomeno possa avere ripercussioni negative «sullo stesso tessuto connettivo dei rapporti sociali, atteso anche che i reati in discorso sono prevalentemente appannaggio della criminalità organizzata»<sup>38</sup>.

Proprio la violazione dei principi del libero mercato, che configura quale oggetto giuridico del riciclaggio-reimpiego il bene dell'ordine economico, restituisce dignità ed attualità di contenuto al bene «patrimonio», che abbiamo visto in certo qual modo relegato dalla dottrina a mero oggetto indiretto di tutela:<sup>39</sup> si coglie immediatamente l'importanza della tutela del corretto *modus operandi* dei soggetti economici nel mercato lecito.

Ulteriore bene giuridico tutelato dalla norma si ravvisa nella «tutela del risparmio e dell'investimento privato» che, fra l'altro, sposta il riferimento ai valori costituzionalmente protetti dall'art. 42 Cost.<sup>40</sup> (tutela della proprietà) all'art. 47 Cost.<sup>41</sup> (tutela del risparmio)<sup>42</sup>, operando ancora nella direzione di una «pubblicizzazione» degli interessi tutelati.

---

<sup>38</sup> Così, A. MANNA, *op. ult. cit.*, 58 s. e 65 s. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. II, 12 giugno 2008, n. 25773, CED 241444, secondo cui il riciclaggio sarebbe volto alla tutela del patrimonio e dell'ordine economico.

<sup>39</sup> M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 391 s., sostiene in particolare che, specie alla luce dell'ultima riformulazione delle fattispecie, intervenuta con la l. 328 del 1993, quello dell'ordine economico è divenuto oggetto di tutela tipico, in particolare, della fattispecie di reimpiego (art. 648-*ter*), tutela che avrebbe invece assunto posizione subordinata nell'art. 648-*bis* c.p., ove prevarrebbe l'interesse per il buon funzionamento della giustizia, funzionale, a sua volta, a garantire la correttezza del mercato.

<sup>40</sup> Art. 42 “La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”.

<sup>41</sup> Art. 47 “La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.”

<sup>42</sup> «La crescente finanziarizzazione della ricchezza ha, infatti, mutato in modo sostanziale la configurazione del patrimonio, oggi meno identificabile in un concetto “statico” e sempre più coincidente con il concetto “dinamico” di investimento».

Come la dottrina ha precisato, tale tutela del «risparmio-investimento» non si riferisce ad una eliminazione di qualsiasi rischio d'impresa (tipico di ciascuna attività nel libero mercato), bensì è finalizzata alla «prevenzione di “turbamenti anomali” delle pari condizioni di rischio» cui dovrebbero essere esposti tutti i singoli operatori economici: il riciclaggio costituisce, in tale contesto, «un fattore particolarmente grave di alterazione delle regole, di destabilizzazione del mercato». Considerando in questo contesto la stretta correlazione tra riciclaggio e criminalità organizzata emerge quanto questa agisca come moltiplicatore dell'inquinamento criminale: al crescere della disponibilità economica e finanziaria delle organizzazioni criminali si avverte una significativa diminuzione delle quote di risorse delle imprese lecite. Si assisterà dunque ad un danno sia per l'ordine economico a causa dello squilibrio che viene a determinarsi e sia per l'ordine pubblico poiché si ha un aumento delle attività illecite.

Ora il ragionamento volge alla prospettiva di tutela propria dell'ultimo «anello» di quella catena delittuosa che abbiamo visto snodarsi dal favoreggiamento reale, alla ricettazione, fino al riciclaggio: si tratta della fattispecie di cosiddetto reimpiego, posta all'apice della suddetta «progressione criminosa»; fattispecie che non può essere lasciata fuori da un complessivo ragionamento sull'oggetto giuridico del fenomeno, unitariamente inteso, di riciclaggio-reimpiego.

L'operatività di questa norma sembra orientata, in particolar modo, alla tutela dell'ordine economico dalle possibili contaminazioni ad opera dei capitali illeciti, ripuliti e reimmessi nel circuito economico-finanziario, secondo le condotte tipiche di cui all'art. 648-*bis* c.p. Si ritiene, in dottrina, che tra i beni offesi da tale condotta, oltre al citato ordine economico (comprendente i profili di tutela del risparmio-investimento di cui si è detto ai paragrafi precedenti) non rientri anche quello dell'amministrazione della giustizia: nello specifico tale conclusione sarebbe supportata dalla mancanza, nell'art. 648-*ter* c.p., del riferimento allo scopo di «ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni», che farebbe del reinvestimento dei capitali di provenienza criminosa una mera fase «ulteriore» del processo di riciclaggio, lesiva della collettività dei risparmiatori onesti.

Come è stato giustamente osservato, tuttavia, l'assenza di un riferimento esplicito, nel dato letterale dell'art. 648-*ter* c.p. all'elemento costitutivo dell'ostacolo all'identificabilità della provenienza delittuosa dei beni, non costituisce una valida argomentazione per sostenere che tale requisito non sia implicitamente richiamato dalla fattispecie: al contrario, così come è evidente che un qualsiasi acquisto e successivo trasferimento di un determinato bene di origine

delittuosa comporta maggiori difficoltà nella sua individuazione da parte dell'autorità giudiziaria, allo stesso modo ciò si verifica, a mio avviso anche con maggiore incidenza, tramite il reimpiego dello stesso bene, che, con il reinserimento in circolazione nel mercato tradizionale, viene a confondersi con altri beni di provenienza lecita.

Ad una differenza «formale» di elementi tra le fattispecie di reimpiego e quella di riciclaggio non si accompagna dunque una diversità sul bene giuridico tutelato, almeno con riguardo all'interesse «strumentale» all'identificazione dell'origine dei beni (vale a dire con riguardo al buon andamento della giustizia).

Tale situazione di incertezza ci rimanda a trattare la problematica dei rapporti tra le due fattispecie, anche sotto il profilo dell'oggettività giuridica: se, come si è visto, la condotta di reimpiego (art. 648-*ter* c.p.) vuole esprimere il momento maggiormente lesivo dell'intero fenomeno del riciclaggio, non si comprende per quale motivo non sia stata richiamata l'idoneità della condotta a porre un «ostacolo all'identificazione della provenienza» del denaro o dei beni reimpiegati.

Addirittura il legislatore ha inserito una clausola di riserva espressa che, di fatto, impone la configurabilità dell'art. 648-*bis* c.p. qualora si configuri tale «ostacolo all'identificazione» dell'origine dei beni, ritenendosi in tal caso la condotta di reimpiego totalmente ricompresa fra le «atre operazioni» di cui all'art. 648-*bis* c.p. Risulta dunque inspiegabile come la fattispecie «culmine» della progressione criminosa possa finire praticamente sempre inapplicata; d'altronde non potrebbe essere altrimenti alla luce del dato testuale vigente dal quale non si può ricavare alcuno spazio autonomo di operatività per il reato di reimpiego, a meno che si ipotizzino - per evitare di ricadere nella clausola di riserva - condotte di reinvestimento di capitali illeciti «inidonee ad ostacolare l'identificazione dell'origine dei beni»; circostanza che ovviamente appare difficilmente configurabile<sup>43</sup>.

Si ritorna così, ancora una volta, a constatare la sostanziale inapplicabilità dell'art. 648-*ter* di fronte all'infelice clausola di riserva, voluta dal legislatore, che fa del reimpiego una «norma largamente simbolica», anche sotto il profilo dei beni giuridici tutelati: infatti proprio l'eliminazione dalle prospettive di tutela di beni immediati e strumentali, quali quelli legati all'amministrazione della giustizia, relega la norma alla protezione di meri beni finali, non

---

<sup>43</sup> Così A. MANNA, *op. cit.*, 64 e M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 452, il quale annovera, fra i casi in cui residuerebbe uno spazio di autonomia per l'art. 648-*ter* c.p., anche quello dell'«impiego» di beni provenienti da delitto colposo (non essendo richiamata, nella fattispecie di reimpiego, l'esclusione dei beni provenienti da tali delitti, prevista invece per il riciclaggio).

direttamente lesi dalle condotte in oggetto, con significativi problemi di inapplicabilità e mancanza di effettività.

## 5 Schematizzazione del complesso panorama degli interessi tutelati

Concludendo si può dunque affermare che i beni giuridici tutelati dalla fattispecie di cui all'art. 648-*bis* c.p. sono costituiti, in ultima analisi, dal corretto e ordinato svolgimento delle attività economiche e finanziarie, nonché dalla corretta e ordinata amministrazione della giustizia. Più nel dettaglio si è cercato di delineare il complesso panorama degli interessi tutelati attraverso una schematizzazione in tre punti fondamentali: 1) l'interesse (strumentale) all'identificabilità della provenienza delittuosa dei beni; 2) l'interesse (intermedio) al buon andamento e alla corretta amministrazione della giustizia; 3) l'interesse (finale) dell'economia pubblica - dunque collettivo - a che vi sia un corretto svolgimento dei rapporti economici sul mercato e dunque una leale concorrenza.

Quanto detto ci porta a riflettere con attenzione su quella tesi dottrina che individua nel riciclaggio un delitto contro l'economia pubblica, piuttosto che - come si evincerebbe dalla sua collocazione nel Codice - contro il patrimonio. Si sostiene infatti che l'ampiezza delle «classi» dei reati-presupposto contemplati dall'art. 648-*bis* c.p. non consente di inquadrare il riciclaggio alla stregua di una mera tutela complementare o secondaria di beni giuridici già lesi dai suddetti reati (al fine di evitare che la loro lesione sia portata a conseguenze ulteriori); in altre parole sarebbe da escludere che quella del riciclaggio costituisca una tutela «di secondo grado» (come l'hanno definita alcuni autori) dei beni protetti dai medesimi reati presupposto.

Ciò, tuttavia, non permette di escludere dall'oggetto di tutela della fattispecie il bene patrimonio, seppure inteso sotto un punto di vista «dinamico»: tale tutela va espandendosi sempre più verso i profili del risparmio e dell'investimento. All'interno di questa gamma assai ampia di significati che il bene patrimonio assume, si tende dunque oggi a privilegiare un'accezione più vicina al concetto di «economia pubblica, affine ai concetti di libero mercato e di libera concorrenza.

Come si è già avuto modo di evidenziare, tuttavia, non può destinarsi ai beni della concorrenza e dell'«economia pubblica» il ruolo di selezione dei fatti punibili, poiché si tratta solamente di beni finali, non direttamente chiamati in gioco dal tenore letterale della fattispecie:

i singoli episodi di riciclaggio, infatti, non offendono necessariamente tali beni, «se non nel senso di una sfumata messa in pericolo». La tutela strumentale «immediata» del riciclaggio è perciò sempre ricondotta al bene cardine dell'amministrazione della giustizia, vero criterio per la selezione dei fatti offensivi.

Non mancano, peraltro, Autori che rilevano l'opportunità di «spostare» l'attuale delitto di riciclaggio (e dunque, anche quello di reimpiego) in un apposito capo del codice dedicato ai delitti contro l'economia pubblica, almeno con riferimento a quelle condotte «finalizzate a immettere il denaro sporco in attività economiche o finanziarie, con la conseguente prospettiva di un inquinamento del mercato».

Non a caso nel 2013, la Commissione Greco<sup>44</sup>, istituita in seno al Ministero della Giustizia, ha avanzato l'ipotesi di ricollocare la fattispecie attuale di cui all'art. 648-*bis* c.p. (unitamente ad una nuova ipotesi, quella del cosiddetto *autoriciclaggio*, di cui la trattazione si occuperà in una specifica sezione) in un apposito capo dedicato ai delitti «contro l'ordine economico e finanziario».

---

<sup>44</sup> Si tratta della «Commissione Greco per lo studio sull'autoriciclaggio».

### CAPITOLO III

## L'elemento soggettivo

### 1 Dal dolo specifico al dolo generico

Per quanto riguarda la trattazione dell'elemento soggettivo della fattispecie bisogna partire dalla constatazione che la vigente formulazione dell'art. 648-*bis* c.p. descrive un reato «di azione», e non «di evento», in quanto consistente nel mero compimento di una delle condotte alternativamente descritte dalla norma, su beni provenienti da un delitto, unitamente al requisito dell'idoneità lesiva (in modo da ostacolare» la ricostruzione del *paper trail*).

In tal senso è dunque irrilevante che la condotta posta in essere raggiunga effettivamente lo scopo di ostacolare le indagini sulla provenienza dei beni: ciò che è demandato al giudice è accertare soltanto l'idoneità della condotta a porre in essere un simile ostacolo; pertanto è unicamente su questo aspetto che dovrà ricadere l'indagine sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

Mentre nella sua formulazione originaria l'art. 648-*bis* c.p. si presentava come reato a dolo specifico<sup>45</sup>, laddove il fine del profitto o dell'aiuto era individuabile come strumento, adottato dal legislatore, per punire quelle condotte che fossero, in concreto, adeguate alla realizzazione del fine illecito, con le successive riforme del 1990 e 1993 il dolo specifico venne sostanzialmente abbandonato, a favore di una selezione, individuabile già in astratto, delle modalità della condotta: si volle così dare maggiore pregnanza all'effettivo perseguimento della finalità da parte del soggetto, richiedendosi, accanto alla condotta di sostituzione, prima l'ostacolo alla identificazione dell'origine illecita e poi l'idoneità lesiva del comportamento «in modo da ostacolare l'identificazione» della provenienza illecita dei beni.

La norma, dunque, è priva attualmente di qualsiasi riferimento ad una intenzione specifica o a scopi di profitto o di lucro da parte del soggetto agente, essendo costruita in forma di reato

---

<sup>45</sup> G. FORTE, *L'elemento soggettivo nel riciclaggio*, in A. Manna (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, cit., 168 s., riconduce infatti l'originaria fattispecie di riciclaggio agli scopi tipici della ricettazione e del favoreggiamento, richiedendosi contemporaneamente la rappresentazione della condotta diretta alla sostituzione, del denaro o dei valori, e la consapevolezza che questi provenissero da determinati delitti, unitamente alla volontà di procurare a sé o ad altri un profitto, ovvero di aiutare gli autori dei reati presupposti ad assicurarsi il profitto stesso. È appena il caso di ricordare come la dottrina maggioritaria (cfr., per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. ult. cit.*, 324) sia concorde nel definire il dolo specifico come quella finalità ulteriore e particolare che l'agente deve prendere di mira, ma che non è necessario si realizzi effettivamente perché si configuri il reato.

di pericolo concreto: ci troviamo pertanto dinanzi ad una fattispecie a dolo generico<sup>46</sup>, anziché specifico, per la cui integrazione sono sufficienti la coscienza e la volontà di porre in essere una delle condotte descritte dalla norma (sostituire, trasferire o compiere altre operazioni) su denaro o beni o altre utilità di provenienza delittuosa, in modo da ostacolarne l'accertamento.

Quest'ultima formulazione si discosta peraltro in modo evidente dal dolo specifico, come del resto si ricava confrontandola con la definizione di riciclaggio fornita dalla Convenzione di Strasburgo del 1980: all'art. 6, infatti, si parla di comportamenti punibili consistenti nella «conversione o trasferimento di beni (...) allo scopo di occultare o dissimulare l'illecita provenienza dei beni stessi o aiutare persone coinvolte». Secondo la Convenzione non è dunque tanto la conversione o il trasferimento in sé considerato a determinare il nucleo di disvalore del reato, quanto il loro diverso connotarsi in quanto diretti verso l'occultamento o la dissimulazione<sup>47</sup>.

## 2 Il dolo nell'attuale fattispecie

L'elemento centrale del dolo, nella formulazione attuale, risulta dunque essere dato dalla sola idoneità della condotta (di cui l'agente sia consapevole) a concretare (con ragionevole certezza) il pericolo descritto dalla fattispecie: formulazione che è dunque compatibile con il dolo diretto, non essendo richiesto che la condotta medesima sia univocamente indirizzata a cagionare tale pericolo (nel qual caso si tratterebbe di dolo intenzionale)<sup>48</sup>.

Appare, inoltre, del tutto risolta la questione che si riscontrava nelle precedenti formulazioni, relativa alla presenza di un elenco chiuso di delitti base che rendeva assai difficoltoso provare adeguatamente il dolo<sup>49</sup>: si trattava infatti di dimostrare che il riciclatore, per definizione estraneo alla commissione del reato-presupposto, fosse a conoscenza della provenienza dei beni proprio da uno degli specifici delitti previsti. Ciò costituiva, ovviamente,

---

<sup>46</sup> In tal senso è orientata la dottrina prevalente: in particolare, secondo G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. ult. cit.*, 252, la formula «in modo da ostacolare» non può essere interpretata come indicatrice di una specifica finalità; in tali termini anche M. ZANCHETTI, *op. loc. ult. cit.*.

<sup>47</sup> G. FORTE, *op. cit.*, 179.

<sup>48</sup> In tal senso, M. ZANCHETTI, *op. loc. ult. cit.*, il quale nota come, per l'integrazione del dolo, sia sufficiente da parte del soggetto attivo la rappresentazione del fatto che si sta agendo in modo certamente idoneo a cagionare il pericolo descritto, essendo indifferente la realizzazione del fatto.

<sup>49</sup> Circostanza riscontrata, fra gli altri, da G. FORTE, *op. cit.*, 165 s., il quale lega la necessaria conoscenza che la norma richiedeva, da parte del soggetto attivo, degli esatti presupposti del reato (compresa la provenienza dei beni da uno specifico reato) al disposto dell'art. 47 c.p., essendo i presupposti parte integrante del fatto di reato; cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. ult. cit.*, 315.



una *probatio diabolica* che, in più di un caso, aveva aperto la strada a letture estensive dell'elemento soggettivo, fino a ricomprendervi ipotesi di dolo eventuale (l'accettazione del rischio che i beni provenissero da un determinato delitto) ed, in alcuni casi, addirittura di colpa cosciente (l'aver ignorato, con colpa, la possibilità che i beni potessero provenire da un generico delitto fra cui, eventualmente, anche uno di quelli previsti dalla norma). Oggi, come si è visto, risultano esclusi dal novero dei delitti-presupposto le sole contravvenzioni ed i delitti colposi e l'oggetto del dolo, con riferimento al delitto-presupposto, si estende alla sola consapevolezza generica del fatto che vi sia un delitto a monte da cui provengono il denaro, i beni o le altre utilità<sup>50</sup>.

Secondo parte della dottrina, posta oggi la tendenziale onnicomprensività delle condotte tipizzate dalla norma (specie con riferimento alle «altre operazioni») che, come visto, finisce per avvicinare la fattispecie a quella di ricettazione, si corre il rischio di ridurre le questioni concernenti il dolo alla mera rappresentazione della provenienza della *res* dal reato presupposto.<sup>51</sup> È ovvio che quest'ultimo costituisce un fondamentale momento cognitivo del dolo e, dunque, un presupposto centrale per la rilevanza penale delle suddette condotte, ma risulta piuttosto riduttivo relegare l'operatività dell'elemento soggettivo alla sola fase del delitto-presupposto e della provenienza dei beni, trascurando così le questioni che attengono alla consapevolezza della portata dissimulatoria della condotta attiva in sé.

Sembra dunque corretto fare riferimento a quella definizione del dolo di riciclaggio che presenta la combinazione di due elementi: da un lato la consapevolezza della provenienza genericamente illecita (da delitto doloso) della *res* e dall'altro la consapevolezza e volontaria esecuzione di una delle condotte tipiche. Il primo elemento si riferisce perciò alla rappresentazione dei presupposti del reato, mentre il secondo concerne più propriamente il momento volitivo della condotta attiva<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> P. MAGRI, *op. cit.*, 459 s. In proposito G. FORTE, *op. cit.*, nota come, con la vigente formulazione, non è necessario che l'autore del reato «abbia la completa cognizione delle circostanze di tempo, di modo e di luogo del delitto presupposto, essendo sufficiente la consapevolezza di trasferire cose provenienti da delitto, qualunque esso sia»; per la medesima ragione, «è irrilevante l'erroneo convincimento da parte dell'agente che il fatto, oggettivamente presupposto, configuri un delitto diverso da quello effettivamente realizzato». È evidente, come nota il medesimo Autore, che l'onere di provare la consapevolezza del soggetto in ordine alla provenienza delittuosa del denaro o dei beni spetta all'accusa (dunque al p.m.).

<sup>51</sup> Così, fra gli altri, S. FAIELLA, *op. cit.*, il quale nota appunto come «l'equiparazione del delitto di riciclaggio a quello di ricettazione finisce (...) per ridurre le questioni sul dolo alla mera rappresentazione sul reato presupposto e, quindi, sulla *provenienza* della *res*. Ne consegue che assai difficilmente possono assumere rilevanza questioni in merito alla percezione da parte dell'*accipiens* sulla portata dissimulatoria della condotta in sé».

<sup>52</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, II*, cit., 255. S. FAIELLA, *op. cit.*, nota, in proposito, come «la essenziale complessità della manovra che caratterizza la fattispecie sul piano oggettivo implica un maggior rilievo del momento *rappresentativo-volitivo*».

Sul versante della consapevolezza dell'origine illecita dei beni, vale a dire della loro provenienza da delitto doloso, si riscontrano delicati problemi di accertamento, di cui la dottrina si occupa ampiamente da tempo<sup>53</sup>, analogamente a quanto accade in tema di ricettazione. Bisogna, innanzitutto, precisare che le caratteristiche dei beni, che costituiscono l'oggetto materiale della condotta, unitamente ad altre caratteristiche desumibili dalle circostanze concrete dell'azione, possono rappresentare elementi utili per desumere la consapevolezza dell'agente in ordine alla provenienza: a tal fine sono fondamentali le caratteristiche con cui si presentano il denaro o i beni (ad esempio una massa ingente di banconote di piccolo taglio), oppure le caratteristiche del soggetto cui tali beni sono riferibili (ad esempio un soggetto a rischio, indiziato per appartenenza ad un'associazione criminale, un soggetto la cui attività non giustifica determinate disponibilità di denaro ecc.), o ancora rilevano le modalità particolari con cui viene eseguita l'operazione particolare (si pensi a modalità di trasferimento del denaro o dei beni mediante forme di trasporto clandestino o mezzi particolarmente complessi ed inusuali)<sup>54</sup>.

La Cassazione ha poi stabilito, in proposito, che, quando gli indizi raccolti sono così gravi ed univoci tali da indurre alla logica conclusione che i beni ricevuti provengano da un delitto specifico, allora è desumibile la scienza dell'agente in ordine alla provenienza dei medesimi beni.

Sul versante della condotta vera e propria, intesa nella sua accezione attiva, l'oggetto del dolo necessita della consapevolezza e della volontà di agire in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza criminosa dei beni, non essendo più prevista la finalità specifica del profitto.

### **3 Colpa e dolo eventuale: critiche sulla conferibilità**

La punibilità a titolo di dolo eventuale, nello specifico nel reato di riciclaggio, costituisce da ormai molto tempo uno dei punti maggiormente dibattuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza ; ipotesi, questa, che spesso gli interpreti si trovano ad affrontare nei casi concreti in cui, a difesa dell'imputato, venga avanzata l'ipotesi di un dubbio su uno o più

---

<sup>53</sup> F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, Parte speciale, vol. I, 427.

<sup>54</sup> In tal senso P. MAGRI, *op. cit.*, il quale osserva che la stessa finalità di lucro, pur non essendo un elemento costitutivamente richiesto dalla fattispecie, può costituire un utile indice per dimostrare la sussistenza del dolo in capo al soggetto percipiente (lo stesso vale per l'inosservanza della normativa antiriciclaggio).

presupposti del reato fra cui, *in primis*, la provenienza della *res* da un delitto non colposo, come indica l'art. 648-*bis* c.p. Una eventualità che effettivamente ricorre molto frequentemente, non senza evidenti criticità, nell'attività degli intermediari finanziari i quali, nella loro consueta realtà operativa, possono trovarsi a compiere attività materialmente qualificabili come riciclaggio proprio a seguito della configurabilità del dolo eventuale<sup>55</sup>.

Tale forma di dolo è legata, evidentemente, ai reati ad evento naturalistico, rispetto ai quali esso si configura come accettazione del rischio che tale evento si verifichi: si discute, pertanto, se una simile forma di dolo possa rilevare anche nel riciclaggio che non è ricompreso nei reati ad evento, trattandosi di un «reato accessorio» di mera condotta che vede, tra i presupposti della condotta tipica, i cosiddetti delitti-fonte<sup>56</sup>. Per tale ragione, risulta evidente che, nel caso del riciclaggio, la forma eventuale del dolo, in astratto, andrebbe più opportunamente indicata non tanto (o non solo) come *accettazione del rischio* di verificazione dell'evento, quanto piuttosto come *dubbio sull'esistenza di un elemento essenziale del fatto di reato*, qual è, fra gli altri, il delitto-presupposto<sup>57</sup>. Alcuni Autori, in dottrina, riprendendo le argomentazioni sostenute con riferimento alla ricettazione, di cui il riciclaggio costituisce, per certi aspetti, una sorta di evoluzione, ritengono sostanzialmente configurabile il dolo eventuale nel delitto riciclaggio, qualora vi sia un'accettazione del rischio da parte del soggetto, il quale si rappresenti l'eventualità di commettere, con la propria condotta, il fatto illecito previsto: la *ratio*, in tal senso, sembra essere data dalla necessità di non equiparare, a livello punitivo, l'azione

---

<sup>55</sup> Come nota G. FORTE, *op. cit.*, il dolo eventuale, «postulando la semplice accettazione del rischio che il denaro possa provenire da un delitto, agevola non poco la prova dell'elemento soggettivo [da parte dell'accusa, *nda*]: ma è dubbio che si possa parlare di vera e propria volontà del fatto tipico in quanto questa postula una precisa ed esatta coscienza del fatto delittuoso»; l'Autore nota, peraltro, che non vi è spazio per alcuna ipotesi di dolo eventuale nella configurazione della norma data dalla Convenzione di Strasburgo che, all'art. 6, qualifica l'elemento soggettivo del riciclaggio in termini di intenzionalità e prevede che, per l'integrazione del dolo, è necessario che il soggetto sappia, quando li riceve, che i beni o il denaro provengono da reato.

<sup>56</sup> La questione, peraltro, si è posta in dottrina anche con riferimento al reato di ricettazione, in relazione al quale già si erano prospettate tanto tesi favorevoli quanto tesi contrarie, le quali sostanzialmente si riflettono anche in ordine al reato di riciclaggio.

<sup>57</sup> Così S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Giuffrè (Milano), 1993, il quale distingue tra l'accettazione del rischio, che sottende necessariamente un dubbio su un avvenimento futuro e possibile (proprio, appunto, dei reati d'evento) e l'incertezza sui presupposti della condotta, che ben può coinvolgere, invece, anche reati privi di evento; il primo sarebbe un dubbio per così dire «oggettivo» e «assoluto», concernendo fatti futuri, mentre l'incertezza su fatti già avvenuti avrebbe carattere maggiormente «soggettivo» e «relativo» (non in tutti i casi, peraltro), potendo essere superata, in molte circostanze, attraverso indagini più approfondite da parte del soggetto agente. In tal senso, rispetto all'incertezza sugli elementi presupposti della condotta, l'Autore nota come l'esame circa l'elemento soggettivo dovrebbe riguardare piuttosto le ragioni che hanno indotto l'agente a non approfondire le proprie indagini circa l'esistenza di quel determinato fatto presupposto. Cfr. anche S. FAIELLA, *op. cit.*; individua l'ipotesi del dolo eventuale con riferimento al dubbio sui presupposti del reato e, in particolare, sulla provenienza criminosa del bene, anche M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 421.

meramente colposa di riciclaggio (che, peraltro, non è prevista come reato dal nostro ordinamento) a quella caratterizzata dalla rappresentazione, se pur non in termini di certezza, dell'eventualità illecita.

Per quanto attiene alla ricettazione, prima ancora che al riciclaggio, autorevole dottrina sostiene un orientamento favorevole all'ammissibilità del dolo eventuale, ritenendo che nelle condotte di acquisto, ricezione o occultamento di cui all'art. 648 c.p. anche un mero dubbio sulla provenienza da delitto dei beni sia rilevante quando è accompagnato dall'accettazione del rischio che la provenienza illecita sia effettiva<sup>58</sup>. I predetti argomenti sembrano trarre le proprie conclusioni, fra l'altro, a partire dalla presunta valenza esclusivamente colposa della previsione contravvenzionale, di cui all'art. 712 c.p. (cosiddetto «incauto acquisto»), che sarebbe cioè volta a punire i comportamenti di ricettazione nei soli casi di colpa: da qui discenderebbe la riconducibilità, nell'alveo dell'ipotesi delittuosa (art. 648 c.p.) di ogni altra forma di manifestazione dell'elemento soggettivo, compreso il dolo eventuale; si tratta tuttavia di una conclusione che non appare condivisibile, come giustamente è stato rilevato in dottrina<sup>59</sup>: con riferimento al dolo, appare infatti più corretta l'interpretazione che ritiene punibili, a titolo di incauto acquisto, tutti i casi di dolo che non rientrino nella più grave fattispecie delittuosa della ricettazione, fermo restando che dovranno essere gli elementi tipici della norma delittuosa a fungere da «filtri» per l'applicabilità della medesima alle diverse fattispecie, applicabilità che non può invece dedursi, *a contrario*, dall'inidoneità punitiva di altre norme.

Parte della dottrina ha sostenuto che l'ipotesi contravvenzionale dell'art. 712 c.p. potrebbe applicarsi anche nei casi di dubbio sulla provenienza delittuosa dei beni che siano poi sfociati in condotte tipiche del riciclaggio (vale a dire condotte che, in presenza di un provato dolo intenzionale o diretto, sarebbero state punibili a titolo di riciclaggio). Parlando di configurabilità del dolo eventuale, come figura a metà strada tra il dolo diretto e la colpa, occorre tuttavia stabilire, alla luce dell'attuale formulazione normativa, quali siano i limiti di applicabilità della norma contravvenzionale e quali invece i limiti del più grave delitto di riciclaggio.

Il problema si è posto, ad esempio, prendendo in considerazione la peculiare posizione dell'intermediario finanziario, il quale spesso può trovarsi nella posizione di dubitare circa la

---

<sup>58</sup> Così, per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 450, il quale precisa come - per regola generale - ogni ipotesi criminosa è compatibile con tutte le forme del dolo e, dunque, anche con quella più sfumata del dolo eventuale; in accordo anche F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Speciale*, cit., 207; S. FAIELLA, *op. cit.* 173.

<sup>59</sup> M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 422, contesta la riferibilità dell'ipotesi contravvenzionale ai soli casi di condotta colposa, essendo, quella descritta dall'art. 712 c.p. una fattispecie ben più ampia rispetto alla ricettazione (e non dal punto di vista dell'elemento psicologico): la prima fa riferimento alla sospetta provenienza dei beni da reato, mentre la seconda fa riferimento alla sola provenienza da delitto.

provenienza lecita o illecita del denaro, e delle operazioni oggettivamente sospette poste in essere dal medesimo soggetto. Il soggetto in questione dovrebbe rispondere per colpa, qualora abbia per negligenza omissivo di segnalare la relativa operazione, identificata come sospetta, dell'illecito amministrativo previsto dalla normativa antiriciclaggio ed, eventualmente anche della contravvenzione di incauto acquisto.

Tuttavia alcuni autori, contestando radicalmente la configurabilità del dolo eventuale in questo tipo di reati ritengono genericamente rilevante a mero titolo di colpa, con conseguente responsabilità per il solo incauto acquisto, del soggetto che abbia compiuto l'operazione, l'accettazione del rischio di commettere il fatto di reato, configurabile nei casi in cui il medesimo si sia meramente rappresentato come plausibile l'eventualità della provenienza illecita dei beni, ma, nonostante ciò, abbia attuato l'operazione: questa eventualità sarebbe in realtà sintomo di un comportamento negligente che, come tale, andrebbe punito solo a titolo di colpa.

Contrariamente, altra dottrina, ritiene che l'ipotesi del dolo eventuale rientri appieno nell'alveo della fattispecie delittuosa *ex art. 648-bis c.p.*;<sup>60</sup> ciò sempre che in capo al soggetto sussista l'elemento psicologico (che consiste in una consapevolezza piena, in tal caso) anche in relazione alla portata lesiva della sua condotta, vale a dire in relazione all'idoneità di ostacolare le indagini volte alla ricostruzione della provenienza del denaro o dei beni in questione<sup>61</sup>. Resta evidente la punibilità a titolo di riciclaggio nei differenti casi di dolo diretto, vale a dire qualora il sospetto in capo al soggetto sull'origine delittuosa dei beni si sia trasformato in una sostanziale certezza di tale provenienza criminosa.

In questi termini, la problematica della configurabilità del dolo eventuale appare in tutta la sua criticità, con riferimento, soprattutto, ai «casi limite», in cui si prefigura, nella mente di chi agisce, un sospetto sull'origine delittuosa dei beni ma egli decide ugualmente di correre il

---

<sup>60</sup> In tal senso G.M. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1255; G. PECORELLA, *Circolazione di denaro e riciclaggio*, cit., 1244. In senso conforme già F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 434, il quale aveva precisato, seppur con riferimento alla ricettazione (ma il ragionamento pare estensibile alle ipotesi di riciclaggio), che il dolo eventuale sarebbe configurabile anche ove «nella mente del reo si sia affacciato il dubbio della provenienza delittuosa (della res), ma ciononostante, egli abbia agito accettando il rischio di incorrere nelle sanzioni della legge». In giurisprudenza, sulla compatibilità tra ricettazione e dolo eventuale, si è espressa, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. II, 12 febbraio 1998, Conti, in Cass. pen., 1999, 1136 ss., richiedendosi comunque una «consapevole accettazione del rischio che la cosa acquistata o ricevuta fosse di illecita provenienza».

<sup>61</sup> Sul punto cfr. P. MAGRI, *op. cit.*, 462 s.; M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 429; va notato, tuttavia, che l'ammissibilità del dolo eventuale di riciclaggio, onde rispondere ad una maggiore certezza in ordine alla previsione punitiva, dovrebbe preferibilmente essere accompagnata da una rigorosa definizione dei parametri oggettivi che lo qualificano, specie quando si tratti - come per i professionisti dell'intermediazione finanziaria - di attività compiute nell'ordinario svolgimento di una funzione o professione (così J. TONDELLI, *Considerazioni sull'obbligo di segnalazione di operazioni sospette e reato di riciclaggio*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2004, II, 490).

rischio, compiendo l'operazione sui beni medesimi. Sia nella ricettazione e sia nel riciclaggio, la questione interpretativa si incentra sulle evidenti difficoltà probatorie concernenti la distinzione il dolo eventuale e la colpa cosciente e necessiterebbe di analisi più approfondite che mettano in luce il modo di atteggiarsi della volontà rispetto al cosiddetto «stato di dubbio» in cui versa il soggetto che non si sia rappresentato esattamente la presenza dei presupposti del reato.<sup>62</sup>

Alcuni importanti Autori hanno tentato di individuare un discrimine tra dolo eventuale e colpa cosciente, tanto per la ricettazione quanto per il riciclaggio, sostenendo che il fatto di aver agito in presenza di un dubbio sulla sussistenza del reato-presupposto non sarebbe sufficiente per configurare una responsabilità per dolo eventuale del soggetto; andrebbe invece a costituire una responsabilità per mera colpa, salvo che nella mente del soggetto si sia realizzato un preciso e volontario collegamento fra la lesione procurata ed il vantaggio conseguente<sup>63</sup>.

Una differente dottrina si attesta poi su un'analogia linea interpretativa, ostile alla individuazione del dolo eventuale, ma limitatamente al reato di riciclaggio, andando così a diversificare le sorti di tale delitto rispetto a quello della ricettazione. Essa ha messo in luce, come la mancanza di un'ipotesi contravvenzionale che punisca le condotte di riciclaggio colpose, diversamente da quanto accade per quelle di ricettazione (per il quale, come detto, è prevista l'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 712 c.p.), rafforzerebbe e confermerebbe ulteriormente la scelta del legislatore di costruire il criterio di imputazione soggettivo tipico del riciclaggio esclusivamente sul dolo diretto<sup>64</sup>. Tuttavia, come si è visto, il limite di tale affermazione consiste proprio nel non tenere conto dell'estensibilità applicativa dell'incauto acquisto, di portata sensibilmente più ampia rispetto alle ipotesi delittuose, anche a casi di condotte riciclatriche non rientranti appieno nei limiti della più grave fattispecie delittuosa.

La giurisprudenza di merito, in un caso risalente, aveva tentato, in modo peraltro poco convincente, di semplificare il quadro sotto il profilo dell'elemento psicologico: aveva infatti

---

<sup>62</sup> G. FORTI, *op. cit.*, 182.

<sup>63</sup> S. PROSDOCIMI, *op. cit.*, 51 e 57, secondo il quale, pertanto, l'operatività del dolo eventuale sarebbe confinata ai casi in cui vi sia una «immissione del dubbio nella prospettiva dell'intenzione», vale a dire quando il dubbio si inserisca direttamente tra i motivi che spingono il soggetto ad agire; delle argomentazioni proposte da questo Autore, complete di ulteriori riferimenti dottrinari, da conto più ampiamente S. FAIELLA, *op. cit.*, 178 s.

<sup>64</sup> Si è avvertita la necessità di valutare con estrema attenzione, da parte dell'interprete, l'esatta natura del fattore psicologico dell'agente, per scongiurare uno svuotamento del contenuto, attraverso il ricorso a forme di *dolus in re ipsa* e di dolo indiretto. Va segnalato che, in dottrina, vi è chi ritiene che, anche in ipotesi di condotta di riciclaggio che segua la ricezione di beni la cui provenienza illecita sia solo «sospetta» (qualora cioè vi siano dubbi sul presupposto del reato), si possa configurare l'ipotesi contravvenzionale dell'incauto acquisto (art. 712 c.p.) e non si applichino dunque i più gravi delitti di ricettazione o riciclaggio (così M. ZANCHETTI, *op. ult. cit.*, 417 ss; ID., *Riciclaggio*, cit., 212).

ritenuto che, quando il soggetto agisca senza la piena consapevolezza del presupposto da cui derivano i beni ma soltanto con la prospettazione della provenienza da delitto quale mera possibilità, non appare configurabile il dolo di riciclaggio (dunque nemmeno nella sua forma eventuale), il quale presupporrebbe infatti la sicura provenienza dei beni da un delitto-presupposto e non un semplice dubbio in ordine alla medesima.

Ci soffermiamo ora su una interessante interpretazione effettuata da una parte della dottrina: nel reato di riciclaggio, si può parlare più propriamente di dolo eventuale laddove si riscontri un dubbio, da parte del soggetto agente, in ordine a determinati presupposti della condotta (quale la sussistenza del delitto presupposto e la provenienza da esso dei beni in oggetto); in questo senso appare meno pregnante il riferimento alla cosiddetta «accettazione del rischio» del verificarsi di un evento futuro, quale elemento distintivo del dolo eventuale, giacché tale evento non costituisce propriamente un elemento della fattispecie di riciclaggio.

Tale distinzione ci porta inevitabilmente di fronte a conseguenze rilevanti in ordine alla configurabilità (e punibilità) del dolo eventuale. Anzitutto, parlando di elementi preesistenti o concomitanti alla condotta di riciclaggio, fra cui rientrano anche i presupposti del reato medesimo, è evidente che questi non possono essere oggetto di volizione, ma soltanto di rappresentazione (così, ad esempio le caratteristiche del soggetto passivo del reato, l'oggetto materiale, il luogo o il tempo della condotta, le situazioni di fatto o di diritto preesistenti): si tratta infatti di elementi per così dire estranei alla volontà del soggetto agente e possono essere oggetto, *a priori*, di un'attività intellettuale di rappresentazione e, *a posteriori*, di una mera presa d'atto<sup>65</sup>.

La descritta impossibilità di ravvisare la volizione in ordine a tali elementi materiali del fatto di reato porta una parte della dottrina a sostenere che la falsa rappresentazione o l'ignoranza dei presupposti determina, *ex art. 47 c.p.*, la decadenza del dolo, essendo necessaria, per la contestazione del dolo medesimo, l'esatta conoscenza dei presupposti da parte del soggetto.

Altra dottrina, svolgendo un analogo ragionamento, conclude però nel senso che la mancanza di volizione non vale ad escludere di per sé la configurabilità del dolo, semplicemente perché è impensabile una volizione nella rappresentazione degli elementi preesistenti o

---

<sup>65</sup> M. GALLO, *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 755; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 326 il quale svolge, inoltre, un'accurata sintesi (*Ivi*, 322 ss.) delle diverse teorie che si sono succedute sull'argomento della struttura del dolo, oggetti di dispute dottrinali assai risalenti ma, ciononostante, non ancora composte; si veda in proposito anche S. FAIELLA, *op. cit.*, 179 s.

concomitanti al fatto<sup>66</sup>. Infatti se il dubbio che ricada sull'esistenza (o meno) del reato presupposto, avendo ad oggetto un fatto passato, riguarda la sfera meramente rappresentativa del dolo, quest'ultimo non può essere ridotto a mera volizione<sup>67</sup>: ben può infatti rilevare a titolo di dolo (eventuale) il fatto che l'agente abbia agito rappresentandosi, in forma dubitativa, la possibilità di realizzare il fatto di reato: in questa prospettiva la pur semplice previsione della possibilità che si verifichi il fatto di reato, equivale ad acconsentire al fatto medesimo e, in senso lato, a volerlo.

Il dolo andrebbe dunque escluso, secondo tale ultima impostazione, solo nel caso in cui l'agente non abbia alcuna rappresentazione dell'eventualità illecita, vale a dire ove si tratti di mera colpa (incosciente), oppure ove, pur avendone una rappresentazione, egli giunga a superarla, all'atto del compimento della condotta, sostituendola con altra rappresentazione contraria: in tale ultimo caso, in particolare, non si parlerà di dolo bensì di colpa cosciente, caratterizzata da un errore dell'agente nella valutazione dei fatti. Sussisterà invece dolo eventuale ove le rappresentazioni dell'origine della *res* (lecita ed illecita) siano contemporanee ed alternative nella mente del soggetto agente, configurandosi da parte di costui una vera e propria accettazione del rischio di commettere il fatto illecito<sup>68</sup>.

Una differente dottrina si discosta da tali argomentazioni, in quanto contesta la configurabilità del dolo eventuale rispetto allo stato di dubbio sui presupposti del reato: in particolare, partendo dalla formulazione del riciclaggio quale reato di pericolo e di pura condotta, essa evidenzia l'impossibilità di ravvisare un evento materiale, nonché la necessità di valutare il dolo con riferimento alla mera intenzione di porre in essere il pericolo descritto dalla norma. In altre parole, per accedere ad una punibilità a titolo di dolo eventuale, l'analisi dovrebbe limitarsi in ogni caso alla rappresentazione, da parte del soggetto, del fatto che si stia

---

<sup>66</sup> In tal senso, rileva S. PROSDOCIMI, *op. cit.*, 55 ss., anche quando la realizzazione del fatto criminoso appare all'autore soltanto possibile, per un dubbio sui presupposti della condotta, ma ciononostante egli aspirava a realizzarla, si configura certamente una forma di dolo, in particolare quella del dolo intenzionale; al contrario si potrà parlare di dolo eventuale (o di colpa cosciente, a seconda dei casi) se l'agente non aspirava a realizzare il fatto criminoso.

<sup>67</sup> ID., *op. cit.*, 50 ss. rifiuta dunque un'identificazione del dolo con la volontà, la quale non lascerebbe alcun margine al dolo eventuale con riferimento ad elementi del fatto tipico che non possono essere *voluti* ma solo *rappresentati*, quali, appunto, i presupposti della condotta; l'Autore nota poi, in particolare, come l'aspetto rappresentativo del dolo sia intimamente collegato con la problematica dell'errore di rappresentazione del fatto che costituisce il presupposto della condotta; cfr. anche S. FAIELLA, *op. cit.*, 183.

<sup>68</sup> S. FAIELLA, *op. cit.*, 185, il quale conclude sottolineando come, anche nella categoria dei reati accessori, in cui rientra quello di riciclaggio, è possibile distinguere tra diverse gradazioni di intensità dell'elemento soggettivo che popolano, in particolare, quella vasta area intermedia che sussiste tra il dolo diretto e la colpa.



probabilmente agendo in modo da cagionare un pericolo al bene tutelato, unitamente all'accettazione del rischio che si realizzi un evento lesivo.

Sembra indubbiamente condivisibile, in tal senso, l'osservazione secondo la quale, in questo tipo di reato, l'agente prende in considerazione come «eventuale» non già l'evento materiale (difficilmente individuabile nel riciclaggio) che consegue alla propria condotta, ma un presupposto della condotta medesima; si è tuttavia sostenuto che sarebbe riduttivo legare la sussistenza del dolo eventuale a questo semplice stato di dubbio sul presupposto del reato (la provenienza illecita dei beni), dubbio che potrebbe al massimo configurare un'ipotesi di colpa, seppure aggravata dalla previsione<sup>69</sup>. Sulla base di tale interpretazione si tende dunque a richiedere un *quid pluris*, a livello di elemento soggettivo, la cui prova risulta tuttavia talmente ardua da portare ad escludere la punibilità stessa del riciclaggio a titolo di dolo eventuale.

L'argomentazione si basa sulla premessa fondamentale per cui, in questo tipo di reati (privi di evento), in cui sono ravvisabili solo una o più condotte connotate da una particolare lesività, applicare la figura del dolo eventuale, tipicamente riferita a reati d'evento, vorrebbe dire applicare in via analogica la costruzione dottrinale e giurisprudenziale teorizzata in tema di dolo indiretto. Al contrario, nell'ambito di tali reati, il dolo deve essere saldamente ancorato alla consapevolezza dell'antigiuridicità del comportamento posto in essere; tuttavia è evidente che la piena consapevolezza di tale antigiuridicità esclude di per sé la compresenza di alcun dubbio sulla sussistenza dell'oggetto materiale del reato (la *res* di provenienza delittuosa, nel caso di specie del riciclaggio).

Se ne deduce che un qualsiasi dubbio sul presupposto della condotta, in particolare sulla provenienza illecita dei beni, dovrebbe, in linea teorica, impedire *ex se* la configurabilità del dolo (sia pure eventuale) di riciclaggio<sup>70</sup>. Di conseguenza anche una accettazione del rischio circa l'esistenza del presupposto non significa rappresentarsi in termini esatti lo stesso, in quanto è ben possibile che chi accetti il rischio lo faccia per mera leggerezza o negligenza: tale

---

<sup>69</sup> M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 435, nota come il fatto che il soggetto abbia ignorato la potenziale origine delittuosa dei beni, pur dovendola conoscere (o per lo meno dovendosi attivare per conoscerla), non integra un comportamento rilevante ai sensi del vigente art. 648-*bis* c.p. (reato doloso), pur se era originariamente compreso fra le ipotesi «suggerite» al legislatore italiano all'interno della Convenzione di Strasburgo. Oggi tale condotta può tutt'al più integrare un'omissione (colposa) della denuncia di operazione sospetta, ai sensi della normativa antiriciclaggio.

<sup>70</sup> In altri termini, l'intenzione di porre in essere la condotta di riciclaggio (e, dunque, l'intenzione di ostacolare l'identificazione dell'origine illecita dei beni) sarebbe incompatibile con il dubbio che ricada proprio sulla medesima origine dei beni; dubbio che, anzi, essendo di natura puramente soggettiva, si manifesta in un'incertezza risolvibile attraverso l'acquisizione di ulteriori dati conoscitivi, ed è perciò indice di un comportamento sicuramente colposo (così G. FORTE, *op. cit.*, 187).

atteggiamento appare, tutt'al più, vicino ad ipotesi di colpa aggravata piuttosto che ad ipotesi di dolo<sup>71</sup>.

È necessario ricordare come parte della dottrina, nonostante il citato orientamento tendente ad escludere la configurabilità del dolo in ipotesi di dubbio, abbia voluto individuare un possibile differenziazione tra dolo eventuale e colpa in base all'analisi dei motivi che hanno spinto il soggetto agente ad omettere le indagini circa l'esistenza dei presupposti del reato (accettando così il rischio di commettere il reato stesso): secondo tale distinzione, si avrà un'ipotesi di mera colpa se tale omissione del soggetto sia dovuta a mera leggerezza (colpa), mentre ci si troverà dinanzi ad un'ipotesi di dolo eventuale se tale omissione dipenda da un *quid pluris*, non riconducibile a semplice colpa.

A tal proposito è necessario comunque rilevare che la stessa individuazione di quel *quid pluris*, che si richiede per la configurabilità del dolo eventuale, denota la non serietà del dubbio (o la sua natura «capziosa») sui presupposti del reato: in altri termini l'atteggiamento del soggetto che decida volutamente di accantonare il dubbio costituisce, in questi casi, il modo di realizzazione del fatto illecito, che gli sarà dunque imputabile a titolo di dolo. Da ciò consegue che l'aver volutamente ignorato il dubbio sui presupposti del reato, avendo di mira la realizzazione del fatto illecito, integra a tutti gli effetti un'ipotesi di dolo, per quanto in tal caso l'elemento soggettivo ricada sui presupposti e non sull'evento del reato. Diversi saranno i casi di errore, *ex art. 47 c.p.*, sui presupposti del reato e i casi di dubbio determinati da colpa: in entrambe le circostanze il soggetto agente sarà infatti consapevole di cagionare un fatto diverso da quello previsto dalla fattispecie di reato (*art. 648-bis c.p.*) e tale coscienza gli precluderà la consapevolezza (e quindi la volizione) del disvalore del fatto commesso, che costituisce il nucleo fondamentale dell'illiceità delle condotte di riciclaggio e che è dunque essenziale per la configurabilità del dolo.

Partendo da queste ultime osservazioni, in cui il soggetto ometta colposamente di verificare la sussistenza dei presupposti del reato, oppure cada in errore sugli stessi, egli sarà rimproverabile unicamente a titolo di colpa aggravata *ex art. 61, n. 3, c.p.*; sarà esclusa, altresì, la

---

<sup>71</sup> G. FORTE, *op. cit.*, 188; M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 436, osserva che «l'agire in stato di dubbio, pur sapendo di ostacolare eventuali indagini, è molto diverso - sotto il profilo della pericolosità dell'autore e del disvalore oggettivo e soggettivo del fatto - dall'agire conoscendo attualmente e con certezza la provenienza criminosa dei beni»; il medesimo Autore conclude nel senso dell'applicabilità della medesima fattispecie contravvenzionale (quella dell'incauto acquisto) ai comportamenti di riciclaggio, tanto colposi che per dolo eventuale. Accanto alla propria interpretazione, il medesimo Autore riporta peraltro (*Ivi*, 188 ss. e 201 ss.) le soluzioni - anche in senso contrario - adottate negli ultimi decenni da altri ordinamenti, europei ed extraeuropei.

punibilità per riciclaggio, in quanto reato ascrivibile solamente a titolo di dolo e non di colpa (il dato letterale dell'art. 648-*bis* sembra escludere categoricamente quest'ipotesi), anche perché che, nel nostro ordinamento, manca un'autonoma fattispecie colposa di riciclaggio.

Ciononostante si è riflettuto, in dottrina, su una sua possibile introduzione, anche considerando le soluzioni adottate in altri paesi europei, dove la legge prevede norme in tal senso. Come si è visto, tuttavia, esiste già una fattispecie contravvenzionale, quella dell'incauto acquisto (art. 712 c.p.), che contempla espressamente i casi in cui il soggetto agisca, mediante ricezione ed acquisto di beni, pur in presenza di un dubbio o di un sospetto sulla loro origine illecita: tale fattispecie descrive dunque un comportamento colposo che sta a monte della stessa condotta di acquisto o ricezione e che si concretizza nel mancato accertamento da parte del soggetto dell'origine lecita dei beni.<sup>72</sup> Da ciò deriva che il soggetto che abbia dubitato della provenienza del denaro e abbia posto in essere taluna delle condotte di cui all'art. 648-*bis* c.p., seppure non sia punibile a titolo di riciclaggio, in quanto ha tenuto un comportamento meramente colposo, non per questo sarà esente da pena: egli risponderà della contravvenzione di incauto acquisto (art. 712 c.p.), aggravata *ex* art. 61, n. 3, c.p.<sup>73</sup>

In conclusione un ragionamento deve essere effettuato in merito alle ipotesi di errore e di mancata consapevolezza in ordine agli altri elementi della fattispecie di riciclaggio, in particolare rispetto alla clausola di idoneità lesiva delle condotte «in modo da ostacolare» le indagini sull'origine illecita dei beni: occorre infatti capire se, anche in questo caso, in presenza di dubbi su tali elementi si possa configurare una punibilità del soggetto per riciclaggio a titolo di dolo eventuale.

Proprio la clausola citata («in modo da ostacolare...») racchiude infatti il contenuto di offensività della norma, con la conseguenza di tenere fuori dall'ambito di punibilità tutte quelle condotte che siano prive di tale carattere. Si tratta di un elemento essenziale del reato che, in quanto tale, entra necessariamente a far parte dell'oggetto del dolo, anche se, sul punto, la dottrina, come già evidenziato in precedenza, non ha mancato di esprimere perplessità. Ci si chiede, in particolare, se la modalità di realizzazione delle condotte, descritta con la clausola in

---

<sup>72</sup> G. FORTE, *op. cit.*, 201 ss. La stessa giurisprudenza ha affermato che per l'integrazione dell'incauto acquisto non è necessario che sia accertata la provenienza da delitto dei beni o del denaro, essendo sufficiente la sussistenza del dubbio sulla provenienza dei medesimi, seguito dalla realizzazione della condotta tipica (Cass. pen., sez. I, 7 luglio 1984, n. 6319, in *www.deiure.giuffre.it* (cons. 2 agosto 2014); Cass. pen., sez. II, 24 luglio 1991, n. 7797, *ivi*).

<sup>73</sup> ID., *op. cit.*, 202, rileva come la questione più critica risieda piuttosto nella incongruità dello scarto di pena che sussiste tra riciclaggio e incauto acquisto, ovvero tra forma dolosa e forma colposa del reato, a fronte di un disvalore non così dissimile.

questione, debba essere oggetto di rappresentazione e volontà da parte del soggetto attivo (rientrando perciò nell'oggetto di un dolo generico) e debba dunque necessariamente realizzarsi, o se, piuttosto, essa descriva una mera finalità ulteriore, perseguita dall'agente, ma che non deve necessariamente verificarsi nella realtà, avendo il solo scopo di delimitare l'area del penalmente rilevante all'interno della fattispecie.

Parte della dottrina afferma che, qualora il soggetto sia pienamente conscio della provenienza illecita dei beni, non possa sfuggire, alla consapevolezza che ogni sua operazione in relazione ad essi è in grado di ostacolare le indagini sulla loro provenienza<sup>74</sup>: si esclude che dietro alla clausola di lesività in questione si possa celare un dolo specifico «implicito», che imporrebbe di considerare l'ostacolo alle indagini come finalità ultima cui il soggetto deve tendere, necessario a svolgere un effetto di selezione sulle modalità della condotta. Ne consegue che sarà punibile colui che, pur non avendo cagionato un effettivo ostacolo alle indagini dirette all'identificazione della provenienza dei beni, abbia posto in essere operazioni tali da risultare, in concreto, idonee ad ostacolare tale identificazione, non rilevando se questo fosse o meno il fine «specifico» della sua azione. La tesi pare senz'altro condivisibile, individuandosi nella dizione «in modo da ostacolare...» una qualità della condotta e non già un risultato della medesima, per quanto, in ultima analisi, ciò abbia delle ricadute inevitabili sul piano dell'elemento soggettivo: il soggetto dovrà infatti agire con la consapevolezza di porre in essere una delle condotte elencate, ma deve altresì volere che questa sia realizzata «in modo da ostacolare» l'identificazione della provenienza illecita dei beni<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> *Ivi*, 203; in particolare si ritiene provato l'elemento soggettivo rispetto al requisito dell'idoneità lesiva della condotta ogniquale sia provata la consapevole e volontaria realizzazione della condotta, di tal che il soggetto sarà punibile anche ove non persegua il fine specifico di ostacolare le indagini. In tal senso anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Speciale*, cit., 239 s.; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. I, 9 febbraio 1996, CED 204485, ove si afferma che il requisito dell'idoneità ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita dei beni costituisce unicamente un carattere proprio delle «altre operazioni», e non già una finalità della condotta del reo che possa far pensare alla necessità che i beni «ripuliti» rientrino nella disponibilità dell'autore del reato-presupposto; *Contra*, Cass. pen., sez. II, 1 ottobre 1996, Pagano e altri, in *Foro it.*, 1998, 2, che ha ritenuto il riciclaggio un reato a dolo specifico «implicito», caratterizzato dalla finalità di ripulire il denaro o i beni di provenienza illecita; finalità che si differenzia da quella della ricettazione, individuabile nel profitto.

<sup>75</sup> *Ivi*, 207, l'Autore conclude affermando che può parlarsi di un dolo specifico «implicito», nel reato di riciclaggio, se si intende tale espressione come la necessità di una particolare tendenza soggettiva che deve accompagnare la realizzazione del fatto tipico; si riscontra, in altre parole, una particolare direzione delle condotte verso il risultato della «ripulitura», inteso quale «fine implicito», che si differenzia dal fine «specifico» per il fatto che non è idoneo a selezionare, in concreto, le condotte penalmente rilevanti: tale selezione, infatti, deriva già, in astratto, dalla scelta del legislatore di definire le condotte tipiche come «idonee ad ostacolare l'identificazione» della provenienza illecita dei beni.

## Il soggetto attivo e l'oggetto materiale del reato

## 1 La clausola di riserva e relative problematiche

È innanzitutto necessario osservare che nella fattispecie contemplata dall'art. 648-*bis* c.p., sin dalla prima versione del 1978, è presente una limitazione di ampia portata con riguardo ai soggetti punibili: essa si riferisce all'esclusione dei «casi di concorso» nel reato-presupposto. È in sostanza una clausola di riserva<sup>76</sup>, ripresa dalla fattispecie di ricettazione (art. 648-*bis* c.p.).

Tale espressione, pur essendo stata spesso individuata come una grave lacuna dell'attuale fattispecie incriminatrice<sup>77</sup>, non è stata oggetto, nel corso degli anni, di interpretazioni univoche e conformi ad opera della dottrina e della giurisprudenza. Tuttavia c'è sostanziale omogeneità di interpretazione laddove si afferma che la formula deriverebbe dall'originaria derivazione della fattispecie di riciclaggio da quella di ricettazione (art. 648 c.p.).

Tra i diversi ragionamenti effettuati per ricostruire esattamente la valenza e la portata della clausola in parola, va ricordata, innanzitutto, quella più risalente<sup>78</sup>, anche se fortemente minoritaria in dottrina, secondo cui essa andrebbe ad integrare un elemento costitutivo della fattispecie: precisamente, si potrebbe trattare, dunque, di un presupposto negativo della tipicità della condotta - consistente, appunto, nella mancata partecipazione del soggetto attivo al reato-presupposto - oppure di un elemento definitorio, in negativo, del soggetto attivo del reato, che delineerebbe una sorta di reato proprio<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Clausola presente anche in entrambe le fattispecie-madre del delitto di riciclaggio, vale a dire ricettazione e favoreggiamento reale, nonché nella fattispecie «derivata» di reimpiego (art. 648-*ter* c.p.).

<sup>77</sup> S. FAIELLA, *Il riciclaggio*, cit., 281, parla, in proposito, della «più grave delle lacune rinvenibili nella vigente disciplina del delitto di cui all'art. 648-*bis* c.p.». Cfr., in tal senso, *amplius, infra*, cap. VI. Per una panoramica sulle diverse impostazioni si veda, *amplius*, V. MAGNINI, *La punibilità dell'autoriciclaggio realizzato per interposta persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 831 ss., nonché L. TROYER, S. CAVALLINI, 6 ss.

<sup>78</sup> Tesi sostenuta già da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, cit., 360 ss., nonché avallata da F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Speciale*, cit. 241; in tal senso anche A. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010, 87; riporta i profili di coerenza interna di tale tesi, pur non condividendola, A.M. DELL'OSSO, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto, difficoltà di inquadramento dogmatico ed esigenze di intervento legislativo* (nota a Cass. sez. II pen., 14 dicembre 2009, n. 47375) in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 3, 1287 ss.

<sup>79</sup> Così A.M. DELL'OSSO, *op. loc. ult. cit.*, il quale approfondisce anche le ulteriori implicazioni di tale lettura della clausola di esclusione: l'Autore osserva, in particolare, che una simile interpretazione esclude il concorso apparente di reati (poiché evita che al medesimo soggetto siano ascritti sia il reato-presupposto sia il riciclaggio); sul piano della rilevanza dell'errore del soggetto sulla partecipazione al reato presupposto, inoltre, tale lettura ammette che costui vada esente dalla pena prevista per il riciclaggio nei casi in cui, erroneamente,

Tuttavia, si oppongono a tale interpretazione elementi di criticità evidentemente insormontabili: primo fra tutti il fatto che, inquadrando la formula in questione come elemento negativo del fatto tipico, questo verrebbe a connotare, insieme agli altri elementi, il disvalore complessivo della condotta, mentre invece, in sostanza, si tratta di un requisito del tutto estraneo alle valutazioni che riguardano la lesività dei beni giuridici tutelati<sup>80</sup>.

Prendendo in considerazione tali criticità, si è andata ad affermarsi, in dottrina, un'alternativa e maggiormente coerente lettura della formula di apertura dell'art. 648-*bis* c.p., al momento maggioritaria<sup>81</sup>: secondo la suddetta impostazione, l'inciso «fuori dei casi di concorso nel reato» costituirebbe una causa di esclusione della punibilità, come tale estranea al nucleo di tipicità della fattispecie e attinente solo ed esclusivamente all'irrogazione della sanzione; la stessa clausola varrebbe, in tal senso, ad escludere la sanzione per tutti i soggetti che abbiano concorso, a qualsiasi titolo, nella realizzazione del reato-presupposto e dunque di conseguenza anche per l'autore diretto (in caso di realizzazione da parte di un unico soggetto) di tale reato<sup>82</sup>.

La lettura della clausola in questione, secondo tale impostazione, farebbe applicazione dei principi di consunzione e del *post factum* non punibile: il riciclaggio si configurerebbe cioè come una sorta di naturale prolungamento del reato antecedente, il quale ne assorbirebbe per intero il disvalore, rendendo il successivo riciclaggio unicamente un'attività *post delictum* assolutamente irrilevante. Questa interpretazione accomuna dunque la valenza e la *ratio* della clausola a quella, identica, contenuta nella fattispecie di ricettazione (art. 648 c.p.).

L'autore del reato di riciclaggio non potrà mai essere colui che ha partecipato, a qualsiasi titolo, al reato dal quale provengono il denaro, i beni o le altre utilità oggetto della condotta, e di conseguenza non potrà essere attribuita al soggetto una responsabilità ulteriore rispetto a quella

---

abbia riciclato beni diversi rispetto a quelli derivanti dal proprio delitto-presupposto (in applicazione dell'art. 47 c.p.).

<sup>80</sup> *Ivi*, 1288 s. Per altro verso, si è osservato che, assumendo la clausola in parola quale elemento tipico del fatto, si dovrebbe escludere la punibilità anche di quei soggetti che concorrono, in maniera atipica, nel medesimo fatto di riciclaggio posto in essere dal soggetto che è concorso nel reato-presupposto: in altri termini, l'esclusione del riciclaggio per quest'ultimo soggetto "trascinerebbe" con sé l'impunità anche per i soggetti concorrenti, il che non è evidentemente ammissibile in un'ottica di effettività repressiva.

<sup>81</sup> In tal senso, fra gli altri, G. MORGANTE, *op. cit.*, 2514; M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio*, cit. 352; F. GIUNTA, *Elementi costitutivi del reato di riciclaggio*, cit., 85; R. ACQUAROLI, *Il riciclaggio*, cit., 809; P. MAGRI, *op. cit.*, 429 s.; C.E. PALIERO, *Il riciclaggio nel contesto societario*, cit., 92; A.M. DELL'OSSO, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto*, cit., 1275, ss.

<sup>82</sup> Ricorre a tale espressione F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Speciale*, parlando della fattispecie di ricettazione, ma l'Autore la richiama, successivamente, anche in tema di riciclaggio. Tale lettura, peraltro, ovvia alle criticità esposte (cfr., *supra*, nota 6) con riferimento alla tesi precedente, in particolare sotto i profili del disvalore complessivo della condotta e della punibilità dei concorrenti "atipici" nelle condotte di «auto-riciclaggio» (art. 119, comma 1, c.p.).

che deriva dall'art. 110 c.p.<sup>83</sup>. In questi casi, il riciclaggio costituirebbe una forma di *post factum* non punibile<sup>84</sup> in quanto «rappresenta il naturale sbocco della condotta delittuosa originaria, da cui derivano i proventi impiegati nel riciclaggio, finalizzata all'ottenimento e al consolidamento dell'originario profitto, perseguito con il reato-presupposto».

Anche tale ultima impostazione sul tema della clausola di riserva di cui all'art. 648-*bis* c.p., anche sostenuta da autorevole dottrina, non sembra in concreto esente da critiche. È stata infatti criticata poiché non chiarisce appieno la *ratio* della non punibilità dell'autoriciclatore, ed, in particolare, non permette di soddisfare i requisiti per l'applicabilità del principio di consunzione, che tende a riconoscere nel riciclaggio la «naturale prosecuzione» della precedente condotta criminosa, ove si tratti, ad esempio, di un consistente reinvestimento di denaro “sporco”.

Alle due tesi suddette, che sono peraltro le due più ampiamente condivise, anche a parere della dottrina più critica, se ne deve aggiungere una terza, secondo cui la clausola «fuori dei casi di concorso...», di cui all'art. 648-*bis* c.p., costituirebbe una semplice applicazione del principio di sussidiarietà, finalizzata a prevenire un concorso apparente di norme tra reato-presupposto e riciclaggio. In altri termini la punibilità del riciclaggio viene a decadere in quanto consiste in un mero fatto “sussidiario” rispetto al reato-presupposto.

Tale lettura, tuttavia, è stata aspramente criticata dalla dottrina maggioritaria poiché «la *ratio* di una clausola di sussidiarietà dovrebbe essere individuata nella prevalenza degli interessi protetti dal reato-presupposto», circostanza che, evidentemente, non si riscontra nell'ipotesi del riciclaggio, la quale tutela beni giuridici autonomi e ulteriori rispetto a quelli tutelati, di volta in volta, dal reato-presupposto. Le due ultime interpretazioni esposte, peraltro, non convincono la più recente dottrina, che nota, tanto per la prima tesi che si riferisce al principio di consunzione, quanto per la seconda che richiama il principio di sussidiarietà, un errore di fondo consistente nell'inversione del *prius* e del *posterius*: in tal senso, a soccombere, secondo le interpretazioni

---

<sup>83</sup> Ricorre a tale espressione F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Speciale*, parlando della fattispecie di ricettazione, ma l'Autore la richiama, successivamente, anche in tema di riciclaggio. Tale lettura, peraltro, ovvia alle criticità esposte (cfr., *supra*, nota 6) con riferimento alla tesi precedente, in particolare sotto i profili del disvalore complessivo della condotta e della punibilità dei concorrenti “atipici” nelle condotte di «auto-riciclaggio» (art. 119, comma 1, c.p.).

<sup>84</sup> In tal senso anche P. COSTANZO, *op. cit.*, 469; M. ZANCHETTI, *op. loc. ult. cit.*; cfr. altresì G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. loc. ult. cit.*; come chiarito dalla giurisprudenza (cfr. Cass. pen., sez. V, 5 febbraio 1997, n. 873, in *Giust. Pen.*, 1998, 505) «L'*intranseus*, sia esso autore materiale o semplice partecipe, è già colpito dalla sanzione prevista dalla norma incriminatrice principale anche per la ulteriore attività di recupero del profitto illecito che, per tipica determinazione normativa, non è suscettibile di autonomo apprezzamento penale, essendo un prolungamento materiale e logico dell'*iter criminis* del reato-presupposto».

citare, sarebbe sempre la fattispecie di riciclaggio, a fronte di una prevalenza del reato-presupposto, nonostante quest'ultimo sia da considerare "inferiore", sia in termini di gravità dell'offesa ai beni giuridici tutelati, sia, tendenzialmente, in termini di sanzione.

Tralasciando per il momento le questioni dottrinarie attinenti all'esatto inquadramento dogmatico della clausola di riserva (su cui si tornerà nell'opportuna sede, a proposito della configurabilità dei fatti di «autoriciclaggio») è sufficiente affermare che la clausola in oggetto, è ritenuta comunemente una causa personale e soggettiva di esclusione della pena, che fa del riciclaggio un reato comune, ma a «soggettività ristretta». Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di Cassazione, inoltre, si tratterebbe di una «clausola di riserva» finalizzata ad evitare un concorso apparente di norme e, pertanto, non rientrerebbe fra gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 648-*bis* c.p.; di tal che non vi sarebbe alcun onere, per l'accusa, di provare l'estraneità del soggetto attivo rispetto al delitto-presupposto, essendo sufficiente una mancata prova del contrario da parte della difesa dell'imputato<sup>85</sup>.

Quello scelto dal legislatore italiano, in relazione al riciclaggio, è stato definito un modello di punibilità «alternativo» (o «sussidiario») in base al quale, appunto, è ammessa la configurabilità del reato solo «fuori dei casi di concorso»; scelta che inevitabilmente, accentua il carattere di accessorietà del riciclaggio rispetto ai reati-base. All'opposto, secondo un modello «cumulativo», preferito in altri ordinamenti, fra cui quello svizzero, è possibile configurare un concorso tra riciclaggio e partecipazione nel reato base, secondo un'impostazione che riflette un'autonoma specificità lesiva della fattispecie.

Alcuni dubbi interpretativi si pongono, rispetto alla clausola di riserva, allorché si tratti di differenziare la partecipazione al reato-presupposto (e il relativo accordo) da comportamenti integranti, invece, condotte tipiche della fattispecie di riciclaggio. È opportuno individuare alcuni elementi di distinzione.

Secondo un criterio di tipo cronologico, proposto da una parte della dottrina<sup>86</sup>, si andrebbe a configurare il concorso nel reato-presupposto (anche nella forma del concorso «morale», rafforzativo dell'originario proposito criminoso), quando l'accordo avente ad oggetto

---

<sup>85</sup> Così è affermato Cass. pen., sez. II, 7 gennaio 2011, Berruti, in *www.deiure.giuffre.it* (cons. 9 luglio 2014); da qui, peraltro, deriva la circostanza per cui il giudice non è tenuto a motivare d'ufficio sulla insussistenza di una responsabilità concorsuale dell'imputato nel delitto presupposto.

<sup>86</sup> In tal senso G. PECORELLA, *Circolazione di denaro e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1220; più di recente, G. M. SOLDI, *op. cit.*, 496 precisa che, secondo questo criterio interpretativo, nel primo caso il soggetto «riciclatore» promette di assicurare il provento del reato-presupposto, rafforzando nei concorrenti il proposito criminoso, mentre nel secondo caso egli non interviene affatto nella commissione del reato-base, nemmeno sul piano morale, rimanendone estraneo.



la sostituzione o il trasferimento dei beni provenienti dal reato, si sia verificato precedentemente alla consumazione del reato-presupposto: in tal caso, infatti, non troverebbe applicazione la norma punitiva del riciclaggio; diversamente il reato di riciclaggio sarebbe applicabile nei casi in cui il predetto accordo sia intervenuto successivamente alla commissione del reato base. Peraltro non in tutti i casi il preventivo accordo per il riciclaggio può configurare un concorso nel reato presupposto, tale da escludere la punibilità a titolo di riciclaggio, dovendosi al riguardo provare, nel caso concreto, l'effettivo apporto causale del soggetto riciclatore al compimento del suddetto reato<sup>87</sup>.

La Cassazione, pur avendo accolto in un primo momento un simile orientamento dei giudici di merito, ha sancito che, oltre al criterio temporale (o cronologico), è opportuno verificare se la preventiva assicurazione, da parte del soggetto agente, di *lavare* il denaro abbia effettivamente influenzato o rafforzato, nell'autore del reato principale, la determinazione a delinquere<sup>88</sup>.

Si può dire, comunque, che la clausola di esclusione della responsabilità per riciclaggio, di cui beneficiano i concorrenti nel reato-presupposto, ha sollevato numerose critiche, ancor più oggi, a seguito dell'ampliamento dei reati-presupposto; tale esclusione, infatti, giustificata da alcuni con la necessità di prevenire ipotesi di *bis in idem* sostanziale, impedisce molto spesso l'applicazione della fattispecie di riciclaggio in caso di condotte a tutti gli effetti riciclativi, ma considerate come fatti *post delictum* non punibili, e contravvenendo così alla *ratio* di tutela che caratterizza la norma<sup>89</sup>. Ciò risulta evidente se si considerano i delitti la cui commissione è

---

<sup>87</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Speciale*, cit., 243; P. COSTANZO, *op. cit.*, 478, propone altresì un diverso criterio di distinzione per distinguere i casi di concorso nel reato-presupposto dai casi di riciclaggio in senso proprio: occorrerebbe distinguere tra i casi in cui «il post-fatto di riciclaggio costituisce un elemento naturale, ovvero necessitato del delitto presupposto [e allora si applicherebbe la clausola], da quelli nei quali un post-fatto consistente nella sostituzione, trasformazione o in altre operazioni relative ai proventi, non è altro che un elemento accidentale, poiché prescinde dalle caratteristiche della fattispecie base»; solo in tale ultimo caso il pericolo di autoriciclaggio non rilevarebbe, dunque cesserebbe l'effetto della clausola di riserva.

<sup>88</sup> Così, a proposito del caso di un dottore commercialista accusato di avere posto in essere una serie di operazioni bancarie e societarie volte a trasferire, anche all'estero, denaro di cui altri indagati erano accusati di essersene appropriati indebitamente, Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 8432, Gualtieri, in *Guida dir.*, 2007, 15, 75. Cfr., in dottrina, L. TROYER, S. CAVALLINI, *op. cit.*, 10 ss.

<sup>89</sup> Così Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2007, Gualtieri, n. 8432, CED 236254, secondo cui il disvalore della condotta susseguente è già incluso in quella precedente che integra il reato più grave e che le operazioni di reinvestimento costituiscono il normale sbocco della precedente attività criminale. Molti autori, in dottrina, criticano una simile lettura, considerata inappagante, tenuto conto dell'eterogeneità dei delitti-presupposto configurabili e del corredo di sanzioni potenzialmente più gravi per le attività *post-delictum*, rispetto a quelle previste per il reato base; essi propendono dunque per una riforma in senso estensivo dell'area di punibilità soggettiva (cfr. *infra*, Parte Seconda); si veda in proposito P. COSTANZO, *op. cit.*, 486 ss.

priva, in sé, «di qualsiasi risvolto economico-patrimoniale» e «dai quali, solo in virtù di circostanze occasionali e contingenti, è dato all'autore di ricavare un'utilità economica».

Su tale questione ci si soffermerà in seguito nel capitolo relativo all'autoriciclaggio, norma che ha introdotto significative novità nel nostro ordinamento a seguito di un *iter* legislativo alquanto complesso.

## **2 I rapporti tra concorso nel reato-base e riciclaggio: partecipazione del soggetto attivo ai reati di tipo associativo**

La trattazione si focalizza ora su una problematica, riguardante i rapporti tra concorso nel reato-base e riciclaggio, che spesso si realizza nel caso concreto e con cui gli operatori del diritto devono costantemente interfacciarsi: ci si riferisce alla partecipazione del soggetto attivo ad un reato di tipo associativo; in particolar modo la questione si è posta con riguardo ai fenomeni associativi di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), con alcune interessanti specificità evidenziate in sede giurisprudenziale.

Il nodo centrale consiste nel considerare o meno la fattispecie associativa quale autonomo reato-presupposto, ovvero quale reato che è di per sé in grado di generare proventi riciclabili. Questione che si risolve, in definitiva, nella scelta di ammettere o respingere la configurabilità di un concorso tra riciclaggio e associazione per delinquere (o tra riciclaggio e associazione di tipo mafioso). Riguardo a tale questione occorre premettere che la Suprema Corte accoglie da sempre la tesi della necessaria partecipazione al reato associativo delle figure del consulente finanziario o dell'uomo d'affari del quale l'associazione si avvale per la realizzazione di condotte di riciclaggio: costoro, pertanto, vengono considerati veri e propri «organizzatori» dell'associazione<sup>90</sup>.

Di conseguenza il riciclatore di cui si avvale l'organizzazione è molto spesso concorrente nel medesimo reato associativo ed è evidente, dunque, che le conseguenze saranno alquanto differenti a seconda che si ritenga, o meno, la fattispecie associativa quale possibile presupposto del riciclaggio. Se infatti si accogliesse la tesi di chi ritiene l'associazione per delinquere (art. 416 c.p.) e l'associazione mafiosa (art. 416-*bis* c.p.) possano considerarsi autonomi presupposti del

---

<sup>90</sup> Tali soggetti, pertanto, si considerano, in astratto, compartecipi necessari dell'associazione, posto il carattere essenziale della loro collaborazione. Così, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. I, 6 maggio 1985, n. 10268, Puccio, *CED* 170952; sostanzialmente conforme Cass. pen., sez. VI, 5 aprile 1987, n. 10411, Giuffrida, *CED* 17677.

riciclaggio (accanto agli specifici reati-fine), allora si dovrebbe concludere che il riciclatore, in virtù della clausola di esclusione ed essendo partecipe del reato associativo, potrà essere punito solo ai sensi degli artt. 416 c.p. e ss. Se, al contrario, si ritiene che il reato associativo non possa configurare di per sé un delitto-presupposto del riciclaggio, non essendo in grado di generare autonomi proventi (i quali proverrebbero invece dai soli reati-fine, commessi *per il tramite* del fenomeno associativo), allora la partecipazione del soggetto riciclatore al reato associativo, oltre a comportare la responsabilità per quest'ultimo, non varrà ad escludere la punibilità del medesimo anche *ex art. 648-bis c.p.*; non opera la clausola di esclusione<sup>91</sup>. Ovviamente il soggetto attivo beneficerà, invece, della clausola d'esclusione per il riciclaggio qualora sia considerato concorrente nello specifico reato-fine, posto in essere dall'associazione, da cui siano direttamente derivati i proventi riciclati: in tal caso, dunque, non risponderà di riciclaggio ma del reato associativo e dello specifico reato-fine commesso<sup>92</sup>.

La prima impostazione ha il merito di aprire un'interessante prospettiva, secondo cui i beni riciclati possono scaturire direttamente dallo stesso vincolo associativo. Tuttavia, l'elemento più significativo di tale impostazione è da ricercare nell'oggetto del reato: laddove si ammette che il riciclaggio possa avere ad oggetto non solamente denaro o beni provenienti dai reati-fine, per i quali è stata costituita l'associazione criminale, ma *anche* dalla condotta costitutiva dell'associazione in sé considerata. Tale affermazione, in particolare, ben si adatta al *modus operandi* delle organizzazioni criminali di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), le quali, infatti, possono trarre profitti e vantaggi economici, non solo dalla commissione di specifici reati-fine, ma direttamente dalla semplice appartenenza all'associazione, mediante il compimento di attività in concreto lecite (il controllo di attività economiche, la gestione di imprese private, il conseguimento di appalti), espletate ovviamente tramite il metodo mafioso<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Così, fra gli altri, M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro*, cit., 356 ss. e P. MAGRI, *op. cit.*, 432. In giurisprudenza la pronuncia Cass. pen., sez. VI, 29 luglio 2008, n. 31812, a proposito del concorso in associazione di tipo mafioso, ha chiarito che il concorrente nell'associazione può essere chiamato a rispondere per riciclaggio qualora i beni riciclati provengano dai reati-fine dell'associazione medesima (nella commissione dei quali il soggetto non abbia concorso). In tal senso, dunque, la limitazione disposta dalla clausola di cui all'art. 648-*bis* c.p., opererebbe solamente con riferimento al reato associativo in sé considerato, non estendendosi anche ai reati-fine dell'associazione da cui derivano i proventi riciclati.

<sup>92</sup> In tal senso Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2003, n. 10582, Bertolotti, *CED* 223689, secondo cui non si può configurare «una ontologica derivazione dei beni oggetto di riciclaggio dalla condotta associativa», ma solo dagli specifici reati-fine; conforme Cass. pen., sez. II, 23 settembre 2005, n. 40793, Carciati ed altri, *CED* 232524.

<sup>93</sup> Cass. pen., sez. I, 28 marzo 1996, in *Cass. pen.*1997, 696; di recente Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2012, Schiavone, n. 25633; Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2009, Papale, n. 45643; Cass. pen., sez. I, 27 novembre 2008, Franchetti; su tale impostazione si veda, per tutti, M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 207. Riportano con favore detta impostazione anche P. MAGRI, *op. cit.*, 477; L.D. CERQUA, *Il delitto di riciclaggio*, cit., 61 s.

Nel contesto dell'associazione di tipo mafioso così descritta, si possono dunque configurare, in concreto, diverse ipotesi: anzitutto il soggetto riciclatore risponderà di riciclaggio se non ha preso parte all'associazione dalla quale *direttamente* (e non per mezzo della commissione dei reati-fine) derivano i proventi riciclati (anche se, come visto, la giurisprudenza tende *di fatto* a considerare «associato» il soggetto riciclatore che opera per l'organizzazione); in secondo luogo, se il riciclatore fa parte dell'associazione ed ha operato su beni derivati direttamente dalla fattispecie associativa, potrà essere punito solo *ex art. 416-bis c.p.* (reato-presupposto), operando la clausola di esclusione posta dall'*art. 648-bis*; diversamente se il soggetto ha preso parte all'associazione mafiosa, ma i proventi che ha riciclato non derivano dall'associazione in sé, bensì dai reati-fine da questa posti in essere, egli risponderà sia di riciclaggio e sia del reato associativo, allorché lo stesso non abbia concorso negli specifici reati-fine (che costituiranno in tal caso il presupposto del riciclaggio), mentre risponderà del reato associativo e del reato-fine, allorché abbia concorso anche in quest'ultimo, beneficiando invece della clausola di esclusione per il riciclaggio<sup>94</sup>. Altra parte della dottrina, invece, contesta l'attitudine della associazione per delinquere a costituire il presupposto del reato di riciclaggio, in quanto esso potrebbe essere costituito unicamente dai reati-fine per i quali l'associazione è costituita. In questo modo essi ammettono che il soggetto agente, partecipe della sola associazione criminale, possa sempre essere imputato per riciclaggio qualora abbia integrato la relativa condotta: ai fini della clausola di esclusione, infatti, a nulla rileva il concorso nel reato associativo, essendo il delitto-presupposto costituito da uno dei reati-fine (e non dal reato di associazione in sé). Tale orientamento, in particolare, è stato condiviso dalla Suprema Corte<sup>95</sup> anche in alcuni casi relativamente recenti concernenti soggetti responsabili di riciclaggio e concorrenti in associazioni di tipo mafioso (*art. 648-bis*).

Per poterci meglio districare all'interno di questo complesso ragionamento è necessario ricordare che una delle differenze intercorrenti fra delitto di associazione per delinquere

---

<sup>94</sup> L. D. CERQUA, *op. cit.*, 62, quale accenna anche al particolare caso del concorrente esterno nel reato associativo, come l'imprenditore che accetta consapevolmente conferimenti in denaro provenienti dall'associazione, consentendo così ai suoi componenti il reimpiego di denaro di origine illecita: per costui vige, come per qualsiasi altro concorrente nel reato-presupposto, il beneficio della clausola di riserva contenuta nella fattispecie di riciclaggio.

<sup>95</sup> Cass. pen., sez. II, 4 giugno 2013, Aquila ed altro, n. 27292; conforme Cass. pen., sez. I, 27 maggio 2011, Calabrese ed altro, n. 40354; in passato, in tal senso, già Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2003, cit., rispetto a cui G. NANULA, *Il riciclaggio: un quadro riepilogativo con autorevole conclusione*, in *Il Fisco*, n. 37/2007, reperibile in [www.sistemailfisco.leggiditalia.it](http://www.sistemailfisco.leggiditalia.it) (cons. 15 luglio 2014), osservava come «questo indirizzo giurisprudenziale, applicato all'associazione per delinquere di tipo comune, dovrebbe valere anche per le altre ipotesi di associazione per delinquere: a quella di tipo mafioso, a quella finalizzata al traffico di stupefacenti, a quella finalizzata a reati di schiavismo ed a quella finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri».

«semplice» (art. 416) e associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis*), che si evince già dalla diversità di rubrica, è costituita dalle modalità con le quali le due organizzazioni sono in grado di generare proventi (denaro e utilità che costituiranno, poi, l'oggetto materiale del riciclaggio). Nell'associazione per delinquere è sempre necessario che siano realizzati ulteriori reati-fine (ai quali la medesima associazione è preordinata), perché sussistano proventi «utili» per un successivo riciclaggio o reimpiego, al contrario, quando si tratta di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis*), è proprio il «metodo mafioso» a costituire l'elemento fondamentale dell'organizzazione; metodo individuato dalla norma mediante tre fondamentali parametri, cumulativamente necessari: della forza del vincolo associativo, della condizione di assoggettamento e dell'omertà. La condotta tipica descritta dalla fattispecie si esaurisce nel fatto in sé di associarsi, ovvero di promuovere, dirigere, organizzare un'associazione di questo tipo, apportando un contributo effettivo all'esistenza dell'organizzazione, unitamente all'elemento strumentale del descritto metodo mafioso, di cui gli appartenenti si avvalgono nel perseguimento degli scopi propri dell'associazione.

Da ciò consegue che, per loro natura, le organizzazioni mafiose (e in generale tutte quelle che operano con metodo mafioso), perseguono il proprio arricchimento non solo mediante la commissione di azioni criminose, concretizzate nei reati-fine, ma anche mediante il diretto reimpiego in attività economico-produttive dei proventi derivanti dalla pregressa perpetrazione di reati, il controllo delle attività economiche attuate mediante il ricorso al metodo mafioso. Particolarmente importante, in tal senso, è altresì il richiamo al settimo comma dell'art. 416-*bis* c.p. ovvero all'obbligo di confisca, nei confronti del condannato per tale reato, delle cose costituenti il prezzo, il prodotto, il profitto del reato o l'impiego dei proventi, il quale presuppone che l'associazione sia di per se produttiva di ricchezze illecite<sup>96</sup>.

Va precisato che in passato l'orientamento giurisprudenziale prevalente, contrariamente alle argomentazioni fin qui esposte, riconosceva quali presupposti del riciclaggio e del reimpiego di capitali illeciti solamente i reati-fine posti in essere dall'organizzazione di stampo mafioso: da tale impostazione conseguiva che, in tutti i casi in cui non fosse considerato concorrente in tali reati-fine, il riciclatore associato all'organizzazione mafiosa sarebbe stato punibile sia per il reato associativo che per riciclaggio<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> A. GALLUCCIO, *op. loc. ult. cit.*, nota infatti come sia usuale per le associazioni di tipo mafioso avere tra i propri scopi il perseguimento di attività formalmente lecite, attraverso l'utilizzo del metodo mafioso

<sup>97</sup> In tal senso Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2007, Rappa, n. 44138, CED 238311; Cass. pen., sez. II, 23 luglio 2003, Carciati, cit.; Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2003, Bertolotti, cit.

In senso opposto sembra invece imporsi oggi l'orientamento della giurisprudenza, da quando, in un caso concernente condotte di riciclaggio e concorso in associazione camorristica, ha aperto alla configurabilità dell'associazione di tipo mafioso quale possibile autonomo presupposto del riciclaggio ed escludendo così il cumulo di responsabilità per il medesimo soggetto, riciclatore ed affiliato<sup>98</sup>.

Tale orientamento non può comunque dirsi, al giorno d'oggi, pienamente consolidato; a tal punto che la prima sezione della Corte di Cassazione, recentemente, investita di un successivo e analogo caso, è stata costretta a rimettere la questione alle Sezioni unite, per dirimere il contrasto giurisprudenziale precedentemente creatosi. Le Sezioni Unite hanno affrontato la predetta questione<sup>99</sup>, pronunciandosi con sentenza del 27 febbraio 2014. Al quesito è stata data soluzione negativa. I giudici hanno infatti chiarito la portata della clausola di riserva (qui in particolare con riferimento all'art. 648-*ter* c.p., ma la valenza è praticamente la stessa per quanto riguarda l'art. 648-*bis* c.p.), specificando che essa «esclude la sussistenza di ipotesi di autoriciclaggio» e che pertanto «il reato in esame non è configurabile quando la contestazione del reimpiego (o del riciclaggio) abbia ad oggetto denaro, beni o utilità provento del delitto di associazione di stampo camorristico ed essa sia riferita ad un soggetto che sia associato al medesimo gruppo sodalizio, specificamente dedito a tali attività di reinvestimento dei proventi delittuosi. Non è quindi ravvisabile un concorso tra il delitto presupposto ed il successivo reimpiego del provento dello stesso». Da ultimo, la Corte ritorna su alcune precedenti pronunce, espressive di orientamenti ormai consolidati, nelle quali si precisano i limiti della configurabilità del concorso del soggetto nel reato di associazione mafiosa. In particolare viene considerato concorrente nel delitto *ex* art. 416-*bis* c.p. anche colui che, pur non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'*affectio societatis*, fornisca, mediante l'attività di riciclaggio o di reimpiego dei relativi proventi, un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo che espliciti un'effettiva rilevanza causale e si vada a configurare come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle

---

<sup>98</sup> A partire dalla pronuncia Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2012, Schiavone, cit., secondo cui, poiché l'associazione mafiosa «può essere autonomamente produttiva di proventi/redditi, la cui fonte è costituita dalle attività economiche/imprenditoriali acquisite con tali forze e condizioni» e poiché «è l'associazione mafiosa in sé a rendere le attività (acquisite o gestite) illegali, perché perseguite e realizzate con gli strumenti dell'omertà, dell'intimidazione e della violenza», non si può escludere l'operatività della clausola di riserva di cui all'art. 648-*bis* c.p. rispetto al reato-presupposto, individuabile, in tali casi, proprio nella fattispecie *ex* art. 416-*bis* c.p.

<sup>99</sup> Questione così formulata nel ricorso che ha portato alla citata ordinanza: «Se sia configurabile il concorso fra i delitti di cui agli artt. 648 *bis* o 648 *ter* c.p. e quello di cui all'art. 416 *bis*, quando la contestazione di riciclaggio o reimpiego riguardi denaro, beni o altre utilità provenienti proprio dal delitto di associazione mafiosa».

capacità operative dell'associazione o, quanto meno, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale<sup>100</sup>.

Il contrasto giurisprudenziale viene infine risolto affermando il seguente principio di diritto: «il delitto presupposto dei reati di riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.) e di reimpiego di capitali (art. 648-*ter* c.p.) può essere costituito dal delitto di associazione mafiosa, di per sé idoneo a produrre proventi illeciti», e dunque «non è configurabile il concorso fra i delitti di cui agli artt. 648-*bis* o 648-*ter* c.p. e quello di cui all'art. 416-*bis* c.p., quando la contestazione di riciclaggio o reimpiego riguardi denaro, beni o utilità provenienti proprio dal delitto di associazione mafiosa»; ne deriva ulteriormente che «l'aggravante prevista dall'art. 416-*bis*, sesto comma, c.p. è configurabile nei confronti dell'associato che abbia commesso il delitto che ha generato i proventi oggetto, da parte sua, di successivo reimpiego».<sup>101</sup> Coerentemente alla impostazione avanzata dalla Cassazione, parte della dottrina ha recentemente evidenziato un dato fondamentale riscontrabile nell'esperienza concreta: le associazioni di stampo mafioso possono conseguire ingenti ed importanti profitti, fino a conseguire il controllo diretto di notevoli spazi del potere economico reale; in tale contesto è evidente che i proventi conseguiti in tal modo, in assenza della commissione di qualsiasi reato-fine, discendono in maniera diretta dall'appartenenza (anche in forma di concorso esterno) all'associazione criminale. In tal senso, l'illiceità del comportamento è da riscontrarsi non tanto nel fine perseguito, ovvero il vantaggio economico, quanto nel metodo «mafioso» posto in essere per conseguirlo, il quale si riflette poi, di conseguenza, nell'ingiustizia del provento che ne deriva. Il reato di associazione mafiosa, così inteso, può legittimamente integrare, *ex se*, un presupposto del delitto di riciclaggio<sup>102</sup>, il quale, peraltro, rappresenta non già un espediente occasionale di questo tipo di organizzazioni, quanto piuttosto un vero e proprio «strumento privilegiato per l'attuazione dello scopo tipico del sodalizio mafioso»<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Tale ruolo, comunemente indicato come «concorso esterno in associazione di tipo mafioso», è stato così delineato, in particolare, in Cass. pen., SS. UU., 12 luglio 2005, Mannino, n. 33748, CED 321670.

<sup>101</sup> In tal senso, ricorda la Corte, si erano già espresse Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 2010, Errico, n. 17694; Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2012, Schiavone, cit.; Cass. pen., sez. II, 23 gennaio 2013, Del Buono, n. 9226.

<sup>102</sup> L. LA GRECA, *op. cit.*, 2686 s., secondo la quale «il fine ultimo perseguito dalle organizzazioni incriminate (...) è quello dell'appropriazione di flussi di denaro, privato e pubblico, con i quali alimentare traffici illeciti e acquisire o mantenere il controllo di settori economici e finanziari, in un devastante circolo vizioso».

<sup>103</sup> Una delle più dirette conseguenze si individua nella necessità di contemplare, all'interno dei controlli preventivi antiriciclaggio, tutte quelle movimentazioni di denaro, apparentemente pulite, in relazione alle quali vi sia il fondato sospetto di una provenienza da attività di organizzazioni mafiose; infatti, quasi sempre, per la variegata tipologia di fonti da cui attingono il proprio sostentamento, le organizzazioni mafiose finiscono con il «mescolare» e confondere i proventi ricavati da attività *stricto sensu* delittuose (i reati-fine) con quelli, apparentemente «leciti» (ma ottenuti con metodi illeciti), ricavati dalla gestione delle attività economiche sopra richiamate.

A conferma di tale interpretazione diversi Autori hanno osservato che, in caso di riciclaggio, il soggetto concorrente nel reato *ex art. 416-bis* c.p., pur non essendo punibile anche per il delitto di riciclaggio, in virtù della clausola suddetta, si trova comunque di fronte ad un'altra, egualmente severa, previsione di incriminazione: egli può infatti incorrere in una circostanza aggravante di cui al comma 6 del medesimo art. 416-*bis*, la cosiddetta «aggravante di riciclaggio», in base alla quale, qualora le attività economiche di cui i soggetti associati intendono assumere o mantenere il controllo siano finanziate (anche in parte) con i proventi di un delitto, le pene per il reato associativo sono aumentate.

È opportuno osservare che, essendo più elevata la pena comminata per tale ipotesi di associazione mafiosa aggravata, rispetto a quelle previste dagli artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p., la sola punibilità per il reato associativo aggravato dovrebbe costituire, nella pratica, la soluzione più opportuna.

La concezione del reato di riciclaggio quale *delitto subordinato* e finalizzato ad ostacolare le indagini sui reati a monte, come il suo conseguente sottolineato carattere accessorio, risulta fortunatamente in fase di superamento, come evidenziato tra l'altro in alcune recenti posizioni dottrinali e giurisprudenziali. La manchevolezza di una simile impostazione è oggi tanto più evidente quando ci si trovi dinanzi a fenomeni di criminalità organizzata, come quella mafiosa, per le quali il compimento di attività di *laundering* è orientata principalmente ad incrementare il patrimonio dell'organizzazione medesima passando in secondo piano, in un certo senso, l'assicurazione dell'impunità dei precedenti reati: tale patrimonio rappresenta la base e lo strumento privilegiato fondamentale per il controllo e l'influenza del contesto economico, sociale e politico del luogo in cui opera l'organizzazione stessa.

### **3 L'oggetto materiale del reato**

La trattazione si sofferma ora sull'oggetto materiale del reato di riciclaggio; esso è costituito da «denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo»; la formula è rimasta praticamente invariata rispetto alla precedente versione della norma incriminatrice del 1990, la quale aveva aggiunto al «denaro» anche i «beni» e le «altre utilità», con il fine specifico di risolvere incertezze applicative di fondamentale importanza.



La natura «illecita» non è un carattere implicito di tali proventi (beni, denaro o altre utilità), ma discende direttamente dall'illiceità dei comportamenti che li hanno generati, ovvero da un giudizio che l'ordinamento dà dei comportamenti medesimi. Nello specifico, si definiscono «illeciti» ai fini dell'art. 648-*bis* c.p. i proventi che derivano (quale profitto, prezzo o prodotto) dal compimento di un qualsiasi delitto non colposo.

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sul reale significato da attribuire al concetto di «bene». Dapprima si era individuato, da parte di alcuni giudici di merito, un filone interpretativo volto a restringere il campo ai soli beni aventi un carattere di sostanziale «liquidità», estendendo «il contenuto concettualmente economico insito nel primo termine» (il denaro, appunto), anche alle locuzioni che lo seguono (i beni e le altre utilità). Tuttavia la giurisprudenza di legittimità ha da tempo elaborato un concetto di «bene» di portata più generale, rifacendosi al disposto dell'art. 810 c.c., in base al quale «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti».

Sulla valenza dei riferimenti della norma all'oggetto materiale del reato, tuttavia, assume una valenza decisiva, con effetto certamente estensivo dell'area dei comportamenti punibili, la presenza del riferimento a tutte le «altre utilità», attribuendosi a tale locuzione il valore di una formula residuale e onnicomprensiva, tanto dei beni materiali quanto di quelli immateriali. Lo stesso può affermarsi per l'inciso «in relazione», contenuto nell'espressione «ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni», che mette, infatti, in relazione l'ambito dell'oggetto materiale del reato con le condotte tipizzate e ricomprende nell'ambito della tipicità forme di manifestazione dell'illecito una grande varietà di comportamenti, in precedenza rilevabili solo quali contributi atipici<sup>104</sup>.

Resta peraltro evidente che non tutti i beni richiamati possono, sempre e comunque, formare oggetto di riciclaggio: occorre infatti che tali beni siano riconducibili ad una «essenza economico-finanziaria», che in qualche misura giustifichi la giustapposizione del concetto di denaro rispetto agli altri due termini di valenza più generica. Come evidenziato da autorevole dottrina, dunque, deve trattarsi non di un qualsiasi bene materiale, ma pur sempre di un bene caratterizzato da una «utilità» comparabile a quella del denaro, dunque «spendibile» e «liquida»:

---

<sup>104</sup> G. DONADIO, *op. cit.*, 854; in proposito M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio*, cit., 307, opportunamente richiama, fra le forme di manifestazione rilevanti in relazione all'oggetto materiale del reato, anche «la dazione di documenti, atta a dare copertura lecita ai profitti criminali».

in altre parole, un qualunque elemento «susceptibile di valutazione economica e patrimonialmente apprezzabile, purché di provenienza delittuosa»<sup>105</sup>.

#### **4 La provenienza illecita dei beni**

Nel corso degli anni numerose sono state le interpretazioni del concetto di provenienza illecita dei beni: prima degli anni Novanta, quando ancora non era stato effettuato l'ampliamento dei reati-presupposto, la tendenza prevalente della giurisprudenza e della dottrina era quella di ampliare il concetto di provenienza (e dunque della norma stessa); ciò è testimoniato da una diffusa interpretazione della Cassazione di allora, che sosteneva un concetto estensivo del termine «provenire»; in seguito, con l'ampliamento del novero dei reati in grado di generare proventi riciclabili, l'interpretazione del concetto di provenienza è mutata significativamente, andando a concretizzare un'opposta tendenza finalizzata a limitare l'onnicomprensività della formula «denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo». La riflessione sull'oggetto materiale dell'illecito ci permette di osservare quanto e in che modo il riciclaggio rappresenti, tra le fattispecie punitive dell'ordinamento, un «reato-ostacolo», posto che le condotte che lo integrano sono idonee a «ostacolare la provenienza delittuosa» dei beni che ne formano l'oggetto materiale. Esso, di conseguenza, può sussistere qualora vi siano «proventi» illeciti da riciclare, derivanti dal compimento, antecedente, di un diverso reato, che è detto perciò «reato-presupposto»: per tale peculiarità la fattispecie è stata indicata da alcuni autori come una norma di «secondo grado», «la cui condotta segue quella dell'illecito-base, presupponendola e proseguendola dal punto in cui questa finisce». Tale considerazione ci porta a rivolgere l'attenzione sui rapporti che si instaurano tra riciclaggio e reati-presupposto.

#### **5 Chiarimenti sulla differenza tra reato presupposto e reato accessorio**

Un ruolo centrale nell'identificazione dei caratteri strutturali della fattispecie di riciclaggio si riscontra nel cosiddetto reato presupposto.

---

<sup>105</sup> G.M. SOLDI, *op. cit.*, 497, svolge un'esauriente carrellata delle diverse tipologie di oggetto materiale che ricorrono nel riciclaggio: denaro contante, assegni e altri titoli di credito, carte di credito, carte di pagamento, beni, strumenti finanziari, titoli, moneta elettronica, oro e altri metalli preziosi.

L'indagine sull'elemento oggettivo non può, infatti, essere limitato allo studio di aspetti come la condotta o l'evento, in quanto il delitto non si configura se la res, ovvero l'oggetto materiale del reato, non ha una provenienza delittuosa.

Nell'art. 648-*bis* c.p. ci troviamo dinanzi ad un rinvio all'istituto del reato presupposto. È necessario catalogare correttamente tale elemento collocandolo tra i presupposti della condotta e non del reato, in quanto costituisce a tutti gli effetti un elemento necessario del fatto tipico. Da ciò consegue che nel caso in cui manchi nel reato presupposto un qualsiasi elemento sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo, risulterà carente anche la stessa fattispecie del riciclaggio.

Si è a lungo discusso a proposito di una clausola di selezione all'interno dell'articolo: questa andrebbe a costituire uno dei parametri normativi di primaria rilevanza al fine di identificare il reato "legittimato" a fungere da presupposto per quello di riciclaggio. L'art. 648-*bis* c.p. limita il campo dei fatti costituenti illecito penale ai soli "delitti non colposi", non chiarendo tuttavia quale sia il parametro da usare per l'identificazione degli illeciti che possano concretamente essere deputati a qualificare la particolare provenienza della res ai fini della configurazione del delitto in oggetto.

Il delitto di ricettazione è caratterizzato dal medesimo problema: il dibattito che è scaturito da tale problematica risulta molto vasto; si è raggiunta una posizione comune la quale sostiene che, ai fini dell'identificazione del concetto di provenienza da reato, non debba necessariamente ricorrere l'elemento dell'immediatezza.

È possibile dunque la realizzazione sia di "ricettazione mediata" sia di "ricettazione a catena". Si potrebbe quindi giungere alla conclusione che si possa considerare res proveniente da delitto anche quella oggetto di pregressa ricettazione, configurandosi così una sorta di "ricettazione di ricettazione"<sup>106</sup>; in tal modo si incontrerebbe il rischio per cui lo stesso delitto di ricettazione, e dunque anche il delitto di riciclaggio, possa essere ritenuto in grado di divenire reato presupposto. Risulta evidente come i due piani di indagine, ovvero quello dell'identificazione del concetto di provenienza da reato e dell'identificazione del reato presupposto, siano in stretta correlazione. Si deve sottolineare il fatto che la condotta illecita accessoria possa essere più di una anche a fronte di uno stesso reato presupposto. Dunque ciò ci fa comprendere che il reato presupposto della fattispecie di riciclaggio non è semplicemente il reato posto in essere in precedenza, bensì l'illecito costitutivo del provento.

---

<sup>106</sup> MANTOVANI, Diritto penale, parte speciale. Delitti contro il patrimonio, II, p.254

Per tale ragione sarebbe più appropriato parlare di reato fonte riferendosi all'illecito che origina il bene oggetto di riciclaggio o di reimpiego. Il reato fonte può sempre fungere da presupposto di un delitto accessorio, ma ciò non implica che un reato presupposto sia sempre un reato fonte. Come è specificato in questa trattazione, l'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p., può fungere da reato presupposto di altro reato accessorio quale ad esempio il favoreggiamento personale, ma non può essere reato fonte, come tale capace di generare proventi.

Diversamente accade con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p.

L'attenzione si focalizza ora sulla sorte che, nel reato accessorio, hanno le vicende relative al reato presupposto. Andando a considerare le condizioni di punibilità riferibili al reato presupposto, parte della dottrina ha affermato che un loro difetto farebbe venir meno la possibilità di configurazione del reato accessorio, in quanto mancherebbe, sotto il profilo oggettivo, la possibilità di veder configurata la fattispecie presupposta. Tale interpretazione è in contrasto evidente con la dottrina più risalente, la quale ha sostenuto che il reato presupposto sarebbe perfettamente configurato già prima del verificarsi delle condizioni in esame.

Le condizioni di procedibilità sono state dapprima considerate sullo stesso piano degli elementi costitutivi del fatto da parte di dottrina e giurisprudenza, mentre in seguito ne è stata sostenuta la mera rilevanza processuale; tale ultimo indirizzo è stato confermato dal legislatore che ha sancito l'irrilevanza dell'eventuale difetto in concreto delle condizioni di procedibilità<sup>107</sup> con la L. 9 agosto 1993 n. 328, comma 3.

Per quanto riguarda le cause estintive del reato presupposto la dottrina tende a diversificare le conseguenze in base al fatto che siano intervenute prima o dopo la commissione del successivo reato<sup>108</sup>.

Si applica il disposto dell'articolo 170 del Codice Penale nel caso in cui la causa estintiva intervenga successivamente; il primo comma del suddetto articolo sancisce infatti che “quando un reato è il presupposto di un altro reato, la causa che lo estingue non si estende all'altro reato”.

Nel caso in cui, invece, la causa estintiva sia intervenuta precedentemente, è conforme il parere secondo cui non si possa configurare una responsabilità accessoria, in quanto la causa estintiva non permette che il fatto presupposto venga giuridicamente qualificato come reato e

---

<sup>107</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, II, Bologna, 2102, p.234.

<sup>108</sup> PECORELLA, voce *Ricettazione*, in *Diritto penale*, 1989, p. 943.

dunque fa sì che questo non possa dirsi venuto ad esistenza al momento del compimento del fatto successivo.

Tale disposizione, contenuta nel comma 1 dell'art. 170 c.p., non dovrebbe valere nei casi di novazione legislativa. I casi di *abolitio criminis* dovuti a novazione legislativa o a declaratoria di incostituzionalità generano effetti *ex tunc* nei confronti della fattispecie presupposto e sono dunque in grado di “travolgere” il reato accessorio<sup>109</sup>. Partendo da questo presupposto il reato accessorio andrebbe a considerarsi escluso anche negli altri casi di estinzione del reato. Tuttavia tale ultima affermazione è messa in discussione poiché l'art. 170, primo comma, c.p. non può applicarsi a quei fatti che oggettivamente, ed *erga omnes*, perdono i caratteri dell'illecito penale; basti pensare alla remissione della querela che, pur essendo una causa estintiva del reato, opera solo con riferimento a quel fatto reale, non andando ad eliminare in via generale ed astratta la figura criminosa dal sistema penale<sup>110</sup>.

Nel caso in cui venga a mancare l'elemento soggettivo richiesto ai fini del perfezionamento della fattispecie presupposto, si è affermato in dottrina che si esclude l'ipotesi di un eventuale reato successivo.

Queste conclusioni ci fanno comprendere chiaramente come tra reato presupposto e reato accessorio ci sia un rapporto di stretta presupposizione.

In conclusione, nella fattispecie di riciclaggio non si può dunque affermare l'indipendenza dello stesso delitto dall'illecito fonte.

È possibile notare come all'ultimo comma dell'art. 648 c.p., richiamato dallo stesso art.648-*bis* c.p., siano previste delle eccezioni alla regola della integrale incidenza delle sorti del primo illecito sul secondo; tali eccezioni vengono interpretate in senso restrittivo, altrimenti si dovrebbe negare la portata innovativa delle stesse norme. Tale portata innovativa si riscontra da un'analisi comparativa con il disposto dell'articolo 378 c.p. il quale, all'ultimo comma, sancisce che “le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto”. Se si volesse ritenere che il legislatore abbia voluto esclusivamente chiarire il diritto applicabile, non si capirebbe la ragione per la quale abbia inteso differenziare tra favoreggiamento e ricettazione, predisponendo clausole così distinte<sup>111</sup>. In verità tali disposizioni non hanno sostanziale portata innovativa, ma trovano la

---

<sup>109</sup> REINOTTI, voce Ricettazione e riciclaggio, in Enc. Dir., XL, Milano, 1989, p.461.

<sup>110</sup> PAGLIARO, voce Favoreggiamento, in Enc. Dir., XVII, Milano, 1968, p.40.

<sup>111</sup> In base all'ultimo comma dell'art. 648 c.p. “ Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto”.

loro primaria ragione nel fatto che il rapporto di presupposizione è il risultato di principi cardine del nostro ordinamento quali i principi di offensività, colpevolezza e frammentarietà.

## 6 Il delicato rapporto tra riciclaggio e reati tributari

Ci si deve a questo punto interrogare sull'opportunità, o meno, di considerare rilevante, ai fini della configurabilità del reato di riciclaggio, «qualsiasi arricchimento indebito nella cui catena causale entri, anche indirettamente, l'illecito»<sup>112</sup>. Se prendiamo come punto di riferimento la Convenzione di Strasburgo, base significativa per l'ultima versione della norma italiana vigente (art. 648-*bis* c.p.), il termine «provento» indica «qualsiasi vantaggio economico derivante da reati», intendendosi in tal modo un'accezione fortemente estensiva del termine.

Se da una parte sembra comunque opportuno far ricomprendere all'interno della nozione di «beni provenienti da delitto» in senso stretto tutti i ricavi del reato-presupposto, riferendosi tanto al prodotto, quanto al profitto e al prezzo del reato medesimo, significative e maggiori perplessità circondano la possibilità di ricomprendervi anche i beni e le utilità acquisiti *prima* della commissione del reato, o che comunque non siano individuabili precisamente e interamente come «proventi» del medesimo.

Perplessità ed interrogativi sulla provenienza sono nate, sostanzialmente, in riferimento ad utilità conseguite dal soggetto mediante attività lecite e oggetto, successivamente, di delitti (come quelli tributari) che ne abbiano illegittimamente impedito l'uscita dal patrimonio del soggetto, tali da poter essere configurati, più che come «proventi», quali veri e propri frutti di un «indebito risparmio». Si può affermare che, da un lato, l'accezione volutamente ampia della formula «provenienti da delitto non colposo» legittima ad includere fra i reati-presupposto non solo quelli finalizzati alla creazione di capitali illeciti (ad esempio la corruzione, l'estorsione, ecc.), ma anche quei delitti che non producono in via diretta una ricchezza, come risultano difatti i reati previsti in materia tributaria dal D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74<sup>113</sup>.

Difatti la legge sembra suggerire una concezione *dinamica*, piuttosto che *statica*, della nozione di provenienza: l'espressione «provenienti da delitto» sembra fare riferimento ad una concezione più ristretta dell'oggetto materiale, secondo la quale vi rientrerebbero solo quei beni

---

<sup>112</sup> P. MAGRI, *op. cit.*, 436.

<sup>113</sup> P. COSTANZO, *op. cit.*, 526 ss.

o quelle utilità che costituiscono un incremento del patrimonio e che quindi si riferiscono al «flusso di ricchezza» illecita proveniente dall'esterno e fatta propria dal riciclatore.

È necessario riflettere sulla possibilità di intendere quali reati-presupposto i reati fiscali e tributari. Le azioni di evasione fiscale, nel caso in cui siano finalizzate alla costituzione di fondi neri all'estero (integranti in concreto il reato di evasione fiscale), custoditi presso istituti di credito<sup>114</sup>, possono infatti realizzare condotte di riciclaggio: tali fondi, occultati all'estero, vengono periodicamente reintrodotti e riutilizzati nel ciclo economico del paese di provenienza per il reinvestimento o per semplice il godimento personale del beneficiario. Spesso, peraltro, tale pratica sembra indirettamente favorita da alcuni provvedimenti del legislatore (si pensi allo *scudo fiscale*) che se non opportunamente controllati possono consentire, anche ai potenziali responsabili delle frodi sopra descritte, di rimpatriare a basso costo le somme accumulate, più o meno lecitamente, prevedendo ipotesi di sottrazione di dette operazioni ai normali controlli antiriciclaggio previsti dalla legge.

Tuttavia sono effettivamente molti i nodi giuridici da sciogliere per poter considerare i reati fiscali quali presupposti per il reato *ex art. 648-bis c.p.*; alcune problematiche si pongono sia con riguardo alla concreta possibilità di qualificare, in senso giuridico, tali comportamenti quali reati-presupposto del riciclaggio sia da un punto di vista probatorio, con riguardo alle difficoltà di provare la consapevolezza della provenienza illecita del provento in capo al riciclatore. In particolare si è osservato che, in un contesto imprenditoriale<sup>115</sup>, «quando il fine dell'impresa è solo quello di non pagare l'imposta, il percorso del provento fiscale è nella maggior parte dei casi breve: rimane in sostanza dove si è generato»<sup>116</sup>; bisogna ricordare, inoltre, che le soglie quantitative al di sopra delle quali è possibile parlare di illecito penale fiscale (o tributario) sono al momento assai elevate, parlandosi, al contrario, di illeciti di natura amministrativa.

Quando, invece, si tratti di illeciti aventi natura di delitto, la questione principale riguarda la configurabilità, per i medesimi, dei requisiti propri del reato-presupposto idoneo a porre le basi per i successivi fatti di riciclaggio: ci si interroga se, all'esito di un reato tributario, esista o meno un reale *provento* illecito idoneo ad essere *lavato* o reimpiegato e se le peculiarità strutturali

---

<sup>114</sup> Tipico in questo senso è il ricorso ad istituti di credito o intermediari situati nei cosiddetti "paradisi fiscali" (o "paesi non cooperativi", secondo l'accezione istituzionale), meno inclini a verificare la provenienza del denaro e che garantiscono ai correntisti forme di anonimato pressoché assolute.

<sup>115</sup> Sull'inquadramento del reato di riciclaggio all'interno delle realtà societarie e le problematiche ad esso connesse si veda, in particolare, C.E. PALIERO, *Il riciclaggio nel contesto societario*, in AA. VV., *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, a cura di M. Arnone, S. Giavazzi, V&P (Milano), 2011, 91 ss.

<sup>116</sup> S. GIAVAZZI, *I reati societari e fiscali quali reati-presupposto del riciclaggio*, in AA. VV., *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, a cura di M. Arnone, S. Giavazzi, V&P (Milano), 2011, 100 ss.

di questo tipo di reati non siano di ostacolo alla configurazione di un successivo riciclaggio. Una delle tesi contrarie all'inclusione di questo genere di «beni» all'interno dell'art. 648-*bis* c.p., precisa che l'utilità economica derivante dai reati fiscali non proviene specificamente da essi, ma in sostanza è preesistente ad essi, con la conseguente impossibilità di configurare un *provento* riciclabile in senso tecnico. La critica mossa a questo tipo di concezione è quella che afferma che il denaro che non viene versato al Fisco, e che permane nel patrimonio del contribuente, rappresenta comunque un'utilità economica immediata, riconducibile *in toto* al reato fiscale, e che per giunta si presenta idonea a ledere quei beni giuridici afferenti all'ordine economico<sup>117</sup>. Si consideri inoltre che, tramite di provvedimenti di livello internazionale, gli organi competenti in materia di contrasto al riciclaggio si sono espressi varie volte a favore dell'inclusione dei reati fiscali tra le condotte che possono produrre «proventi» riciclabili<sup>118</sup>.

La dottrina più recente, al contrario, critica la categoricità di tale posizione e si presenta favorevole ad un'interpretazione mediana che include, tra i presupposti del riciclaggio, i soli delitti tributari relativi alle imposte dirette e di imposta sul valore aggiunto che abbiano determinato, per il colpevole, un arricchimento effettivo, non includendo i reati fiscali che conducono ad un mero risparmio d'imposta. In particolare tale argomentazione muove dalle difficoltà connesse all'individuazione dei proventi della frode fiscale, non ammettendo che si possa qualificare *tout court* il reato tributario quale reato-presupposto del delitto di riciclaggio, a meno di voler accedere a ricostruzioni congetturali o presuntive dell'origine illecita del denaro o dei beni in questione<sup>119</sup>.

È auspicabile, in una visione di repressione effettiva, un intervento chiarificatore sul piano legislativo, che possa in qualche modo ricomprendere i più frequenti reati fiscali tra i possibili presupposti del fenomeno del riciclaggio.

---

<sup>117</sup> Secondo questa impostazione, in particolare, il concetto di «provenienza» sarebbe da intendersi non tanto in senso materialistico quanto in senso «economico», come illustrazione di una mera derivazione causale dal compimento di un delitto; cfr. in tal senso P. COSTANZO, *op. cit.*, 528 s., il quale include, tra le diverse «fenomenologie» della provenienza del lucro dagli illeciti-presupposto anche il «mancato depauperamento» derivante, ad esempio, dagli illeciti penali fiscali.

<sup>118</sup> Si pensi alle disposizioni di fonte internazionale quali, *in primis*, la Convenzione di Strasburgo del 1990 o la Decisione Quadro del Consiglio dell'UE 2001/500/GAI; per non parlare di quelle disposizioni che, per individuare il novero dei reati-presupposto, adottano criteri di selezione fondati sull'entità della pena edittale, come la Raccomandazione n. 1 del GAFI, l'art. 9 della Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa, o ancora l'art. 3 della Direttiva comunitaria 2005/60/CE. Cfr. in dottrina P. COSTANZO, *op. cit.*, 530 ss.

<sup>119</sup> S. GIAVAZZI, *op. loc. ult. cit.*, a sostegno di tale tesi, compie un interessante raffronto, in parallelo, con l'istituto della confisca in ambito di reati tributari, su cui cfr. Cass. pen., SS. UU., 24 maggio 2004, n. 29951, in *Il Fisco*, 2004, 1, 7355. Peraltro si osserva che, operando sulla base di presunzioni, in un contesto societario, si arriverebbe a contestare sempre il riciclaggio (o quantomeno il reimpiego) nei casi di accertata evasione per dichiarazione fraudolenta o infedele, anche quando non vi sia la prova di un camuffamento o di un ostacolo alla tracciabilità del provento.



Con riguardo alla situazione attuale, a fronte dei contrasti dottrinali espressi, ed in assenza di precise indicazioni legislative, o quantomeno giurisprudenziali occorrerà che gli interpreti si affidino ad un criterio astratto e discrezionale di ragionevolezza, che ponga al vaglio le singole fattispecie, per accertare se lo specifico delitto sia o meno in grado di generare un provento riciclabile e sia dunque inquadrabile quale delitto-presupposto per il delitto di riciclaggio.

## CAPITOLO V

### L'autoriciclaggio

#### 1 Le principali novità introdotte dalla normativa

Il punto fondamentale per la trattazione di tale argomento è la Gazzetta Ufficiale 17 dicembre 2014, n. 292 contenente la Legge 15 dicembre 2014, n. 186 in materia di emersione e rientro dei capitali detenuti all'estero e autoriciclaggio.

La novità che a noi maggiormente interessa riguarda l'inserimento nel codice penale del reato di autoriciclaggio previsto dal 648-ter<sup>1</sup> che prevede la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da cinquemila a venticinquemila euro per *“Chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa”*.

Pene più lievi (reclusione da uno a quattro anni e multa da euro 2.500 a euro 12.500) nell'ipotesi del secondo comma, quando *“il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni”*.

Si tratta di una novità significativa, un'introduzione nel Codice Penale voluta da anni; tuttavia, come vedremo nel corso della trattazione, la fattispecie neonata non è esente da critiche da parte di autorevole dottrina e giurisprudenza.

#### 2 L'annoso dibattito prima dell'introduzione della fattispecie

Per una questione di chiarezza espositiva ritengo assolutamente necessario ripercorrere l'evoluzione normativa della nuova fattispecie di autoriciclaggio, in quanto numerosi sono stati nel tempo i tentativi di una sua introduzione nel Codice, arrivata solo nel dicembre 2014.

Il punto focale della trattazione ha inizio dall'analisi dei soggetti attivi del reato; come già detto il riciclaggio si configura quale reato comune, a soggettività ristretta: il legislatore ha infatti previsto che, per la punibilità del riciclaggio, il soggetto attivo non debba aver concorso nella realizzazione del delitto-presupposto; tale vincolo è contenuto nella clausola limitativa

dell'ambito della punibilità dell'art. 648-*bis* c.p.: «fuori dei casi di concorso nel reato». La formula è anche indicata come clausola di esclusione dell'«autoriciclaggio» o come fondamento del «privilegio di autoriciclaggio».

Il dibattito attorno all'*incipit* dell'art. 648-*bis*, fino a pochi mesi fa, non appariva affatto risolto e ciò comportava ricadute importanti proprio sul terreno della configurabilità e della punibilità della condotte di riciclaggio realizzate dal medesimo autore dei reati-presupposto (o di colui che vi abbia concorso).

In particolare, rispetto alle ricostruzioni interpretative «tradizionali» della clausola di riserva, appaiono fondate alcune critiche, mosse dalla dottrina più recente, che si procederà ad illustrare.

Tra le diverse letture che di detta clausola si sono date<sup>120</sup> è interessante richiamare, qui, quella fatta propria da Faiella<sup>121</sup>, in particolare, che ha avanzato un'interpretazione, alternativa a quella maggioritaria ma altrettanto fondata, dell'espressione «fuori dei casi di concorso nel reato». Stando a questa analisi, la formula d'apertura contenuta nell'art. 648-*bis* c.p. avrebbe un fondamento logico-giuridico differente ed una portata assai più ristretta rispetto a quella, formalmente identica, prevista per la ricettazione: tanto che l'Autore parla, riferendosi all'impostazione maggioritaria, di una «improvvida equiparazione della fattispecie di cui all'art. 648-*bis* c.p. a quella di cui all'art. 648 c.p.».

Infatti la formula di esclusione dei casi di concorso nel reato, contenuta *in incipit* dell'art. 648 c.p., discende direttamente ed obbligatoriamente dagli elementi descrittivi della condotta, che attiene agli atti di *acquisto* e di *ricezione* della *res*, proveniente da delitto: atti che, come tali, non possono che essere compiuti da un soggetto *estraneo* rispetto all'autore (o agli autori) del reato fonte, giacché l'autore del reato-presupposto già *possiede* la *res* in questione.

Dunque, secondo tale impostazione, la clausola di apertura dell'art. 648 c.p. non va letta come se dicesse: “fuori dei casi in cui l'autore del fatto accessorio abbia commesso (a qualunque

---

<sup>120</sup> M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio*, cit. 350 s. il quale propende, comunque, per una lettura “ampia” della formula (riferibile al principio di consunzione) escludente tutti i casi di partecipazione del soggetto riciclatore al reato-presupposto, argomentando dal fatto che la previsione sia stata mutuata dal reato di ricettazione; S. FAIELLA, *Riciclaggio*, cit. 286 ss. ritiene, diversamente, che la clausola *de qua* abbia un significato assai più ristretto rispetto a quello indicato in riferimento alla cosiddetta “autoricettazione”.

<sup>121</sup> S. FAIELLA, *op. ult. cit.*, 281 ss.; cfr. altresì M. ZANCHETTI, *op. cit.*, 328, nonché, *con-tra*, L.D. CERQUA, *op. cit.*, 57. Da conto della varietà di posizioni, sul tema, anche G. MORGANTE, *Riflessioni su taluni profili problematici dei rapporti tra fattispecie aventi ad oggetto operazioni su denaro o beni di provenienza illecita*, in *Cass. pen.*, 1998, 2158 ss.

titolo) il reato-presupposto”<sup>122</sup>. La clausola, secondo l’Autore, andrebbe invece inquadrata nella sua più ristretta portata, stando ad una lettura più rigorosa del dato testuale, e, precisamente, «nel senso di escludere dall’ambito della punibilità per riciclaggio le sole ipotesi in cui la promessa o il patto di ricettare i beni illeciti abbia costituito, *ex se*, una *concausa* per la commissione del reato-presupposto».

In questo modo si spiegherebbe, fra l’altro, la scelta del legislatore di esprimere la clausola facendo riferimento al concorso di persone nel reato («Chiunque, fuori dei casi di concorso...»), che intende richiamare, come detto, i soli casi in cui il patto di ricettazione abbia rivelato un’incidenza causale (da verificare in concreto) per la realizzazione del fatto presupposto.

Se, dunque, per quanto riguarda la ricettazione, la clausola di riserva esaminata, nella lettura che qui si propone, riguarda esclusivamente questioni di tipicità del fatto illecito (onde stabilire quando un certo comportamento dell’*extraneus* integri o meno un «concorso nel reato»), sostanziali differenze si hanno con riferimento al riciclaggio: riguardo a tale fattispecie la clausola di riserva attiene esclusivamente all’ambito della punibilità, tanto che si parla, appunto, di «autoriciclaggio» come di un *post factum* non punibile. Proprio per tale motivazione, diversamente da quanto osservato per la ricettazione, non si può escludere dalla tipicità del fatto di riciclaggio la condotta posta in essere dal medesimo autore del reato-presupposto.

Il *post factum* di autoriciclaggio andrebbe a costituire, secondo tale interpretazione, un fatto tipico, consistente nella dissimulazione della provenienza illecita del bene, attuabile anche da parte del medesimo autore del reato fonte. È d’altronde in tale idoneità dissimulatoria che va rinvenuto il nucleo fondamentale della portata lesiva delle condotte di cui all’art. 648-*bis* c.p.; così, il termine «autoriciclaggio» non indicherebbe che una particolare forma di manifestazione del reato, consistente nell’identità tra l’autore del riciclaggio e l’autore del reato-presupposto, che il legislatore, secondo l’interpretazione che larga parte della dottrina ne ha dato, ha voluto escludere dall’ambito di punibilità: esclusione che, peraltro, nei casi in cui non sia rinvenibile

---

<sup>122</sup> Poiché, così facendo, si attribuirebbe ad essa il solo (inutile) scopo di escludere la punibilità di condotte di «autoacquisto» o «autoricezione» dei beni illeciti, che già di per sé non costituiscono reato. Peraltro, tale lettura non giustificherebbe, né nel caso della ricettazione, né in quello del riciclaggio, l’utilizzo del riferimento del testo di legge al concorso di persone nel reato: infatti, se il legislatore avesse voluto introdurre rispettivamente un privilegio di autoricettazione ed uno di autoriciclaggio, lo avrebbe fatto, anzitutto, riferendosi alle ipotesi di realizzazione monosoggettiva del reato-presupposto, che costituiscono la regola, e non già riferendosi alle ipotesi *eventuali del* concorso di persone. Ciò, fra l’altro, porta l’Autore a ragionare su una valenza più ristretta della clausola in parola.

alcun soggetto *extraneus* al reato-fonte, cui addebitare la sanzione di cui all'art. 648-*bis* c.p., si traduce *tout court* nel venir meno della punibilità del fatto.

Alla luce di quanto osservato con riguardo alla ricettazione, anche nel riciclaggio la clausola di riserva, secondo tale orientamento, sarebbe dunque valida ad escludere la rilevanza penale dei soli casi in cui l'autore del riciclaggio, mediante il proposito di commettere tale reato, abbia fornito un apporto concorsuale alla realizzazione del delitto-presupposto, causalmente orientato a determinare o rafforzare il compimento del delitto medesimo; così che, al contrario, il soggetto attivo sarebbe punibile nell'ipotesi in cui la sua condotta di «ripulitura» sia rimasta ininfluyente rispetto al proposito di commettere il delitto-base (tale idoneità andrà, peraltro, valutata in concreto, caso per caso). In tal senso, l'Autore citato riconduce la funzione della clausola di esclusione della punibilità per l'autore del delitto-presupposto, nel caso del riciclaggio, alla necessità di evitare la violazione del cosiddetto *ne bis in idem* sostanziale, risolvendo così il concorso apparente di norme ogni qual volta la condotta di riciclaggio «abbia costituito *ex se* la condotta del concorrente nel reato pregresso, causalmente idonea a corroborare l'intenzione degli altri concorrenti alla commissione del delitto medesimo (...)».

La dottrina maggioritaria<sup>123</sup>, è conforme ad una tesi differente da quella appena esposta, ed inquadra la clausola di riserva nell'ottica del principio di consunzione e del *post factum*: essa ritiene non punibili tutti i fatti di riciclaggio commessi dall'autore (o dal concorrente) nel delitto-presupposto; tale impostazione, infatti, riconosce una causa di esclusione della punibilità, frutto di una precisa scelta del legislatore, tesa a creare un'area di non punibilità attorno all'attività *post factum* del soggetto agente, quand'anche si tratti di condotte differenti (le une di concorso, le altre di riciclaggio)<sup>124</sup>.

Tra le diverse interpretazioni effettuate dalla dottrina sulla clausola di riserva di cui all'art. 648-*bis* c.p., è necessario concentrare l'attenzione proprio su due di esse in quanto maggiormente significative ed esaustive da un punto di vista di logica sistematica e di coerenza al dato normativo. Tali alternative visioni si differenziano essenzialmente per una diversa portata dell'esclusione della punibilità che propongono. Da un lato, la tesi «tradizionale», che raccoglie significative e numerose adesioni in dottrina, afferma che la clausola di riserva consiste in una causa di esclusione della punibilità, operante in tutti i casi in cui l'autore del riciclaggio

---

<sup>123</sup> Fra cui si vedano P. COSTANZO, *op. cit.*, 469; P. MAGRI, *op. cit.*, 429 ss.; G. DONADIO, *op. cit.*, 841 s. e gli altri Autori citati, in tal senso, *sub cap.* III, § 1.

<sup>124</sup> Lettura, questa, che, del resto, risulta in linea il principio secondo il quale l'attività *post delictum* «è penalmente irrilevante finché circoscritta a comportamenti di natura patrimoniale», come sono certamente, sotto diversi punti di vista, quelli che integrano il riciclaggio (cfr. P. MAGRI, *op. cit.*, 429 s.).

abbia cagionato, o sia concorso a cagionare (a qualunque titolo), il reato-presupposto; tale impostazione ha tuttavia il difetto di non riuscire a motivare il ricorso del legislatore alla formula «fuori dei casi di concorso nel reato», ove il riferimento al concorso non trova ragione, stando al significato che si vorrebbe attribuire alla clausola; inoltre tale lettura risulta criticabile nella misura in cui finisce per definire ogni operazione di riciclaggio come una «naturale prosecuzione» (quasi un perfezionamento) della condotta criminosa presupposta, così relegando l'art. 648-*bis* a semplice norma accessoria.

La seconda interpretazione si basa su una lettura più “rigorosa” della clausola, e sul riferimento che questa fa ai *solii* casi di concorso di persone nel reato: in tal senso, si sostiene che l'esclusione della punibilità, nel riciclaggio, operi soltanto quando l'atto (*rectius*, la promessa o il patto) di riciclaggio abbia fornito un contributo causale, in concreto, idoneo a determinare o rafforzare la commissione del reato-presupposto, con ciò concorrendo a realizzarlo (*ex art. 110 c.p.*); tale tesi ha il difetto di attribuire alla clausola in questione un valore eccessivamente ristretto e completamente differente da quello che la stessa ha nel reato di ricettazione<sup>125</sup>.

Gli elementi specifici di ciascuna impostazione non sembrano consentire, tuttavia, di preferire in maniera netta e definitiva l'una o l'altra impostazione, con riferimento alla clausola di riserva contenuta nell'art. 648-*bis* c.p.

La scelta del legislatore relativa all'introduzione della clausola di riserva sembra essere stata dettata da ragioni di mera opportunità e da valutazioni pratiche di politica criminale, più che non da ragionamenti di teoria giuridica.

Non si nega, peraltro, che, qualsiasi sia l'interpretazione della clausola, rimangono, per effetto della clausola medesima, spazi significativi di privilegio e di non punibilità, tanto più ingiustificati se si considera il riciclaggio come una fattispecie sempre più autonoma e sempre meno accessoria rispetto ai reati-presupposti. Ciò ha spinto comunque a considerare l'opportunità di un'abrogazione della clausola di riserva contenuta in apertura dell'art. 648-*bis* c.p.

In particolare, si è giustamente osservato, in dottrina<sup>126</sup>, che, a differenza della ricettazione, «il reato di riciclaggio non è legato all'illecito fonte da alcun rapporto di implicazione necessaria», in quanto non si tratta né di un “naturale” sbocco delle condotte

---

<sup>125</sup> In effetti, ad una prima lettura della norma, viene quasi naturale pensare che il legislatore abbia voluto sottrarre alla sanzione del riciclaggio, in generale, tutti quei soggetti *comunque* già colpiti dalla pena per il reato-presupposto, similmente a quanto avviene per la ricettazione, in cui non è sanzionata la condotta dell'autore del reato a monte

<sup>126</sup> S. FAIELLA, *op. ult. cit.*, 300 s.

presupposte, né di una progressione nella lesione dei medesimi beni giuridici lesi con il delitto-presupposto<sup>127</sup>: di conseguenza non sarebbe giustificabile la presenza di siffatta clausola con riferimento al delitto di riciclaggio.

Neanche sul fronte del bene giuridico tutelato sembra potersi giustificare la scelta di non punire i fatti di «autorriciclaggio», se consideriamo l'oggettività giuridica propria delle operazioni di «ripulitura» dei beni illeciti<sup>128</sup>.

Inoltre, la disomogeneità dei beni tutelati dalle fattispecie-presupposto e dal riciclaggio emerge ogniqualvolta il reato-presupposto si sostanzia in fatti di minor disvalore rispetto a quello contenuto nelle operazioni di riciclaggio (ad esempio ove la *res* provenga da reati, quali il furto, che comportano una lesione patrimoniale, non solo qualitativamente diversa, ma anche notevolmente inferiore a quella dell'amministrazione della giustizia)<sup>129</sup>.

La ricostruzione dell'origine del privilegio di autorriciclaggio all'interno dell'art. 648-*bis* c.p., ci ha permesso di chiarire le criticità derivanti dalla sua introduzione; a questo punto la trattazione sposta la sua attenzione all'analizzare delle principali conseguenze che tale scelta ha determinato nell'applicazione della norma incriminatrice.

A prescindere dalla valenza da attribuire alla clausola di riserva, sia volendola usare per introdurre un privilegio ampio di «autorriciclaggio», sia volendola limitare a quelle condotte che integrino *ex se* un contributo causale alla realizzazione del fatto-presupposto, le ricadute della sua introduzione all'interno della fattispecie, si riflettono nella creazione di spazi di impunità che non trovano assoluta giustificazione di ordine sistematico nel nostro ordinamento.

In particolare, le criticità sollevate in ordine alla scelta di escludere la punibilità dell'autorriciclaggio, nel nostro sistema penale, si reggono, principalmente, su due ordini di ragioni: da una parte l'irragionevolezza della risposta sanzionatoria in un sistema che punisce più severamente le condotte di riciclaggio rispetto a taluni dei delitti-presupposto, finendo con il rendere nella pratica più conveniente, per l'imputato, l'ammissione di un concorso nel reato base (anche ove questo, di fatto, non sussista); d'altro canto si è rilevata l'inefficacia della tutela

---

<sup>127</sup> Rapporto che, viceversa, si rinviene in altre figure criminose, come nell'uso di atto falso (art. 489 c.p.) che costituisce la naturale "prosecuzione" del reato di falso (art. 476 c.p.) e che rende non punibile, per questo, la condotta di utilizzo ove compiuta dal medesimo soggetto che ha posto in essere il falso.

<sup>128</sup> S. SEMINARA, *op. cit.*, 235. Ad esempio, nelle ipotesi di riciclaggio sui flussi di denaro proveniente dal traffico di stupefacenti, il reato fonte lede un bene qualitativamente e quantitativamente differente, quello dell'integrità fisica, rispetto a quello leso dall'attività di riciclaggio; quest'ultima lesione, pertanto, non può ritenersi assorbita - con riguardo ai beni giuridici in gioco - nella lesione recata dal reato presupposto.

<sup>129</sup> S. FAIELLA, *op. ult. cit.*, 299 s., ribadisce come tale circostanza faccia venir meno le ragioni che sostengono la non punibilità dell'autorriciclaggio, che «non può dirsi sorretta dall'ossequio al *ne bis in idem* sostanziale, proprio in quanto lascia privo di tutela il bene dell'amministrazione della giustizia».

penale prevista dalla norma, nella misura in cui rimane escluso dall'ambito della punibilità l'autore del reato-presupposto, il quale soltanto molto raramente è estraneo all'attività di riciclaggio in quanto spesso ne è il beneficiario finale.

Una prima fondamentale critica alla clausola di esclusione della responsabilità si era sviluppata già a partire dalla richiamata novella del 1993, che ha riformato la fattispecie di riciclaggio estendendola a tutti i delitti non colposi quali potenziali presupposti, *ex art. 648-bis c.p.* Si consideri infatti che, prima di tale estensione, sia in vigore della prima versione della norma (la fattispecie originaria del 1978), sia a seguito della prima riforma (nel 1990), la limitazione della punibilità per i concorrenti nel reato-base appariva sostanzialmente coerente con la *ratio* della non punibilità dell'attività *post-delictum*: essa si riferiva a quella ristretta cerchia di illeciti, specificamente individuata, caratterizzata da sanzioni particolarmente elevate che potevano giustificare la scelta del legislatore di voler «assorbire» in esse anche il disvalore del successivo fatto di riciclaggio, riducendo quest'ultimo ad un mero *post factum* non punibile.

Con l'estensione dell'art. 648-*bis* c.p. a tutti i delitti non colposi l'attività criminosa presupposta acquista una spiccata eterogeneità, tanto che, in relazione a taluni dei «nuovi» delitti-presupposto, la pena prevista per il concorso nella commissione di questi ultimi risulta inferiore a quella disposta per il conseguente delitto di riciclaggio, con i palesi profili di irragionevolezza che ne discendono. Una scelta di questo genere comporta infatti la produzione di effetti «distorsivi» rispetto alla *ratio puniendi* della norma incriminatrice.

Semberebbe del tutto privo di logica che un post-fatto di riciclaggio, punibile con pene decisamente elevate, possa risultare irrilevante ed essere «assorbito» nella sanzione, talvolta effettivamente di minore portata, prevista per il reato-presupposto, qualora venga commesso dallo stesso soggetto: in sostanza non si spiega come possa un fatto, sanzionato meno gravemente, assorbire il disvalore di un altro fatto, commesso dal medesimo soggetto, punito con sanzione più grave (la quale, è opportuno ribadirlo, opererebbe, qualora il fatto più grave fosse realizzato da un soggetto diverso)<sup>130</sup>.

Può essere più facilmente compreso l'effetto distorsivo conseguente a tale situazione con la condizione particolare in cui viene a trovarsi il soggetto che sia posto di fronte alla «scelta» tra una pena maggiore, in caso di condanna per riciclaggio, e una pena minore in caso di condanna

---

<sup>130</sup> In senso analogo L. TROYER e S. CAVALLINI parlano di inversione del *pirus* e del *posterius* nell'applicazione del principio di consunzione, posto che si vorrebbe far soccombere la norma principale (riciclaggio), tendenzialmente punita con pene più severe, rispetto alle norme che puniscono i reati-presupposto; in tal senso anche A.M. DELL'OSSO, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto*.



per concorso nel reato-presupposto: è assolutamente indubbio che costui sarebbe incentivato a confessare il concorso nel reato-presupposto, anche se, in realtà, ne sia rimasto estraneo, pur di vedersi applicare una sanzione minore. A tale situazione paradossale non pone rimedio la previsione dell'attenuante di cui al comma 3 del medesimo art. 648-*bis*, c.p., volta ad avvicinare la pena del riciclaggio a quella applicabile all'autore del reato presupposto.

Un ulteriore punto focale della critica della dottrina volta a contrastare la scelta del legislatore di escludere la punibilità dell'autoriciclaggio, riguardava la scarsa efficacia, in termini di tutela giuridica, risultante dalla configurazione attuale della norma. Occorre, dapprima, analizzare l'esame della posizione dell'autore del reato-base, soggetto che, per primo, mette a disposizione i proventi illeciti da sottoporre a riciclaggio: la dottrina evidenzia nella prassi casistica, l'«intranchezza» dell'autore del reato-presupposto rispetto alle operazioni di riciclaggio: queste ultime, coinvolgendo più soggetti, presuppongono un ruolo attivo, spesso significativo se non predominante, dello stesso autore del delitto-presupposto<sup>131</sup>.

Il soggetto riciclatore, come individuato dall'art. 648-*bis* c.p., si pone anzitutto quale intermediario tra l'offerta di denaro sporco, proveniente dall'autore dell'attività delittuosa presupposta, e la domanda di tale denaro da parte di soggetti terzi, i quali vengono considerati alla stregua di riciclatori «secondari» dei medesimi beni o delle stesse utilità<sup>132</sup>. Tale osservazione ha convinto la dottrina a considerare il riciclaggio come un processo generalmente «circolare», in cui l'autore iniziale (o gli autori) del delitto-presupposto, da cui provengono il denaro o i beni, affida a terzi il compito di compiere le opportune operazioni e trasformazioni, volte a renderne non più riconducibile l'origine criminosa; al contempo, il soggetto iniziale, si pone quale beneficiario ultimo, al termine del processo di riciclaggio, delle utilità «ripulite»; quindi l'autore dell'attività delittuosa sarebbe da considerare tutt'altro che estraneo all'attività di riciclaggio e, di conseguenza, l'esclusione della sua posizione dall'ambito della punibilità

---

<sup>131</sup> G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino (Bologna), 1996, 148, nota come il delitto di riciclaggio presenti la «tipicità materiale» propria della fattispecie plurisoggettiva necessaria; secondo G. DONADIO, *op. cit.*, 843, ciò è vero non solo in relazione ai contesti tipici in cui avviene il riciclaggio, come quelli della criminalità organizzata (su cui cfr., *supra*, cap. III, § 2), ma altresì «nei casi di riciclaggio di proventi di bancarotte e di altri reati di criminalità economica».

<sup>132</sup> La figura del riciclatore quale «intermediario illegale», che si interpone tra offerta e domanda di denaro sporco, si presta bene a descrivere quelle attività di riciclaggio che avvengono tramite l'utilizzo dei mercati finanziari e - appunto - degli intermediari che vi operano; questo genere di attività, che costituisce la tipologia di riciclaggio più efficace e ricorrente, non a caso è stato oggetto, negli ultimi anni, di una precisa normazione di contrasto del riciclaggio, attraverso la previsione di obblighi di «collaborazione attiva» (identificazione della clientela, di registrazione delle operazioni e segnalazione delle operazioni sospette).

rivelerebbe appieno quei profili critici di cui si diceva in precedenza, sotto il punto di vista dell'efficacia della tutela accordata dalla norma.

Inoltre il coinvolgimento diretto dell'autore del delitto-base nella fattispecie di riciclaggio, sembrerebbe confermata dallo stesso art. 648-*bis* c.p., quando descrive le condotte tipiche del riciclaggio: la sostituzione e il trasferimento, infatti, presuppongono entrambe un'attività negoziale in cui si profila un ruolo attivo dell'autore del delitto-presupposto, che può risultare, talora, addirittura preponderante nell'operazione complessiva<sup>133</sup>. Infatti nel riciclaggio, poiché l'autore del reato-base coincide con il beneficiario «naturale» del percorso di ripulitura dei beni, si può affermare che non si realizza una vera e propria uscita di tali beni dalla sfera di controllo dell'autore del reato che li aveva posti in essere.

Si può concludere, in base a tale ragionamento, che la fattispecie di riciclaggio, per i limiti intrinseci che il legislatore ha imposto, non sempre raggiunge le proprie finalità di tutela, in quanto rimangono impunte alcune condotte significative.

L'Italia, peraltro, non è stato il solo paese a stabilire, *ex lege*, l'irrilevanza penale dei fatti di riciclaggio compiuti dal concorrente nei reati-presupposto; si riscontra una tale impostazione in vari stati europei. Tuttavia all'estero, l'atteggiamento del legislatore varia da un ordinamento all'altro: in particolare, per quanto riguarda l'esperienza dei Paesi di *Common law*<sup>134</sup>, è del tutto assente qualsiasi esenzione della responsabilità per i fatti di riciclaggio; tanto meno si riscontra una causa di esclusione derivante dall'aver previamente commesso il reato presupposto<sup>135</sup>. Si può dire, anzi, che, in questi sistemi giuridici, il «responsabile naturale»<sup>136</sup> del riciclaggio coincide con l'autore del reato-presupposto, mentre nei sistemi come quello italiano, che ne escludono la punibilità, il ruolo di «responsabile naturale» appartiene in sostanza all'*extraneus*.

Come più volte ricordato, la svolta significativa a tale problematica si è avuta nel dicembre del 2014; si tratta di un risultato importante sotto diversi profili, anche se numerose sono state le critiche mosse a suo sfavore. Prima di analizzare tali critiche è opportuno menzionare

---

<sup>133</sup> G. DONADIO, *op. cit.*, 843 s.; l'Autore sottolinea la validità di tale argomentazione anche con riferimento alle «altre operazioni», in cui si realizza il disegno dissimulatorio, come nel caso ricorrente della predisposizione di operazioni finanziarie «strutturate» in modo da eludere i controlli di natura amministrativa alla circolazione dei capitali.

<sup>134</sup> L. TROYER, S. CAVALLINI, *op. cit.*, 17 ss., fanno riferimento, in particolare, ai sistemi statunitense e anglosassone, nonché all'ordinamento penale australiano.

<sup>135</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 242 ss.; M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio*, cit. 351.

<sup>136</sup> S. FAIELLA, *op. ult. cit.*, 284, il quale elenca, fra i Paesi che annoverano una causa di esclusione analoga a quella del nostro ordinamento, anche l'Austria (paragrafo 165.1 del codice penale) e la Francia (art. 324 del codice penale); la Germania si è allontanata da un modello analogo, precedentemente previsto nella vecchia formulazione del paragrafo 261 del codice penale, a seguito dell'intervento legislativo del 1998 (l. 4 maggio 1998).

brevemente alcuni dei più significativi tentativi di riforma della fattispecie, sulla base delle motivazioni sopracitate.

Tra le iniziative legislative più importanti ricordiamo:

- d.d.l. governativo n. 4705 recante “disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari” risalente al 2004;

- d.d.l. n. 583 del 2008, “disposizioni in materia di reati di grave allarme sociale e di certezza della pena”

- il d.d.l. n. 1445 del 2009, “modifiche degli artt. 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale in materia di autoriciclaggio, nonché nuove disposizioni in materia di prevenzione applicabili agli strumenti finanziari”<sup>137</sup>;

- i d.d.l. n. 1454 e n. 1629 del 2009;

- ulteriori proposte di legge nel 2010: n. 3145, n. 3872 e n. 3986; quest’ultima prevedeva la semplice soppressione della clausola di riserva.

### 3 Nuove criticità emerse

Con l’introduzione del delitto di autoriciclaggio il legislatore nazionale accoglie le sollecitazioni effettuate dalle Convenzioni pattizie (la Convenzione penale di Strasburgo sulla corruzione e la Convenzione Onu, rispettivamente ratificate in Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110 e con la legge 16 marzo 2006, n. 146) le quali prevedono l’autoriciclaggio quale ipotesi delittuosa autonoma, anche se la Germania, ad esempio, ne esclude la rilevanza penale e la Francia assegna solo all’interpretazione giurisprudenziale il riconoscimento di questa fattispecie.

È utile osservare innanzitutto come il legislatore, anziché seguire il percorso più semplice, limitandosi ad eliminare la clausola di riserva, prevista dall’art. 648-*bis* c.p. che impedisce all’autore del reato presupposto di poter concorrere nel riciclaggio del provento illecito, abbia deciso di costruire un’ipotesi autonoma disciplinata dall’art. 648 *ter*.1 del codice penale che regola espressamente l’autoriciclaggio.

---

<sup>137</sup> La norma sarebbe stata riformulata nei seguenti termini: “chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l’identificazione della loro provenienza delittuosa, ovvero, fuori dei casi previsti dell’articolo 648, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 1.032 a euro 15.493”.

La nuova norma punisce colui che dopo aver commesso o concorso a commettere un delitto non colposo impiega, sostituisce o trasferisce denaro beni o altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

La specificazione presente nella norma sulla necessità che la condotta di autoriciclaggio sia concretamente idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del denaro, del bene o delle altre utilità introduce un ostacolo ad una possibile interpretazione generalizzata che potrebbe assegnare rilevanza penale alla semplice modalità di sostituzione, trasferimento o impiego.

Anche se l'autoriciclaggio investe una serie di condotte, allargate a quelle economiche e finanziarie, che non erano previste nell'elaborato della Commissione Fiandaca che limitava l'autoriciclaggio alle sole attività imprenditoriali e speculative, il richiamo all'idoneità della condotta ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa dei denari, dei beni o delle altre utilità, sta a significare che il semplice versamento del profitto del reato presupposto non possa configurare il delitto di autoriciclaggio, finché la condotta si rivela inidonea ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa del denaro.

Le difficoltà maggiori a livello interpretativo del nuovo reato di autoriciclaggio riguarderanno, soprattutto, il tema dei reati tributari. Mentre in passato non sorgevano problematiche, nuove perplessità sono nate con la nuova legge penale tributaria, introdotta nel 2000, la quale fa coincidere, soprattutto per i reati tributari più significativi commessi con il mezzo della dichiarazione (frode fiscale, dichiarazione infedele, omessa dichiarazione), il profitto del reato tributario con l'imposta evasa, ovvero con il risparmio fiscale. In questi casi non c'è un arricchimento patrimoniale che consente d'individuare il profitto, bensì un mancato impoverimento, conseguente all'evasione d'imposta che determina il risparmio fiscale. È pur vero che il risparmio fiscale può rientrare nel concetto di altre utilità cui fa riferimento la norma che ricomprende nei proventi oggetto dell'autoriciclaggio oltre il denaro ed i beni, anche le altre utilità, ma risulta estremamente difficoltoso individuare ed isolare nel patrimonio dell'autore del reato tributario il provento rappresentato dal risparmio fiscale.

Poiché il profitto del reato consiste non già nell'omessa annotazione di corrispettivi, cioè nella mancata dichiarazione delle somme incassate, ma nell'imposta evasa ovvero nel risparmio fiscale, la determinazione dell'imposta evasa è un processo a cui può seguire la più arbitraria

interpretazione da parte degli organi accertatori, che poi sono quelli che trasmettono all'autorità giudiziaria la notizia di reato.

Ulteriori critiche sono state mosse sul disposto normativo in differenti punti; uno di essi merita particolare attenzione: è da notare, infatti, che quando l'autoriciclaggio si applica a quei reati punibili con meno di cinque anni, non è consentito usare lo strumento delle intercettazioni, che sono invece fondamentali per contrastare questo tipo di reato.

Per differenti ragioni si auspica che non sia punita per autoriciclaggio la stessa condotta già punita come reato presupposto (*ne bis in idem*); non sia punito qualunque utilizzo dei proventi, il che costringerebbe l'autore ad autodenunciarsi (*nemo tenetur se detegere*); non si assoggetti l'autore del reato a una pena eccessiva (proporzionalità della pena); siano al contempo utilizzabili fondamentali mezzi investigativi, come le intercettazioni.

L'introduzione del reato di autoriciclaggio avrebbe risolto un fondamentale problema di disallineamento normativo. Il contrasto al riciclaggio è, infatti, affidata, sul versante del diritto amministrativo, a un vero e proprio "apparato antiriciclaggio". Esso prevede che gli intermediari finanziari, i professionisti e altri operatori identifichino i propri clienti, ne stabiliscano il grado di "rischio", registrino le operazioni fondamentali, segnalino eventuali operazioni sospette di riciclaggio alla Unità di informazione finanziaria, la cosiddetta UIF.

La legge istitutiva di questo apparato introduce, a fini amministrativi, una diversa definizione di riciclaggio, in forza della quale può incorrere nella fattispecie di riciclaggio anche l'autore del reato presupposto. Ciò provoca, tuttavia, una grave incertezza negli operatori. Non avrebbe infatti senso segnalare alla UIF il sospetto riciclaggio dell'autore del reato presupposto se poi quest'ultimo non può essere perseguito per riciclaggio. L'introduzione dell'autoriciclaggio scioglie definitivamente incertezze di questo genere.

## Gli strumenti di contrasto al delitto di riciclaggio

Quest'ultima parte della trattazione prevede l'analisi della disciplina amministrativa di prevenzione, la quale presenta una spiccata uniformità in rapporto a quelle degli altri Stati europei, essendo state emanate ben tre direttive in materia, e che attualmente è contenuta nel d.lgs. 231/2007 che ha introdotto in Italia una serie di rilevanti novità che vanno dalla sostituzione dell'obbligo di identificazione con quello di adeguata verifica della clientela alla soppressione dell'Ufficio Italiano dei Cambi (sostituito, appunto, dall'Unità di Informazione Finanziaria), dalla drastica riduzione della possibilità, già limitata, di effettuare operazioni in contanti all'ulteriore estensione soggettiva degli obblighi antiriciclaggio, i quali ora riguardano anche i professionisti. Per intendere in maniera appropriata questi significativi strumenti di contrasto, è necessario analizzarli uno per volta.

### 1 Limitazioni all'uso del contante

L'art. 49, comma 1, prima e seconda parte, del sopracitato d.lgs. 231/2007, dispone:

*“È vietato il trasferimento di denaro contante o di libretti di deposito bancari o postali al portatore in euro o valuta estera, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi, quando il valore oggetto di trasferimento è complessivamente pari o superiore a mille euro. Il trasferimento è vietato anche quando è effettuato con più pagamenti inferiori alla soglia che paiono artificialmente frazionati”.*

Questa disposizione prevede un generale divieto di trasferire denaro e titoli al portatore: in tali casi sarebbe nei fatti garantito l'anonimato dei soggetti che pongono in essere l'operazione, con tutte le conseguenze in ordine al pericolo di riciclaggio<sup>138</sup>.

Al di sotto della soglia dei mille euro l'operatività del divieto equivarrebbe a vietare completamente l'uso del contante, anche per le piccole spese quotidiane: tuttavia in questo caso il pericolo di riciclaggio è ridotto al minimo e dunque è irrilevante, posto che le organizzazioni

---

<sup>138</sup> Le autorità e gli organismi antiriciclaggio, anche in base a ricerche statistiche, indicano quale ulteriore mezzo per combattere il fenomeno, la messa in circolazione di banconote di taglio non elevato: è chiaro infatti che per il trasferimento e trasporto fisico del denaro la presenza delle banconote di grosso taglio, con tutti i vantaggi in termini di spazio occupato e facilità di occultamento, rappresenta un ausilio formidabile per il criminale.

criminali non potrebbero certo riciclare le grandi quantità dei loro profitti illeciti mediante operazioni di importo così assai modesto.

L'importo massimo deve essere individuato in relazione al trasferimento complessivamente considerato; quindi in caso di impiego di diverse monete e titoli, questi vanno sommati tra loro.

Il trasferimento vietato è quello che avviene tra soggetti diversi. Il termine va inteso in un'accezione ampia, altrimenti le finalità della legge andrebbero eluse. Dunque sono da ricomprendersi sia persone fisiche sia persone giuridiche, tuttavia il divieto si estende anche ai trasferimenti tra soci e società, anche se prive di personalità giuridica, e tra imprese appartenenti allo stesso gruppo.

Sono invece da ritenersi esclusi dall'applicazione della norma i trasferimenti effettuati in Italia ma diretti a soggetti domiciliati o comunque residenti o dimoranti all'estero.

L'articolo 49 dispone ai commi 1, ultima parte, 2, 3, 15, 16 e 17:

- “1. Il trasferimento può essere eseguito per il tramite di banche, istituti di moneta elettronica e Poste Italiane S.p.A.
2. Il trasferimento per contanti per il tramite dei soggetti di cui al comma 1 deve essere effettuato mediante disposizione accettata per iscritto dagli stessi, previa consegna ai medesimi della somma in contanti. A decorrere dal terzo giorno lavorativo successivo a quello dell'accettazione il beneficiario ha diritto di ottenere il pagamento nella provincia del proprio domicilio.
3. La comunicazione da parte del debitore al creditore dell'accettazione di cui al comma 1-*bis* produce l'effetto di cui al primo comma dell'art. 1277 c.c. e, nei casi di mora del creditore, anche gli effetti del deposito previsti dall'art. 1210 dello stesso codice.
15. Le disposizioni di cui ai commi 1, 5, 7 non si applicano ai trasferimenti in cui siano parte banche o Poste Italiane S.p.A; nonché ai trasferimenti tra gli stessi effettuati in proprio o per il tramite di vettori specializzati di cui all'art. 14, comma 1. Lettera c.
16. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai trasferimenti di certificati rappresentativi di quote in cui siano parte uno o più soggetti indicati all'art. 11.
17. Restano ferme le disposizioni relative ai pagamenti effettuati allo Stato o agli altri enti pubblici ed alle erogazioni da questi comunque disposte verso altri soggetti”.

## **2 Obbligo di identificazione/obbligo di adeguata verifica della clientela**

Dal combinato disposto degli articoli 2 della L. 197/1991 relativa agli intermediari finanziari e 2 e 3 del decreto 56/2004 si individuano due distinti obblighi di identificazione: il primo è l'obbligo del personale incaricato di uno dei soggetti destinatari della normativa di identificare l'esecuzione dell'operazione; il secondo è l'obbligo dell'esecutore dell'operazione di indicare le complete generalità di colui per conto del quale eventualmente esegue l'operazione.

Per maggiore chiarezza dovremmo dire che esistano due obblighi di natura diversa: il primo consiste in un vero e proprio obbligo di identificazione, gravante sul personale incaricato ogniqualvolta questi si trovi di fronte ad un soggetto che compie un'operazione che comporti trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento di qualsiasi tipo che siano di importo superiore ai 12.500 euro; il secondo è un obbligo che grava sull'esecutore dell'operazione, che scatta solo qualora egli agisca per conto altrui. Tuttavia possiamo considerarli, da un punto di vista sostanziale, come due obblighi identificativi, in quanto i dati di chi compie l'operazione e del soggetto per conto del quale l'operazione viene posta in essere affluiranno tutti nell'archivio anagrafico del soggetto destinatario.

Oggi il dettato normativo della Legge 197/1991 è stato assorbito nel più ampio obbligo di adeguata verifica della clientela; esso è stato introdotto a livello normativo primario dal d.lgs. 231/2007 in attuazione della terza direttiva comunitaria.

L'adeguata verifica richiede una collaborazione attiva, nel senso che non si tratta più di procedere semplicemente all'identificazione, ma occorre effettuare una serie di valutazioni riguardanti la delineazione del profilo di rischio del cliente, la comprensione della struttura proprietaria, l'individuazione e l'adozione di misure appropriate, la verifica della compatibilità delle transizioni con il profilo del rischio, ciò che comporta oltre tutto un impegno non più limitato al momento dell'instaurazione del rapporto, ma continuativo e protratto per tutta la durata dello stesso.

Sinteticamente la disciplina dettata in materia al Capo I (obblighi di adeguata verifica della clientela) è strutturata nel modo seguente:

- gli obblighi in questione consistono in: identificazione e verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo; ottenimento di informazioni relative allo scopo ed alla natura prevista del rapporto o prestazione; svolgimento di un controllo per tutta la durata degli stessi;



- a tali obblighi corrisponde quello del cliente di fornire tutte le informazioni necessarie ed aggiornate;

- gli obblighi di adeguata verifica scattano nei casi determinati dalla normativa (ad esempio nei casi di instaurazione di rapporti continuativi, esecuzione di operazioni di valore minimo di 15mila euro, sospetto di riciclaggio, dubbi sull'adeguatezza dei dati acquisiti)

- le modalità concrete di adempimento degli obblighi, indicate dall'art. 19; vanno anche graduate e differenziate in base al rischio di riciclaggio o finanziamento del terrorismo desumibile da criteri soggettivi ed oggettivi.

- i destinatari non possono instaurare il rapporto né eseguire la prestazione o l'operazione, ovvero debbono porvi termine, se non sono in grado di verificare adeguatamente la clientela o sospettano che ricorrano i rischi predetti;

- obblighi in forma semplificata: i destinatari non hanno l'obbligo di adeguata verifica (ma solo quelli di verificare appunto che quest'obbligo effettivamente non sussista) in relazione ad alcune categorie di clienti (banche, Poste Italiane S.p.A, IMEL, pubbliche amministrazioni ecc.) o di operazioni;

- obblighi in forma rafforzata: i destinatari devono adempiere con misure più penetranti quando il cliente non è fisicamente presente, in caso di conti correnti di corrispondenza con enti creditizi extracomunitari, o quando i clienti siano persone politicamente esposte;

- viene infine dettata una serie di condizioni e modalità che consentono ai destinatari di avvalersi dell'adempimento degli obblighi in questione effettuati da altri soggetti, evitando in tal modo di dover ripetere l'adeguata verifica.

### **3 Obbligo di registrazione**

A proposito della precedente normativa, la dottrina parlava in maniera distinta di obbligo di registrazione e di obbligo di conservazione. Tale distinzione può rimanere tuttavia valida anche oggi poiché le attività cui ci si riferisce non sono mutate pur essendo cambiate le modalità.

In realtà per la loro strettissima connessione e per il fatto che gli obblighi in parola erano tutti disciplinati, assieme agli obblighi di identificazione, nello stesso articolo di legge (ci riferiamo all' art. 13 d.l. 625/1979, come modificato da ultimo dalla legge 197/1991) non è mai stato semplice distinguere in maniera netta dove finisce il primo e dove inizia il secondo.

In sostanza potrebbe ritenersi che la registrazione sia semplicemente l'adempimento consistente nell'acquisire i dati richiesti dalla norma e nella loro annotazione temporanea su carta o sul terminale dell'operatore, in attesa del loro inserimento nell'archivio unico, che costituirebbe già adempimento del secondo obbligo, ovvero quello di conservazione.

D'altra parte potrebbe ritenersi che tali adempimenti costituiscano congiuntamente attuazione dell'obbligo di registrazione, riguardando quello di conservazione soltanto il mantenimento dei dati inseriti in archivio per il tempo stabilito dalla legge nonché il mantenimento in efficienza dell'archivio stesso<sup>139</sup>.

I destinatari degli obblighi di registrazione sono gli stessi soggetti tenuti agli obblighi di adeguata verifica, così come i casi in cui sorge l'obbligo di registrazione sono gli stessi in cui vi è l'obbligo di adeguata verifica. L'art. 36 al primo comma stabilisce che i destinatari dell'obbligo "conservano i documenti e registrano le informazioni che hanno acquisito per assolvere gli obblighi di adeguata verifica della clientela affinché possano essere utilizzati per qualsiasi indagine su eventuali operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o per corrispondenti analisi effettuate dalla UIF o da qualsiasi altra autorità competente". Il comma seguente specifica ulteriormente che, in ordine ai rapporti, prestazioni ed operazioni oggetto di rilevazione, i dati da registrare e conservare sono:

- per i rapporti continuativi e prestazioni professionali: "la data di instaurazione, i dati identificativi del cliente e del titolare effettivo unitamente alle generalità dei delegati ad operare per conto del titolare del rapporto e il codice del rapporto se previsto";

- per le operazioni di importo minimo di 15mila euro, anche se questa soglia è raggiunta mediante più operazioni che appaiono collegate per realizzare un'operazione frazionata: " la data, la causale, l'importo, la tipologia dell'operazione, i mezzi di pagamento e i dati identificativi del soggetto che effettua l'operazione e del soggetto per conto del quale eventualmente opera".

#### **4 Obbligo di segnalazione di operazioni sospette**

Per quanto riguarda i soggetti destinatari, tutti i soggetti a cui si riferisce il d.lgs. 231/2007 sono tenuti all'obbligo di segnalazione. Essi sono prima di tutto i soggetti tenuti agli obblighi di

---

<sup>139</sup> Tale è la distinzione seguita nella terminologia del d.lgs. 231/2007.

adeguata verifica e di registrazione sovraesposti: gli intermediari ed operatori finanziari, i revisori contabili, i professionisti di cui all' art. 12<sup>140</sup> e gli altri soggetti di cui all'art. 14<sup>141</sup>.

In aggiunta ad essi l'obbligo di segnalazione si applica anche a tutti i soggetti indicati nell'art. 10,<sup>142</sup> comma 2.

---

<sup>140</sup> Art. 12. del d.lgs. 231/2007:

*Professionisti*

1. Ai fini del presente decreto per professionisti si intendono:

- a) i soggetti iscritti nell'albo dei ragionieri e periti commerciali, nell'albo dei dottori commercialisti e nell'albo dei consulenti del lavoro;
  - b) ogni altro soggetto che rende i servizi forniti da periti, consulenti e altri soggetti che svolgono in maniera professionale attività in materia di contabilità e tributi;
  - c) i notai e gli avvocati quando, in nome o per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni riguardanti:
    - 1) il trasferimento a qualsiasi titolo di diritti reali su beni immobili o attività economiche;
    - 2) la gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni;
    - 3) l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli;
    - 4) l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di società;
    - 5) la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi;
  - d) i prestatori di servizi relativi a società e trust ad esclusione dei soggetti indicati dalle lettere a), b) e c).
2. L'obbligo di segnalazione di operazioni sospette di cui all'articolo 41 non si applica ai soggetti indicati nelle lettere a), b) e c) del comma 1 per le informazioni che essi ricevono da un loro cliente o ottengono riguardo allo stesso, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso.
3. Gli obblighi di cui al Titolo II, Capo I e II, non si osservano in relazione allo svolgimento della mera attività di redazione e/o di trasmissione della dichiarazione dei redditi e degli adempimenti in materia di amministrazione del personale di cui all'articolo 2, primo comma, della legge 11 gennaio 1979, n. 12.

<sup>141</sup> Art. 14. del d.lgs. 231/2007:

*Altri soggetti*

1. Ai fini del presente decreto per «altri soggetti» si intendono gli operatori che svolgono le attività di seguito elencate, il cui esercizio resta subordinato al possesso delle licenze, autorizzazioni, iscrizioni in albi o registri, ovvero alla preventiva dichiarazione di inizio attività specificatamente richieste dalla norme a fianco di esse riportate:
- a) recupero di crediti per conto terzi, in presenza della licenza di cui all'articolo 115 del TULPS;
  - b) custodia e trasporto di denaro contante e di titoli o valori a mezzo di guardie particolari giurate, in presenza della licenza di cui all'articolo 134 del TULPS;
  - c) trasporto di denaro contante, titoli o valori senza l'impiego di guardie particolari giurate, in presenza dell'iscrizione nell'albo delle persone fisiche e giuridiche che esercitano l'autotrasporto di cose per conto di terzi, di cui alla legge 6 giugno 1974, n. 298;
  - d) gestione di case da gioco, in presenza delle autorizzazioni concesse dalle leggi in vigore, nonché al requisito di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto-legge 30 dicembre 1997, n. 457, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 1998, n. 30;
  - e) offerta, attraverso la rete internet e altre reti telematiche o di telecomunicazione, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro, in presenza delle autorizzazioni concesse dal Ministero dell'economia e delle finanze - Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, ai sensi dell'articolo 1, comma 539, della legge 23 dicembre 2005, n. 266;
  - f) agenzia di affari in mediazione immobiliare, in presenza dell'iscrizione nell'apposita sezione del ruolo istituito presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ai sensi della legge 3 febbraio 1989, n. 39.

<sup>142</sup> Art. 10. del d.lgs. 231/2007:

L'art. 41 dispone che i predetti soggetti “inviano alla UIF una segnalazione di operazione sospetta quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo”. Il termine “sapere” vuol dire esserne certi, “sospettare”, in termini soggettivi, ritenere probabile o sufficientemente possibile, mentre “avere motivi ragionevoli per sospettare” sta a significare, con accezione oggettiva, che in presenza di determinati indizi che indurrebbero generalmente il sospetto non vale la giustificazione, soggettiva, che non si era arrivati a sospettare; l'ultima espressione, dunque, ha la funzione di non lasciare eccessivo spazio alla discrezionalità del destinatario.

L'oggetto della segnalazione consiste nelle operazioni illecite attualmente in svolgimento, già effettuate o anche solo tentate (ad esempio quelle non andate a buon fine o bloccate dallo stesso segnalante ovvero abbandonate dal cliente per qualsiasi motivo).

La norma individua quindi da una parte gli elementi da cui desumere il sospetto circa le operazioni del cliente e prevede dall'altra l'emanazione di un elenco di indici di anomalia che semplifichino ed uniformino l'attività di individuazione delle operazioni sospette da parte dei destinatari dell'obbligo. In riferimento al primo aspetto, il sospetto “è desunto dalle caratteristiche, entità, natura dell'operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in

---

#### *Destinatari*

1. Le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano ai soggetti indicati negli articoli 11, 12, 13 e 14.
2. Le disposizioni contenute nel presente decreto, fatta eccezione per gli obblighi di identificazione e registrazione indicati nel Titolo II, Capi I e II, si applicano altresì:
  - a) alle società di gestione accentrata di strumenti finanziari;
  - b) alle società di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari e ai soggetti che gestiscono strutture per la negoziazione di strumenti finanziari e di fondi interbancari;
  - c) alle società di gestione dei servizi di liquidazione delle operazioni su strumenti finanziari;
  - d) alle società di gestione dei sistemi di compensazione e garanzia delle operazioni in strumenti finanziari;
  - e) alle seguenti attività, il cui esercizio resta subordinato al possesso di licenze, da autorizzazioni, iscrizioni in albi o registri, ovvero alla preventiva dichiarazione di inizio di attività specificamente richieste dalle norme a fianco di esse riportate:
    - 1) commercio, comprese l'esportazione e l'importazione, di oro per finalità industriali o di investimento, per il quale è prevista la dichiarazione di cui all'articolo 1 della legge 17 gennaio 2000, n. 7;
    - 2) fabbricazione, mediazione e commercio, comprese l'esportazione e l'importazione di oggetti preziosi, per il quale è prevista la licenza di cui all'articolo 127 del TULPS;
    - 3) fabbricazione di oggetti preziosi da parte di imprese artigiane, all'iscrizione nel registro degli assegnatari dei marchi di identificazione tenuto dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura;
    - 4) commercio di cose antiche di cui alla dichiarazione preventiva prevista dall'articolo 126 del TULPS;
    - 5) esercizio di case d'asta o galleria d'arte per il quale è prevista la licenza prevista dall'articolo 115 del TULPS;
  - f) alle succursali italiane dei soggetti indicati nelle lettere precedenti aventi sede legale in uno stato estero;
  - g) agli uffici della pubblica amministrazione.

ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui è riferita, in base agli elementi a disposizione dei segnalanti acquisiti nell'ambito dell'attività svolta ovvero a seguito del conferimento di un incarico”.

L'obbligo di segnalazione di operazioni sospette, tra gli obblighi antiriciclaggio, era, fino all'introduzione dell'adeguata verifica in luogo della semplice identificazione, quello più analiticamente disciplinato a livello di normativa sia primaria che secondaria, ma anche quello maggiormente complesso da un punto di vista sia interpretativo che applicativo; tuttavia risulta altrettanto oneroso per i soggetti destinatari.

Con riferimento a tale obbligo si parla infatti di collaborazione attiva (concetto che si estende anche all'adeguata verifica) a differenza delle attività di identificazione, registrazione e conservazione che costituiscono forme di collaborazione passiva. Tali ultime attività, sebbene richiedano sforzi organizzativi ed economici assolutamente non trascurabili, restano pur sempre delle attività caratterizzate da una sorta di automatismo, poiché è la norma che stabilisce quando, come e chi identificare senza che venga richiesto al soggetto di effettuare valutazioni di tipo quantitativo; le attività di segnalazione e di adeguata verifica demandano proprio ai soggetti obbligati di valutare, con ragionamenti critici, seppur sulla base di criteri indicati dalla normativa, se e quali operazioni poste in essere dai clienti si presentino sospette. Tale sospetto deve riguardare ovviamente “operazioni di riciclaggio”, oltre che finanziamento del terrorismo.

A differenza dell'abrogato art. 3 della L. 197/1991 non si fa più esplicito riferimento agli articoli 648-*bis* e 648-*ter* c.p., ma solo al “riciclaggio”; tuttavia ciò non vuol dire che l'operazione di reimpiego non debba essere segnalata, giacché il termine riciclaggio deve essere inteso secondo la definizione data dall'art. 1 d.lgs. 231/2007, la quale ricomprende anche le attività di impiego di beni di illecita provenienza.

#### *4.1 Operazioni sospette, anomale e criteri di anomalia*

Innanzitutto bisogna precisare che per “operazione” si deve intendere sia quella che si concretizza in un unico atto, sia quella che viene posta in essere da una serie di atti tra loro collegati e coordinati in vista del raggiungimento di un determinato risultato; da ciò consegue che già al momento dell'individuazione dell'operazione si richiede uno sforzo critico-valutativo finalizzato ad interpretare, a desumere la volontà e le inesprese finalità del cliente operante.

Al momento dell'entrata in vigore della L. 197/1991 era sorta la questione, fortemente dibattuta, relativa all'operazione anomala: ci si chiedeva se essa dovesse automaticamente ritenersi un'operazione sospetta e quindi da segnalare. La legge indica gli elementi da valutare per giungere a ritenere anomala un'operazione; si tratta di elementi di tipo oggettivo e soggettivo. Quelli oggettivi riguardano:

- le caratteristiche dell'operazione (ad esempio l'effettuazione di una pluralità di operazioni, non giustificata dall'attività svolta, da parte di una persona o di appartenenti ad un medesimo nucleo familiare o di dipendenti e collaboratori di una stessa impresa o di interposta persona);

- la sua entità, ovvero l'importo dell'operazione, da rapportarsi agli altri elementi in quanto non è prevista una soglia minima di rilevanza;

- la sua natura, cioè la natura giuridica dell'operazione alla luce delle sue possibili connessioni con una eventuale attività di riciclaggio;

- qualsiasi altra circostanza conosciuta dal soggetto tenuto all'obbligo di segnalazione;

Per quanto riguarda gli elementi di tipo soggettivo si fa riferimento a:

- la capacità economica del soggetto a cui l'operazione si riferisce;

- l'attività svolta dal soggetto.

Una seconda e fondamentale valutazione è richiesta al soggetto tenuto all'obbligo di segnalazione ed è, appunto, quella relativa alla riconducibilità al riciclaggio o finanziamento del terrorismo dell'operazione anomala: solo in questo caso l'operazione può effettivamente dirsi anche sospetta. L'esempio seguente può aiutarci a capire meglio tale ragionamento: si pensi ad un cliente con un modesto salario che versa in banca un'ingente somma del tutto sproporzionata ai suoi redditi; l'operazione risulta sicuramente anomala in base ai citati criteri, ma questo non è sufficiente a far ritenere doverosa la segnalazione. È necessario valutare se vi sia motivo di sospettare che il denaro provenga da un delitto, in quanto lo stesso potrebbe derivare da una semplice donazione, da un'eredità, da una vincita ecc.

I criteri di anomalia possono essere catalogati in vari gruppi; in particolar modo la seguente suddivisione appare quella maggiormente esemplificativa. Tali criteri possono, infatti, riguardare:

- le caratteristiche soggettive del cliente: operazioni non rispondenti per tipo o entità all'attività svolta, imprese con capitale sociale che acquisiscono la disponibilità di beni di valore sproporzionato e non giustificato dall'attività;

- il comportamento dello stesso cliente: si considerino il tentativo di non presentare documenti di identità, presentazione di documenti stranieri o di difficile verifica, ricorso a prestanome, riluttanza o scarsa collaborazione nel fornire le informazioni richiestogli, fretta ingiustificata e scarsa attenzione al prezzo richiestogli, giustificazioni eccessive o confuse riguardo all'operazione ecc.;

- l'ubicazione della controparte dell'operazione: numerosi trasferimenti e ricezioni di denaro per/dall'estero con numerose controparti, trasferimenti di denaro a se stessi, operazioni e legami del cliente con controparti o banche dislocati in Paesi *off-shore*;

- le caratteristiche e lo scopo dell'operazione: ad esempio in caso di adozione di schemi eccessivamente complessi per lo scopo dichiarato, apparente mancanza di convenienza e di scopo;

- i mezzi di pagamento usati. Utilizzo ingiustificato di contanti, transizioni di importo appena inferiore alla soglia;

- l'acquisto di beni immobili o mobili di valore in cui è evidente il solo scopo di convertire denaro contante, o mediante contratti a favore di terzo, per persona da nominare ecc.

#### 4.2 *Riservatezza e divieto di comunicazione*

L'art. 45 disciplina la tutela della riservatezza delle persone fisiche segnalanti. I soggetti obbligati e gli ordini professionali devono adottare misure adeguate per assicurare la massima riservatezza dell'identità delle persone che effettuano la segnalazione.

Di notevole importanza sono gli scambi di informazioni tra UIF, DIA, Guardia di Finanza, autorità di vigilanza ed ordini professionali; essi, insieme alle segnalazioni e le richieste di approfondimento devono avvenire per via telematica con tutte le misure atte a tutelare la riservatezza e l'integrità delle informazioni.

L'art. 46 vieta ai soggetti obbligati alle segnalazioni ed a chiunque altro ne sia comunque a conoscenza di dare comunicazione dell'avvenuta segnalazione fuori dei casi previsti dal d.lgs. 231/2007. Il divieto impedisce al segnalante anche di comunicare all'interessato o a terzi sia l'avvenuta segnalazione sia che è in corso o può essere avviata un'indagine in materia di riciclaggio o finanziamento del terrorismo. Il divieto di comunicazione, tuttavia, non opera in alcuni casi particolari:

- comunicazione effettuata a scopo di accertamento investigativo ovvero rilasciata dall'autorità di vigilanza in alcuni casi previsti dalla legge;
- comunicazione tra intermediari finanziari appartenenti allo stesso gruppo (anche se situati in Paesi diversi, se applicano misure equivalenti a quelle della direttiva)
- comunicazione fra professionisti in rapporto di associazione, collaborazione o dipendenza;
- comunicazioni tra intermediari o tra professionisti ( se situati in Paese con misure equivalenti), quando si tratta di casi relativi allo stesso cliente o alla stessa operazione.

#### *4.3 Attività di verifica a seguito delle segnalazioni*

Quando all'UIF perviene una segnalazione inizia una procedura che può sfociare in diversi esiti e che vede protagonista l'Unità di Informazione predetta coadiuvata se del caso dalla DIA e dalla Guardia di Finanza. In primo luogo l'UIF effettua una serie di approfondimenti sotto il profilo finanziario che riguardano le operazioni segnalate o comunque individuate. Tali approfondimenti sono svolti mediante analisi e studi, nonché tramite attività ispettiva e con la collaborazione delle autorità di vigilanza di settore che integrano, secondo le proprie competenze, le informazioni con gli elementi ricavabili dai rispettivi archivi. Se l'UIF ritiene infondata la segnalazione procede alla sua archiviazione, avendo cura di mantenerne evidenza per dieci anni. Tuttavia se ritiene che effettivamente è stato individuato un caso di riciclaggio o finanziamento del terrorismo inoltra denuncia all'autorità giudiziaria e trasmette le segnalazioni, unitamente agli approfondimenti svolti e ad una relazione tecnica, alla DIA e al Nucleo speciale valutaria della Guardia di Finanza, le quali se si tratta di criminalità organizzata informano il Procuratore nazionale antimafia. Il sempre maggiore afflusso di segnalazioni ha reso necessario una preliminare fase di controllo delle stesse. Il cosiddetto "flusso di ritorno" delle informazioni risponde alla convinzione che ciò produca effetti positivi consistenti nel riscontro alla collaborazione fornita dal segnalante e agli approfondimenti effettuati, nel consentire ai soggetti coinvolti nella procedura di rendersi conto della utilità della loro opera ed eventualmente di affinarla, e soprattutto nell'individuare nuovi schemi di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e poter così adottare nuove strategie di contrasto. La comunicazione non veniva effettuata se ciò poteva recare un pregiudizio all'esito delle indagini.



Gli organi di indagine a loro volta informano l'UIF delle segnalazioni non aventi ulteriore corso.

Le segnalazioni archiviate sono dunque conservate dall'UIF per dieci anni, in modo tale da poter essere eventualmente riprese in esame, anche dagli organi investigativi, nel caso in cui sopravvengano nuovi elementi, nuovi fatti o semplicemente nuove letture che siano portatori di nuovi spunti investigativi. L'UIF, la DIA e la Guardia di Finanza informano il Comitato di sicurezza finanziaria delle tipologie e fenomeni osservati in materia nell'anno precedente, nonché dell'esito delle segnalazioni ripartito per categoria di segnalanti, tipi di operazione e aree territoriali.

Tali informazioni sono anch'esse sottoposte al divieto di comunicazione precedentemente descritto.

## **5 La legge di Stabilità 2016 e la Direttiva UE 2015/849**

La legge di stabilità 2016 prevede l'aumento della soglia per le transazioni contanti (resta invariato invece l'attuale limite, posto a 999,99 euro, per l'emissione di assegni trasferibili) e la soppressione delle norme che hanno riguardato il pagamento dei canoni di locazione e la filiera dei trasporti su strada.

Sono molte le novità in materia di antiriciclaggio contenute nella legge di stabilità 2016 e che hanno effetto dal 1 gennaio 2016. La prima è certamente quella che interviene nell'art. 49 comma 1 del D. Lgs. 21 Novembre 2007 n. 231 e che aumenta da 999,99 a 2.999,99 euro il limite oltre il quale è vietato il trasferimento, a qualunque titolo, tra soggetti diversi, di: denaro contante, libretti di deposito bancari o postali al portatore e titoli al portatore in euro o valuta estera. La disposizione, intervenendo solo sul comma 1 dell'art. 49 del D. Lgs. in analisi, lascia sorprendentemente al vecchio limite di 999,99 euro la somma massima che può essere pagata con un assegno trasferibile. Infatti, non è cambiato il comma 5 dell'art. 49 che prevede che “gli assegni bancari e postali emessi per importi pari o superiori a mille euro devono recare l'indicazione del nome o della ragione sociale del beneficiario e la clausola di non trasferibilità”. Inoltre, al comma 904 della predetta legge di Stabilità, viene precisato che resta fermo per le pubbliche amministrazioni l'obbligo di procedere al pagamento, mediante l'utilizzo di strumenti telematici, di stipendi, pensioni e emolumenti a qualsiasi titolo erogati, di importo superiore a

mille euro. Quindi, diversamente dal passato, dal 1° gennaio 2016 esistono due limiti diversi per le transazioni in contanti e per l'emissione di assegni bancari e postali, trasferibili. Inoltre, è stato previsto che per il servizio di rimessa del denaro che interessa gli Istituti di pagamento la soglia è di mille euro.

Un'altra variazione in aumento riguarda gli sportelli cambia-valute. Per la negoziazione a pronti di mezzi di pagamento in valuta, svolta dai predetti soggetti autorizzati, il limite aumenta dai precedenti 2.500 a 3.000 euro.

Di maggior rilievo, a distanza di dieci anni dall'ultima revisione delle norme europee relative alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, è la Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, la quale modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione.

La nuova direttiva antiriciclaggio, la quale ha il "dichiarato" lo scopo di rafforzare la lotta contro i crimini fiscali e il finanziamento del terrorismo. Le disposizioni contenute nella quarta Direttiva recepiscono quasi *ad litteram* le Raccomandazioni della *Financial Action Task Force* (FATF), - ormai considerate un punto di riferimento universale per le regole contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo - arrivando, in alcuni casi, ad ampliarne la portata. La *ratio* sottesa all'elaborazione di una nuova Direttiva si rinviene nella sempre maggiore esigenza di adattare l'attuale sistema preventivo all'evoluzione tecnologica delle tecniche di reimpiego di denaro sporco utilizzate dalla criminalità. Rispetto alle più "classiche" usura, estorsione, crimini finanziari, infatti, oggi si aggiungono contraffazione, reati ambientali, distrazione di fondi pubblici, cyber crime, ecc. Si tratta delle nuove frontiere del riciclaggio<sup>143</sup>.

L'ambito di applicazione della IV Direttiva, conformemente a quanto sostenuto nelle pagine che precedono, come primo punto di intervento della direttiva in esame riguarda l'estensione del campo di applicazione della normativa de qua<sup>144</sup>, in particolare l'inserimento dei

---

<sup>143</sup> Così R. Razzante, I. Borrello, L. La Rocca, La necessità di un approccio multidisciplinare al "fenomeno riciclaggio", in R. Razzante (a cura di), *Il Riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, Giuffrè, 2014.

<sup>144</sup> In tal senso, essa fornisce la seguente definizione del reato:

a) la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni;

reati fiscali come ‘attività criminosa’. Sul punto appare importante evidenziare che, in linea con le Raccomandazioni riviste dal GAFI, i reati fiscali connessi alle imposte dirette e indirette rientrano nell’ampia definizione di “attività criminosa”<sup>145</sup>.

Altra novità consiste nella previsione di cui all’art. 2, che estende l’ambito di applicazione soggettivo della normativa. Quindi, la quarta direttiva si applica, oltre che agli enti creditizi e agli istituti finanziari, nonché alle persone fisiche o giuridiche, già obbligati in precedenza, anche agli altri soggetti che negoziano beni, quando il pagamento è effettuato o ricevuto in contanti per un importo pari o superiore a diecimila euro, indipendentemente dal fatto che la transazione si effettua con un’operazione unica con diverse operazioni che appaiono collegate, e ai prestatori di servizi di gioco d’azzardo<sup>146</sup>. Si tratta di un aspetto di particolare rilevanza, ma è necessario che il legislatore nazionale ne colga le possibili espressioni, giacché se determinati settori non devono essere sottoposti ad obblighi relativi al riciclaggio, è al contempo indiscutibile che la verifica della clientela non debba essere l’unico perno su cui fondare la prevenzione. In altri termini, gli Stati membri dovrebbero considerare la previsione di un’esenzione esclusivamente in circostanze rigorosamente limitate e giustificate, ovvero quando i rischi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo sono limitati. Tali esenzioni dovrebbero formare oggetto di una specifica valutazione del rischio che tenga in considerazione anche il grado di vulnerabilità delle relative operazioni.

- 
- b) l’occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un’attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;
  - c) l’acquisto, la detenzione o l’utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un’attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;
  - d) la partecipazione a uno degli atti di cui alle lettere a), b), c), l’associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l’esecuzione.

<sup>145</sup> Nello specifico, l’articolo 3, paragrafo 4, lett. f) della direttiva, sancisce che rientrano nell’attività criminosa “tutti i reati, compresi i reati fiscali relativi a imposte dirette e indirette, quali specificati nel diritto nazionale, punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, tutti i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi”. Tenuto conto che ciascuno Stato membro può ricondurre reati fiscali differenti alla nozione di attività criminosa perseguibile mediante le sanzioni di cui all’articolo 3, paragrafo 4, lett. f), le definizioni di reati di fiscali previste dalle normative nazionali potrebbero divergere. In ogni caso, gli Stati membri dovrebbero consentire, nella massima misura possibile ai sensi della propria legislazione, lo scambio di informazioni o la prestazione di assistenza tra le Unità di informazione finanziaria dell’Unione (UIF).

<sup>146</sup> In riferimento ai prestatori di servizio di gioco d’azzardo nel testo della IV Direttiva è stato inserito il principio che consente agli Stati membri la possibilità di esentare gli operatori di gioco a basso rischio: “ad eccezione delle case da gioco e a seguito di un’opportuna valutazione del rischio, gli Stati membri possono decidere di esonerare, in tutto o in parte, i prestatori di determinati servizi di gioco d’azzardo dalle disposizioni nazionali che recepiscono la presente direttiva sulla base del basso livello di rischio comprovato dalla natura e, se del caso, dalle dimensioni operative di detti servizi”.

La IV Direttiva ribadisce che il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo non è sempre lo stesso, per cui va adottato un approccio “olistico” basato sul rischio. Proprio in relazione alla valutazione di esso, gli articoli 6 e 7 prevedono rispettivamente un approccio sovranazionale ed uno nazionale al rischio stesso. In tal senso, in relazione al primo tipo di approccio, è previsto che la Commissione effettui una valutazione dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che gravano sul mercato interno e relativi alle attività transfrontaliere<sup>147</sup>. Con riferimento invece all’approccio nazionale, l’art. 7 prevede che ciascuno Stato membro adotti opportune misure per individuare, valutare, comprendere e mitigare i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che lo riguardano, nonché le eventuali problematiche connesse in materia di protezione dei dati.

Il legislatore europeo richiede una maggiore attenzione dell’espletamento dell’adeguata verifica, sottolineando come gli intermediari finanziari, alla luce del privilegiato punto di osservazione di cui godono, debbano necessariamente intensificare i controlli. La novità principale consiste nell’applicazione dell’adeguata verifica anche a soggetti che negoziano in beni quando eseguono operazioni occasionali in contanti d’importo pari o superiore a diecimila euro, indipendentemente dal fatto che l’operazione sia eseguita con un’unica operazione o con diverse operazioni che appaiono collegate, nonché per i prestatori di servizi di gioco d’azzardo, all’incasso delle vincite, all’atto della puntata, o in entrambe le occasioni, quando si eseguono operazioni d’importo pari o superiore a duemila euro, indipendentemente dal fatto che la transazione sia eseguita con un’unica operazione o con diverse operazioni che appaiono collegate. Com’è noto, l’Italia è da tempo ormai già allineata a tale ultima impostazione dettata dalla IV Direttiva<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> A tal fine, la Commissione, entro il 26 giugno 2017, elaborerà una relazione che identifica, analizza e valuta tali rischi a livello dell’Unione. Successivamente, la Commissione stessa aggiornerà la sua relazione ogni due anni o, se del caso, più frequentemente. Detta relazione comprenderà almeno i seguenti elementi: a) i settori del mercato interno maggiormente esposti al rischio; b) i rischi associati a ciascun settore interessato; c) i mezzi più diffusi cui ricorrono i criminali per riciclare proventi illeciti. Inoltre, entro il 26 dicembre 2016, il comitato congiunto delle Autorità Europee di Vigilanza (AEV) emanerà un parere sui rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo concernente il settore finanziario dell’Unione.

<sup>148</sup> La normativa antiriciclaggio italiana, infatti, impone agli operatori che svolgono l’attività di gestione di case da gioco on line, di procedere all’identificazione ed alla verifica dell’identità di ogni cliente per importo superiore a mille euro (art. 24, comma 4, D.lgs. 231/07); per i casinò, invece, la soglia è di duemila euro (art 24, comma 1, D.lgs. 231/07). In argomento si rimanda a R. Razzante, I singoli adempimenti, in R. Razzante, M. Arena, G. IMBERGAMO, Manuale operativo delle sanzioni nella legislazione antiriciclaggio italiana. Norme incriminatrici e sanzionatorie. Strategie difensive e processuali, Giappichelli, 2011, pag. 18 ss.

Il legislatore della IV Direttiva ha, altresì, assunto consapevolezza della circostanza che l'utilizzo dei prodotti di moneta elettronica è considerato sempre più un surrogato dei conti bancari.

Quanto detto giustifica che detti prodotti siano assoggettati agli obblighi di prevenzione e contrasto del riciclaggio e della lotta al finanziamento del terrorismo<sup>149</sup>.

Alla luce delle criticità connesse alla identificazione delle persone fisiche coperte dagli organizzazioni sociali, la IV Direttiva presta particolare attenzione alla complessa figura del “beneficial owner” nelle compagnie societarie. È nota la necessità non solo di identificare le persone fisiche che sono titolari ovvero esercitano il controllo di soggetti giuridici, ma anche di ottenere informazioni accurate e aggiornate sul cosiddetto titolare effettivo, al fine di rintracciare criminali che potrebbero altrimenti occultare la propria identità dietro una struttura societaria. Un primo punto di forza, ma soprattutto di novità, della Direttiva in esame si rinviene nella creazione di un “registro centralizzato di informazioni” riguardanti la proprietà effettiva delle società e dei trust, con il chiaro fine di aumentare i livelli di trasparenza. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero assicurare che i soggetti giuridici costituiti nel loro territorio in conformità del diritto nazionale ottengano e conservino informazioni adeguate, accurate e attuali sulla loro titolarità effettiva, oltre alle informazioni di base quali il nome della società, l'indirizzo e la prova dell'atto costitutive e della titolarità legale. Con l'obiettivo di promuovere la trasparenza al fine di contrastare l'abuso dei soggetti giuridici, gli Stati membri dovranno assicurare che le informazioni sulla titolarità effettiva siano archiviate in un registro centrale situato all'esterno della società, in piena conformità con il diritto dell'Unione<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Tuttavia, lo stesso legislatore europeo ha ritenuto che, in talune comprovate circostanze di rischio esiguo e a rigorose condizioni di mitigazioni del rischio, gli Stati membri dovrebbero poter esonerare i prodotti di moneta elettronica da determinate misure di adeguata verifica della clientela, quali l'identificazione e la verifica del cliente e del titolare effettivo, ma non dal controllo delle operazioni o dei rapporti d'affari. Ai sensi dell'art. 12 della IV Direttiva le condizioni di mitigazione del rischio sono le seguenti: “a) lo strumento di pagamento non è ricaricabile oppure è soggetto a un limite mensile massimo di operazioni di 250 euro, utilizzabile solo in tale Stato membro; b) l'importo massimo memorizzato elettronicamente non supera i 250 euro; c) lo strumento di pagamento è utilizzato esclusivamente per acquistare beni o servizi; d) lo strumento di pagamento non può essere alimentato con moneta elettronica anonima; e) l'emittente effettua un controllo sulle operazioni o sul rapporto d'affari sufficiente a consentire la rilevazione di operazioni anomale o sospette”.

<sup>150</sup> A tal fine, gli Stati membri possono utilizzare una banca dati centrale che raccolga le informazioni sulla titolarità effettiva, o il registro delle imprese, ovvero un altro registro centrale. La nuova previsione normativa sancisce, altresì, che gli stessi Stati membri provvedono affinché le informazioni sulla titolarità effettiva siano accessibili in ogni caso:

- a) alle autorità competenti e alle FIU, senza alcuna restrizione;
- b) ai soggetti obbligati, nel quadro dell'adeguata verifica della clientela a norma del capo II;
- c) a qualunque persona o organizzazione che possa dimostrare un legittimo interesse.

Gli obblighi di collaborazione non variano rispetto a quelli attuali<sup>151</sup>. La nuova Direttiva dispone infatti che gli Stati membri prescrivono che i soggetti obbligati e, se del caso, i loro amministratori e dipendenti collaborino pienamente, provvedendo tempestivamente ad:

a) informare la UIF di propria iniziativa, anche tramite segnalazione, quando il soggetto obbligato sa, sospetta o ha motivo ragionevole di sospettare che i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengono da attività criminose o sono collegati al finanziamento del terrorismo e rispondendo tempestivamente, in tali casi, alle richieste di informazioni ulteriori da parte della UIF;

b) fornire alla UIF, direttamente o indirettamente, su sua richiesta, tutte le informazioni necessarie secondo le procedure previste dalla legislazione vigente.

L'ultima parte della nuova Direttiva, probabilmente tra le più delicate, è riservata alle sanzioni. L'importanza di combattere il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo ha indotto l'Italia a prevedere sanzioni e misure amministrative effettive, proporzionate e dissuasive in caso di inosservanza della relativa normativa<sup>152</sup>. Tuttavia, attualmente vige negli Stati membri una gamma differenziata di sanzioni e misure amministrative per violazioni delle vigenti disposizioni fondamentali di natura preventiva. Tale diversità potrebbe pregiudicare gli sforzi compiuti per contrastare il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo e la risposta dell'Unione rischia di essere frammentaria. La presente direttiva si è dunque proposta il delicato compito di fornire una gamma di sanzioni e misure amministrative<sup>153</sup> a disposizione degli Stati membri,

---

Le persone o organizzazioni di cui alla lettera c) hanno accesso almeno al nome, al mese ed anno di nascita, alla cittadinanza, al paese di residenza del titolare effettivo così come alla natura ed entità dell'interesse beneficiario detenuto. L'accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva deve essere conforme alle norme sulla protezione dei dati e può essere soggetto a registrazione online.

<sup>151</sup> Per un approfondimento su tale obbligo si veda M. Carbone, M. Tolla, Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio, Caccucci, Bari, 2010, pag. 190.

<sup>152</sup> Per una visione d'insieme delle sanzioni penali ed amministrative previste nell'ordinamento italiano si rimanda a R. Razzante, M. Arena, G. Imbergamo, Manuale operativo delle sanzioni nella legislazione antiriciclaggio italiana. Norme incriminatrici e sanzionatorie. Strategie difensive e processuali, Giappichelli, 2011, pag. 55.

<sup>153</sup> L'art. 59 della Direttiva prescrive una gamma di sanzioni e misure amministrative che gli Stati membri dovranno assicurare in caso di violazioni gravi, reiterate, sistematiche degli obblighi di adeguata verifica della clientela, segnalazione di operazioni sospette, conservazione dei documenti, controlli interni. In tali casi, la direttiva prevede quantomeno:

- a) la pubblicità alle sanzioni;
- b) ordine alla persona fisica o giuridica responsabile della violazione di porre termine al comportamento sanzionato e di astenersi dal ripeterlo;
- c) ove un soggetto obbligato sia soggetto ad autorizzazione, la revoca o sospensione dell'autorizzazione;
- d) interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni dirigenziali per le persone con compiti dirigenziali in un soggetto obbligato ritenute responsabili della violazione, o per qualsiasi altra persona fisica ritenuta responsabile della violazione;
- e) sanzioni amministrative pecuniarie massime pari almeno al doppio dell'importo dei profitti ricavati grazie alla violazione, quando tale importo può essere determinato, o pari almeno a un milione di euro.

quanto meno per violazioni gravi, reiterate o sistematiche degli obblighi relativi alle misure di adeguata verifica della clientela, conservazione dei documenti, segnalazione delle operazioni sospette e controlli interni dei soggetti obbligati. Tale gamma di misure appare essere sufficientemente ampia da consentire agli Stati membri e alle autorità competenti di tener conto delle differenze tra i diversi soggetti obbligati, in particolare, tra enti creditizi ed istituti finanziari e soggetti obbligati di altro tipo, in termini di dimensioni, caratteristiche e natura delle attività.

In conclusione, nella IV Direttiva è facilmente deducibile la piena presa di coscienza dell'importanza di un approccio transnazionale al fenomeno del riciclaggio. Pienamente condivisibile, oltre il già citato ampliamento dell'ambito di applicazione della normativa, è la consapevolezza assunta circa l'importanza dell'adozione di un approccio sovranazionale unitario in relazione al rischio di riciclaggio. Infatti, la III direttiva, circa l'obbligo semplificato di adeguata verifica, si è rilevata eccessivamente permissiva, con la completa esenzione di alcune categorie di clienti o operazioni dagli obblighi in discorso. Le nuove disposizioni, benché non rappresentino per il nostro Paese un vero stravolgimento, considerato che la normativa italiana vigente già è uniformata in tal senso, da un lato, irrigidiranno gli obblighi di monitoraggio su persone considerate a rischio di corruzione e su determinati settori economici e, dall'altro, detterà procedure semplificate per chi presenta un basso rischio di riciclaggio. La direttiva sembra riconoscere che l'uso di un approccio basato sul rischio costituisce un modo efficace di individuare e mitigare i rischi per la stabilità del sistema finanziario e dell'economia nel suo insieme nell'area del mercato interno. Inoltre, la normativa approvata – allo scopo di accrescere la trasparenza in merito alla proprietà delle società e dei trust, nonché di fornire alle autorità strumenti efficaci per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo – introduce come detto in tutti i Paesi appartenenti alla Ue un registro centralizzato di informazioni riguardo alla proprietà effettiva. Pertanto, entro il mese di giugno del 2017, i Paesi aderenti dovranno dotarsi di un registro centrale che conterrà i dati sui beneficiari di fondi fiduciari e altro strumenti finanziari, sulle transazioni di alto valore e altre informazioni sensibili. L'approvazione della direttiva in sede politica è stata l'evidenza della comune azione degli Stati membri, dalla

---

L'art. 59, c. 3, prevede specifiche sanzioni per enti creditizi o un istituti finanziari. Nel caso di entità giuridiche, sanzioni amministrative pecuniarie massime pari almeno a cinque milioni di euro o al dieci per cento del fatturato complessivo annuo in base agli ultimi bilanci disponibili approvati dall'organo di gestione. Nel caso di persone fisiche, sanzioni amministrative pecuniarie massime pari almeno a cinque milioni di euro o, negli Stati membri la cui moneta non è l'euro, il valore corrispondente nella valuta nazionale alla data del 25 giugno 2015.

Commissione e dal Consiglio europeo. In particolare, a seguito delle minacce provenienti dal terrorismo di matrice islamica, dette dichiarazioni sottolineano la necessità di applicare con efficacia e rapidità le nuove disposizioni della direttiva, mettendo in evidenza l'esigenza di rafforzare i poteri e la collaborazione delle FIU, di individuare i rischi di terrorismo a livello sovranazionale, di applicare le sanzioni economiche di congelamento. Ora tocca agli Stati membri, i quali avranno ora due anni per trascrivere la direttiva antiriciclaggio nei loro ordinamenti nazionali.



## CONCLUSIONI

La trattazione ha cercato di mettere in evidenza quanto il fenomeno del riciclaggio sia un problema per la società attuale. Il riciclaggio, come più volte sottolineato in precedenza, costituisce una sorta di “ponte” tra la criminalità e la società civile; i flussi di denaro illecito sono suscettibili di generare gravi distorsioni all’economia legale, alterando le condizioni di concorrenza ed i meccanismi di allocazione delle risorse. Dopo aver ripercorso il suo “tormentato” *iter* normativo ci si è soffermati sulle caratteristiche fondamentali del reato, sugli elementi essenziali e sui rapporti con altre fattispecie del Codice Penale, prendendo in considerazione le numerose e differenti interpretazioni date di volta in volta da dottrina e giurisprudenza. Il ragionamento si è poi incentrato sugli strumenti di tipo amministrativo necessari per combattere questo tipo di attività illecite.

Da ciò si evidenzia la necessità di fronteggiare la problematica sia dal punto di vista repressivo, sia dal punto di vista preventivo; quest’ultimo aspetto risulta fondamentale per un efficace contrasto all’attività di riciclaggio.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la criminalità organizzata, il cui imprescindibile obiettivo consiste nella realizzazione del profitto, ricorre a strumenti di vario tipo, sia legali e sia illegali, per dissimulare i proventi delle proprie attività delittuose. Bisogna comprendere che il contrasto al patrimonio è di fondamentale importanza per infliggere importanti e significative ferite non solo alla criminalità organizzata ma anche al terrorismo internazionale.

Il nostro ragionamento è arrivato alla conclusione che il legislatore sia più volte intervenuto per modificare la fattispecie di riciclaggio al fine di fornire un utile dispositivo per il contrasto alla criminalità organizzata; si tratta di una norma spesso carente in molti punti già trattati e discussi da dottrina e giurisprudenza, alcuni dei quali, non senza ulteriori critiche, sono stati superati dall’ introduzione della fattispecie autonoma dell’autoriciclaggio.

L’auspicio per il futuro, alla luce della Direttiva (UE) 2015/849, è che si giunga ad un sostanziale perfezionamento degli strumenti di contrasto, che siano effettivamente in grado di porsi come un ostacolo alla crescita del fenomeno delittuoso in oggetto.

## Bibliografia

- R. ACQUAROLI, *Il riciclaggio*, in F. Palazzo, C. E. Paliero, Trattato teorico-pratico di diritto penale, vol. VII, Giappichelli (Torino), 2011.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale, I*, Giuffr  (Milano), 2008, 464 ss.
- R. BARTOLI, *Cosiddetto «taroccamento» e delitto di riciclaggio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 476 ss.
- CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996.
- M. CARBONE, M. TOLLA, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, Caccucci, Bari, 2010.
- CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010.
- L.D. CERQUA, *Il delitto di riciclaggio dei proventi illeciti*, in E. Cappa, L.D. Cerqua (a cura di) *Il riciclaggio del denaro*, Giuffr  (Milano), 2012, 47 ss.
- CONDEMI-DE PASQUALE, *Introduzione*, in Profili internazionali dell'attivit  di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti, a cura di Condemmi-De Pasquale, Roma, 2003.
- P. COSTANZO, *Il riciclaggio di disponibilit  di provenienza illecita. La disciplina penale italiana alla luce delle regole internazionali comunitarie*, in A. Di Amato, Trattato di diritto penale dell'impresa, vol. IX, I reati del mercato finanziario, Cedam (Padova), 2007.
- A.M. DELL'OSSO, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto, difficolt  di inquadramento dogmatico ed esigenze di intervento legislativo*, 2011.
- G. DONADIO, *Le fattispecie incriminatrici nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il riciclaggio dei proventi illeciti. Tra politica criminale e diritto vigente*, a cura di E. Palombi, Esi, 1996.
- S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Giuffr  (Milano), 2009.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale, II*, Bologna, 2012.
- G.M. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
- G. FORTE, *L'elemento soggettivo nel riciclaggio*, A. Manna (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*.
- M. GALLO, *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 755.
- S. GIAVAZZI, *I reati societari e fiscali quali reati-presupposto del riciclaggio*, in AA. VV., *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, a cura di M. Arnone, S. Giavazzi, V&P (Milano), 2011.

- G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Il Mulino (Bologna), 1996.
- L. LA GRECA, *Il riciclaggio dei proventi delle associazioni mafiose*, in Cass. Pen., 2010.
- P. MAGRI, *I delitti contro il patrimonio mediante frode*, cit., 425.
- MAGISTRO, *Riciclaggio di capitali illeciti. Rilevanza del fenomeno e strategie di contrasto in materia fiscale*, Milano, 1991.
- V. MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 1-2, 52.
- MANNA, *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Utet (Torino), 2000.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, II*.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., 4738.
- G. NANULA, *Il riciclaggio: un quadro riepilogativo con autorevole conclusione*, in *Il Fisco*, n. 37/2007.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale, vol. III, delitti contro il patrimonio*, Giuffrè (Milano), 2003.
- C.E. PALIERO, *Il riciclaggio nel contesto societario*, in AA. VV., *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, a cura di M. Arnone, S. Giavazzi, V&P (Milano), 2011.
- G. PECORELLA, *Circolazione di denaro e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.
- S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Giuffrè (Milano), 1993.
- D. PULITANÒ, *Diritto penale, parte speciale, vol. II*, Giappichelli (Torino), 2014.
- R. RAZZANTE, I. BORRELLO, L. LA ROCCA, *La necessità di un approccio multidisciplinare al "fenomeno riciclaggio"*, in R. RAZZANTE (a cura di), *Il Riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, Giuffrè, 2014
- R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, II ed. Giappichelli (Torino), 2011, 31 ss.
- R. RAZZANTE, M. ARENA, G. IMBERGAMO, *Manuale operativo delle sanzioni nella legislazione antiriciclaggio italiana. Norme incriminatrici e sanzionatorie. Strategie difensive e processuali*, Giappichelli (Torino), 2011.
- E. RUSSO, *Rapporto tra il delitto di riciclaggio ed i reati di ricettazione, favoreggiamento reale ed associazione per delinquere*, in *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, a cura di A. Manna, Utet (Torino), 2000, 117.

- S. SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in Dir. pen. e proc., 2005.
- G. M. SOLDI, *Riciclaggio*, in Dig. disc. pen. (aggiornamento), Utet (Torino), 2011.
- J. TONDELLI, *Considerazioni sull'obbligo di segnalazione di operazioni sospette e reato di riciclaggio*, in Banca, borsa e tit. credito, 2004, II.
- P.L. VIGNA, in *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, in E. Cappa, L.D. Cerqua (a cura di), Giuffr  (Milano), 2012, 3.
- M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, cit. , pp. 10 e ss.

### *Giurisprudenza*

- Cass. pen., sez. I, 7 luglio 1984, n. 6319.
- Cass. pen., sez. I, 6 maggio 1985, n. 10268.
- Cass. pen., sez. II, 24 luglio 1991, n. 7797.
- Cass., sez. I, 29 marzo 1993, Cutr , in Cass. Pen., 1994, p. 3008.
- Cass. pen., sez. I, 9 febbraio 1996, CED 204485.
- Cass. pen., sez. II, 1 ottobre 1996.
- Cass. pen., sez. II, 12 febbraio 1998, Conti, in Cass. pen., 1999, 1136.
- Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2003, n. 10582.
- Cass. pen., SS. UU., 12 luglio 2005, Mannino, n. 33748.
- Cass. pen., sez. II, 23 settembre 2005, n. 40793.
- Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 8432.
- Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2007, Rappa.
- Cass. pen., sez. II, 12 giugno 2008, n. 25773, CED 241444.
- Cass. pen., sez. I, 27 novembre 2008, Franchetti.
- Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2009, Papale, n. 45643.
- Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 2010, Errico, n. 17694.
- Cass. pen., sez. I, 27 maggio 2011, Calabrese ed altro, n. 40354.
- Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2012, Schiavone, n. 25633.
- Cass. pen., sez. II, 4 giugno 2013, Aquila ed altro, n. 27292.

**LA COOPERAZIONE DI POLIZIA E GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE  
E LA GIURISPRUDENZA DI SETTORE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA  
DELL'UNIONE EUROPEA**

*Ten. Guido Romano Rosadoni*



Introduzione .....	111
<i>CAPITOLO I</i> .....	114
<b>Le modifiche al Trattato di Lisbona per un nuovo spazio di libertà, sicurezza e giustizia all'interno dell'Unione Europea.</b>	
<b>Il principio di leale collaborazione</b>	
<i>CAPITOLO II</i> .....	120
<b>Il ruolo svolto dal Parlamento europeo nella disciplina degli atti del Titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e le funzioni di controllo attribuite ai Parlamenti nazionali</b>	
<i>CAPITOLO III</i> .....	125
<b>Il ruolo della Corte di Giustizia prima e dopo il Trattato di Lisbona</b>	
1. La procedura di infrazione.....	132
2. Il ricorso per annullamento .....	136
3. Il rinvio pregiudiziale.....	145
<i>CAPITOLO IV</i> .....	155
<b>La cooperazione penale fra centralità del legislatore e “judicially driven integration”</b>	
<i>CAPITOLO V</i> .....	159
<b>Gli organi della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale:</b>	
1. <i>Europol</i> .....	159
2. <i>Eurojust</i> .....	161
3. La Procura Europea.....	162
4. Il Comitato Permanente per la Sicurezza Interna (COSI).....	163

<i>CAPITOLO VI</i> .....	165
<b>La sentenza della Corte di Giustizia (Quarta Sezione) del 5 giugno 2014 (causa C-398/12: domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Fermo-<i>Procedimento penale a carico di M.</i>)</b>	
Conclusione .....	174



## INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha lo scopo di illustrare quale sia stata l'evoluzione della disciplina normativa derivante dalle varie modifiche alle fonti di diritto primario dell'Unione Europea nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale fino al Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che ha riformato in maniera organica il settore.

Lo studio delle norme, nello specifico settore d'interesse, non può prescindere da una attenta analisi dei poteri di volta in volta attribuiti alla Corte di Giustizia dell'UE, e soprattutto dall'uso di questi poteri che la Stessa Corte ha fatto.

Infatti, la giurisprudenza del giudice di Lussemburgo, nell'ottica di una sempre maggiore cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione, ha assunto e continua ad assumere un ruolo primario nella materia, accanto agli organi legislativi quali il Parlamento Europeo e il Consiglio.

Spesso interpretando estensivamente o addirittura teleologicamente il significato delle norme, la Corte di Giustizia, attirandosi talvolta numerose critiche da parte della dottrina, ha introdotto prassi, tutte volte alla creazione di uno spazio giudiziario comune fondato sulla collaborazione e sulla fiducia tra gli Stati membri, che sono state poi codificate dal Trattato di Lisbona.

Sebbene oggi siano ancora numerose le difficoltà che ostino ad una completa cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, gli sforzi della Corte di Giustizia e le norme finalmente cristallizzate nel Trattato di Lisbona, che disciplina oggi l'intero settore organicamente al Titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, possono far ritenere che il livello di protezione della sicurezza dei cittadini dell'UE, attraverso la prevenzione e la lotta comune al crimine, al razzismo ed alla xenofobia, sia elevato.

Si è dunque ritenuto di dividere il presente lavoro in sei capitoli, evidenziando ciascuno peculiarità nell'evoluzione della disciplina normativa e nel ruolo svolto dalla Corte di Giustizia.

Il primo capitolo annuncia la straordinaria importanza delle modifiche conseguenti al Trattato di Lisbona che, come già accennato, tratta oggi al Titolo V del TFUE l'intera disciplina dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (tra cui la cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale), precedentemente frammentata e dunque né applicata, né interpretata uniformemente da un unico giudice.

Particolare attenzione viene altresì posta sull'applicazione del principio di leale collaborazione che la Corte di Giustizia, con lungimiranza, ha fatto nelle materie di cooperazione di polizia e giudiziaria penale.

Il secondo capitolo accenna brevemente al ruolo centrale che è stato attribuito dalle norme al Parlamento europeo, oggi co-legislatore assieme al Consiglio anche nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Prima del Trattato di Lisbona infatti il Parlamento giocava un ruolo marginale elevando motivate critiche da parte della dottrina poiché era evidente il deficit democratico subito dalle materie dell'*ex* terzo pilastro (cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale) rispetto a quelle del pilastro comunitario. Inoltre sono presentate le modalità attraverso le quali oggi i Parlamenti nazionali possono controllare la legittimità degli atti del Titolo V TFUE e soprattutto come gli stessi possono valutare l'attività delle agenzie operanti nel settore, su tutte *Europol* ed *Eurojust*.

Nel terzo capitolo si ripercorrono le varie tappe dell'evoluzione normativa che ha interessato il settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, soffermandosi sul ruolo di volta in volta svolto dalla Corte di Giustizia a seconda dei poteri ad essa attribuiti dai Trattati. Vengono poi brevemente trattate le tipologie di azioni esperibili dinanzi alla Corte di Giustizia, avendo subito anch'esse numerose modifiche nel corso del processo di integrazione nelle materie dell'*ex* terzo pilastro, e costituendo oggi gli strumenti processuali attraverso i quali la Corte può esprimere i propri orientamenti tesi alla creazione di un vero e proprio spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia.

Al capitolo IV, stante la centralità del ruolo attribuito dai Trattati al Parlamento europeo, viene suggerito il ruolo che la corte di Giustizia sembra voler perseguire al fine di dare il proprio qualificato contributo all'integrazione delle norme e delle procedure in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria penale. Si auspica così una "*strong judicially driven integration*", principio che verrà adeguatamente trattato nel capitolo di riferimento.

Il capitolo quinto passa in rassegna i principali organi ed agenzie protagonisti della cooperazione operativa di polizia e giudiziaria: *Europol*, *Eurojust*, l'istituenda Procura Europea ed il Comitato Permanente per la Sicurezza Interna (COSI) sono trattati nelle loro principali caratteristiche e modalità d'azione.

Infine, al sesto capitolo, viene proposta l'analisi di una sentenza della Corte di Giustizia che vuol evidenziare il modo con cui la corte stessa, pur dovendo fare i conti con i limiti ancora imposti dai Trattati, cerca di ampliare le sue competenze al fine, giova ribadirlo, di creare una

vera e propria comunità di diritto che possa contare su uno spazio comune ed uniforme di libertà, sicurezza e giustizia, nell'ottica di una sempre maggiore e più efficiente cooperazione tra gli Stati membri, fondata sulla fiducia e sul rispetto dei reciproci sistemi di polizia e giudiziari. Il tutto finalizzato a garantire i diritti fondamentali (si pensi al divieto del doppio giudizio stabilito dal brocardo latino *ne bis in idem*, valido anche nell'Unione Europea intesa unitariamente) di ciascun cittadino europeo in tutti gli Stati membri.

**Le modifiche del Trattato di Lisbona per un nuovo spazio di libertà, sicurezza e giustizia all'interno dell'Unione Europea. Il principio di leale collaborazione**

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e in particolare la disciplina della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale sono state profondamente novate dall'entrata in vigore, nel 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona. Le novità<sup>1</sup> derivano sia da interventi di natura generale che riguardano la diversa impostazione che i Trattati fanno oggi dell'Unione europea<sup>2</sup>, sia da interventi specifici che interessano la materia della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

Grazie alla eliminazione della struttura a tre pilastri e alla riconduzione delle materie appartenenti all'*ex* terzo pilastro, concernenti anche la cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale, all'interno del Titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si pone fine al processo, avviato con il Trattato di Amsterdam, che aveva inaugurato la fase dell'applicazione del "metodo comunitario", e non più intergovernativo, alle materie oggetto di trattazione (quelle dell'allora terzo pilastro).

Il sistema garantisce dunque una struttura unitaria in quanto la disciplina prima contenuta negli artt. 29-42 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) relativa alle materie dell'*ex* terzo pilastro, è oggi contenuta nel Titolo V del TFUE ("Spazio di libertà, sicurezza e giustizia") agli artt. 67-89, in sostituzione del vecchio Titolo IV del TCE concernente visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone. Il nuovo Titolo V si compone dunque di 5 Capi dedicati a: disposizioni generali (Capo 1, artt. 67-76); politiche relative ai

---

<sup>1</sup> Per un esame di tali novità, U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari 2010; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino 2010; G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008 p. 105 e ss.; dello stesso autore *Il programma di Stoccolma dello Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia (2010-2014)*, in *Sud in Europa*, 2009/5 (on line); C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino 2010; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino 2009; ma anche J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; B. NASCIMBENE, A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il Corriere giuridico*, 1/ 2008; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1/2008; C. CURTI GIALDINO, *Prime riflessioni sul Trattato di Lisbona*, in M.C. BARUFFI, (a cura di) *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova 2008, pp. 37-69.

<sup>2</sup> Il Trattato di Lisbona non sostituisce o abroga il precedente Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, contrariamente a quanto era invece previsto dal Trattato che adotta la Costituzione europea, ma li modifica entrambi rinominando il solo TCE in Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e mantenendo invece inalterata la denominazione del Trattato sull'Unione Europea (TUE). Ciò anche in quanto, secondo una delle novità introdotte dal Trattato modificativo o di riforma, l'Unione europea succede alla Comunità europea. La numerazione relativa al Trattato di Lisbona utilizzata nel presente lavoro è quella della versione consolidata del Trattato dell'Unione europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, pubblicata in G.U.U.E. del 9.5.2008, C115/47.

controlli alle frontiere, all'asilo ed all'immigrazione (Capo 2, artt. 77-80); cooperazione giudiziaria in materia civile (Capo 3, art. 81); cooperazione giudiziaria in materia penale (Capo 4, artt. 82-86); cooperazione di polizia (Capo 5, artt. 87-89).

La portata generale dell'art. 67 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea<sup>3</sup> (TFUE), produce uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia “nel rispetto dei diritti fondamentali” e “dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche degli Stati membri”, il quale tenta di raggiungere i suoi obiettivi indipendentemente dal raggiungimento delle tradizionali finalità legate al rafforzamento del mercato interno e delle libertà fondamentali. È infatti evidente che, a seguito della trattazione unitaria all'interno del Titolo V TFUE delle materie precedentemente contenute nel Titolo IV TCE (visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse alla circolazione delle persone) e delle materie di cooperazione di polizia e giudiziaria, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia esiste non più in funzione esclusivamente della circolazione delle persone quale libertà finalizzata alla instaurazione del mercato unico, ma quale settore a sé, volto a perseguire l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne, una maggiore cooperazione tra le autorità di polizia e giurisdizionali, nonché l'affermazione di una politica comune in tema di asilo, immigrazione e controlli alle frontiere, fondata sulla solidarietà dei suoi membri e giusta nei confronti dei cittadini di Paesi terzi. Si ritiene dunque che, date le considerazioni sopra riportate, debbano essere adottate proprio da parte dalle istituzioni europee, in quanto sovranazionali, misure di prevenzione e lotta alla criminalità, alla xenofobia e al razzismo, e che un elevato livello di cooperazione tra forze di polizia ed autorità interessate<sup>4</sup> sia necessario al fine di garantire un adeguato standard di sicurezza nello spazio giudiziario comune. Le finalità riportate sopra dunque, a differenza di quando tali materie, tra cui le politiche connesse alla libera circolazione delle persone, erano dipendenti dagli obiettivi economici volti a realizzare il mercato interno, sono oggi di ben più ampia portata.

I principi generali applicabili alle varie politiche interne dell'Unione, grazie alla riconduzione della materia di cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale nel Titolo V TFUE e soprattutto grazie alla scomparsa della logica settaria dei tre pilastri, sono oggi applicabili anche alle materie della cooperazione di polizia e giudiziaria come peraltro già sottende l'appena visto art. 67 TFUE).

---

<sup>3</sup> Art. 67 del Titolo V recante le Disposizioni generali (Capo I, *ex* articolo 61 del TCE ed *ex* articolo 29 del TUE).

<sup>4</sup> Paragrafi 2 e 3 dell'art. 67 TFUE.

Tra questi principi generali svolge un ruolo preminente il principio di leale collaborazione *ex art. 4 TUE*<sup>5</sup>. Precedentemente, a causa del meccanismo intergovernativo che si applicava alle materie del terzo pilastro, era difficile ammettere l'estensione del principio, *ex art. 10 del TCE*, all'ambito relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria, dovendosi ispirare invece i rapporti tra Istituzione e Stati membri al principio di matrice internazionalista della semplice buona fede. Oggi invece, a seguito dell'eliminazione della struttura a pilastri e grazie alla presenza di un "corpus" unitario di norme (non più sezionato in diversi pilastri), è possibile l'applicazione del principio di leale collaborazione anche al Titolo V TFUE. In realtà, la Corte di Giustizia aveva già dato una interpretazione in tal senso quando aveva stabilito che "sarebbe difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale cooperazione, che 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, non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che è del resto interamente fondata sulla cooperazione tra Stati membri e le istituzioni"<sup>6</sup>. La portata pratica del principio, meritevole di menzione, non può indurre a considerarlo quale regola di mera condotta, di *soft law*, alla quale debbono ispirarsi i comportamenti delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri, ma come fonte di un autonomo obbligo la cui sindacabilità in sede giurisdizionale, quale parametro di legittimità degli atti e dei comportamenti tenuti, è riconosciuta da una giurisprudenza sviluppatasi a partire dagli anni Settanta. Qualora gli Stati membri non collaborino fattivamente con gli organi dell'Unione, su tutti quelli che debbono assicurarne il rispetto del diritto, quali la Commissione, tale mancanza di collaborazione può oggi essere oggetto di specifica censura in sede contenziosa e giurisdizionale dinanzi alla corte di Lussemburgo<sup>7</sup>. L'obbligo di leale cooperazione ha una duplice portata che non si esaurisce nel generale ed evanescente obbligo di buona fede che sussiste nell'esecuzione dei Trattati nel diritto internazionale. Infatti, da un lato, le istituzioni nazionali hanno l'obbligo di cooperare per garantire la più completa esecuzione delle norme di diritto europeo, comportandosi come necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dai Trattati; dall'altro devono astenersi dall'adottare misure contrarie alla normativa europea e dal porre in essere atti e comportamenti

---

<sup>5</sup> L'art. 4 par. 3 del TUE stabilisce che: "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione".

<sup>6</sup> Corte Giustizia di Giustizia, 16 giugno 2005, causa C-105/103, Pupino, punto 42, in Raccolta, p. I-5285.

<sup>7</sup> Sul punto Corte di Giustizia sentenza del 13 luglio 2004, causa C-82/03, Commissione c. Italia, in Raccolta, p. I-6635.

che possano anche solo compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato e la sua piena ed uniforme applicazione<sup>8</sup>. È opportuno precisare che, in relazione alla sfera di applicazione, gli obblighi derivanti dal principio non riguardano solo gli Stati, ma anche gli organi e le autorità amministrative e giudiziarie<sup>9</sup>. In tal modo, è possibile stabilire che il principio è vincolante anche nei confronti di organi, istituzioni ed agenzie che operano nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, tra le quali si annoverano già da ora *Europol* ed *Eurojust*, i vari ministeri competenti, le forze di polizia e le autorità giudiziarie di volta in volta interessate, le autorità doganali ed in generale le altre autorità che hanno il compito di prevenire e contrastare crimini legati al terrorismo, alla tratta di esseri umani, al traffico illecito di sostanze stupefacenti e di armi, allo sfruttamento minorile, alla corruzione e alla frode<sup>10</sup>.

In quanto principio generale, la leale collaborazione, o meglio, il suo mancato rispetto, non è tipizzato, ma applicato con estrema elasticità nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, dove la collaborazione tra Stati membri e loro organi ed Unione Europea e suoi organi è ragione di successo nel settore. Secondo tale impostazione, è sufficiente che uno Stato membro o un suo organo, ovvero un organo dell'UE, pongano ostacoli anche di natura meramente pratica o burocratica, che incidano negativamente sulla celerità ed efficacia dell'attività da portare a termine in cooperazione, perché possa essere invocato l'art. 4 del TUE. Quali esempi derivanti dalle prassi interessate dalla norma possono essere menzionate le richieste di acquisizione dei documenti inoltrate da un'autorità europea ad una nazionale, che dovranno essere adempiute nel più breve tempo possibile; la condivisione di informazioni in possesso di autorità nazionali di una certa importanza relative a fattispecie criminose (e non) di competenza delle autorità europee, che dovranno essere inviate con la massima celerità in tutti i dettagli richiesti.

In alcuni casi sono le stesse disposizioni di disciplina dell'attività degli organi europei e nazionali che richiamano specifici obblighi di cooperazione. E proprio nel settore oggetto di trattazione ciò avviene con più costanza, proprio in virtù del fatto che per contrastare una criminalità che va sempre più globalizzandosi, la collaborazione tra organi, agenzie ed istituzioni

---

<sup>8</sup> L'obbligo di astenersi da atti e comportamenti volti a compromettere lo sviluppo delle politiche europee e ad alterarne l'efficacia, in specie nei settori di competenza esclusiva, e l'attività delle stesse istituzioni può ritenersi violato, secondo la Corte di giustizia, addirittura quando la misura nazionale va ad incidere non solo in merito ad atti già perfezionatisi o a disposizioni dei Trattati, ma anche relativamente all'adozione di atti che sono semplicemente in fase di preparazione da parte delle istituzioni a livello U.E. In tal senso vedi già CGCE 5 maggio 1981, 804/79, (Commissione c. Regno Unito).

<sup>9</sup> CGE 8 ottobre 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Racc, 3969; 5 ottobre 1994, C-165-91, van Munster, Racc., I-4661.

<sup>10</sup> Per le materie nelle quali opera il principio può essere utile far riferimento alle competenze di *Europol* in materia di criminalità organizzata, terrorismo ed altre forme gravi di criminalità. Esse sono ormai elencate nella decisione 2009/371/GAI all'art. 4 e nell'allegato relativo che sostituiscono la convenzione *Europol* e le sue misure di attuazione.

nazionali e dell'Unione rappresenta un'arma strategica: si pensi alla condivisione di informazioni che spesso riguardano anche indagini in corso protette dal segreto istruttorio, oppure alla richiesta di apertura di indagini alle autorità giudiziarie degli Stati membri, previa comunicazione alle agenzie di *Europol* ed *Eurojust*, o ancora alle modalità di istituzione e funzionamento delle squadre investigative comuni<sup>11</sup>, o anche alla stessa attività di formazione degli appartenenti alle Forze di Polizia frutto del coordinamento tra l'Accademia Europea di Polizia (CEPOL), *Europol* e le autorità nazionali. Nei casi in cui la legge dei Trattati non delinea nettamente i contorni entro cui gli organi europei devono agire, l'applicazione del principio di leale collaborazione risulta fondamentale. Ad esempio, l'Agenzia europea Europol ha, nell'ambito delle attività di contrasto alla criminalità organizzata, aperto file di analisi (A.W.F.)<sup>12</sup> in contesti investigativi che vengono ritenuti non essere propriamente aderenti a quanto stabilito nella Convenzione *Europol* e nella decisione 2009/371/GAI<sup>13</sup>, come per il contrabbando di sigarette e le frodi nel settore IVA. A causa del fatto che possibili sovrapposizioni potrebbero crearsi sia con l'attività dell'Ufficio europeo per la Lotta Antifrode (OLAF)<sup>14</sup> nel settore delle frodi, ma soprattutto con le competenze attribuite, nella specifica materia, alle autorità investigative nazionali, eventuali dissonanze o veri e propri contrasti potrebbero essere risolti facendo ricorso proprio al principio di leale collaborazione, anche in considerazione della portata obbligatoria oramai assunta, come detto in precedenza, dal principio che non può più essere semplicemente inteso quale buona regola di comportamento o "buona prassi".

L'azione "verticale" del principio opera a doppio binario: non soltanto le autorità nazionali devono prestare leale collaborazione alle autorità europee, ma è obbligatorio anche che le istituzioni europee forniscano l'assistenza richiesta alle autorità giudiziarie nazionali. In

---

<sup>11</sup> *Joint Investigation Team* (JIT), la cui istituzione è stata prevista con la decisione quadro 2002/465/GAI, prevede la possibilità per gli Stati membri di costituire squadre investigative comuni al fine di migliorare la cooperazione di polizia. Esse sono composte da autorità giudiziarie o di polizia di almeno due Stati membri e sono incaricate di condurre indagini in ambiti e per scopi specifici e per una durata limitata. Ciò quando le indagini condotte da uno Stato membro su reati comportano inchieste difficili e di notevole portata e hanno un collegamento con altri Stati membri; o ancora quando più Stati membri svolgono indagini su reati che, per le circostanze del caso, esigono un'azione coordinata e concertata negli Stati membri interessati. Il termine per l'attuazione della decisione quadro è scaduto il 1° gennaio 2003. L'Italia non ha ancora adottato norme per l'attuazione della disciplina relative alle squadre investigative comuni: la Commissione Giustizia al Senato, in sede referente, ha concluso l'esame del disegno di legge AS 841, recante disposizioni con le quali si dovrebbe adempiere l'obbligo di attuazione. L'iniziativa legislativa si rende tanto più opportuna in quanto il ruolo delle squadre investigative comuni viene notevolmente valorizzato dal piano di azione per l'attuazione del programma di Stoccolma adottato dal Consiglio europeo nel dicembre del 2009 (Documento del Consiglio 17024/09) nel quale vengono definite le priorità dell'U.E. per quanto riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

<sup>12</sup> *Analys Working File* è una delle modalità di lavoro di *Europol* definita dall'art. 14 della decisione 2009/371/GAI che consente all'Agenzia, qualora sia necessario per lo svolgimento dei suoi compiti, di conservare, modificare e utilizzare in archivi di lavoro per fini di analisi dati relativi ai reati di sua competenza o a quelli connessi. Gli archivi di analisi, intesa questa come la raccolta, il trattamento o l'uso di dati, sono costituiti a sostegno dello svolgimento delle indagini penali.

<sup>13</sup> Pubblicata in GUUE del 15 maggio 2009, (L 121/37-66).

<sup>14</sup> Ufficio europeo per la lotta antifrode, istituito con decisione 1999/352/CE, CECA, EURATOM del 28 aprile 1999.



tali occasioni, la Corte di Giustizia infatti, non ha avuto alcuna remora nell'obbligare le istituzioni europee a rispondere alle richieste inoltrate dai giudici nazionali anche quando, ad esempio, si richiedeva la trasmissione di documenti riservati a livello europeo<sup>15</sup>.

Ovviamente, è ritenuta operante anche l'efficacia "orizzontale" dell'art. 4 che comporta un obbligo di collaborazione tra gli organi e le agenzie della stessa UE in tal settore<sup>16</sup>. Quanto ampia sia la rete dei rapporti interessata dal principio lo si può comprendere solo se si considerano le relazioni di cooperazione con gli altri partner che *Europol* può avviare, ai sensi dell'art. 22 della decisione 2009/371/GAI, quali appunto *Eurojust*, l'Ufficio europeo per la Lotta Antifrode (OLAF), l'Agenzia per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli stati membri (*Frontex*), l'Accademia Europea di Polizia (AEP), la Banca Centrale Europea, l'Osservatorio Europeo delle Droghe e delle Tossicodipendenze (OEDT)<sup>17</sup>. La dimensione orizzontale di applicazione del principio spesso rappresenta, infine, la base per la conclusione di accordi inter-istituzionali o *memorandum* di intesa volti a facilitare l'assolvimento dei compiti di ciascuna delle istituzioni o Agenzie coinvolte<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Nella sentenza del 22 ottobre 2002 causa C-94/00 *Roquette Frères SA* contro *Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, in Raccolta p. I-9011 la Corte di Giustizia aveva imposto alla Commissione la trasmissione di simili documenti.

<sup>16</sup> Per la giurisprudenza sul punto vedi ad esempio CGE 10 dicembre 2002, C-29/99 *Commissione c. Consiglio*, RACC. I-11221 e più di recente CGE sentenza del 3 maggio 2007, C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW*, Raccolta, p. I-3633 ss., punto 33.

<sup>17</sup> Anche nella recente Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (Bruxelles, 29.4.2010, COM 171 (2010) def/2 ) presentata al fine di "Creare uno spazio di libertà sicurezza e giustizia per i cittadini europei" nell'ambito del Piano di attuazione del programma di Stoccolma, la Commissione tra le priorità individuate per garantire il raggiungimento di tale obiettivi afferma che "occorre poi eliminare tutti gli ostacoli che intralciano l'effettiva cooperazione tra le autorità di contrasto degli Stati membri. Agenzie ed organi UE come FRONTEX, *Europol*, *Eurojust* e l'OLAF svolgono un ruolo fondamentale e perciò devono cooperare meglio e disporre dei poteri e delle risorse necessarie al conseguimento dei loro obiettivi nell'ambito di un mandato chiaramente definito" (p. 6).

<sup>18</sup> Ad esempio, l'accordo di stretta collaborazione siglato tra *Europol* ed *Eurojust* il 9 giugno 2004 a partire dal quale i contatti tra le due Agenzie sono migliorati costantemente. Ma anche il memorandum d'intesa concluso il 7 giugno 2007 per la creazione di una rete di comunicazione sicura, che ha consentito di intensificare lo scambio di informazioni tra *Eurojust* ed *Europol* ed ancora il memorandum di intesa del 14 marzo 2003 (non disponibile) tra *Eurojust* e OLAF volto a migliorare lo scambio informativo sia strategico che operativo.

## CAPITOLO II

### **Il ruolo svolto dal Parlamento Europeo nella disciplina degli atti del Titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e le funzioni di controllo attribuite ai Parlamenti nazionali**

Le critiche relative al cosiddetto *deficit democratico* che caratterizzava il settore della giustizia e affari interni (GAI) prima delle modifiche introdotte dal trattato di Lisbona, sono state superate grazie all'estensione del meccanismo comunitario in fase deliberativa allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Si applica oggi la procedura legislativa ordinaria, in pratica la precedente procedura di co-decisione<sup>19</sup>, che consente al Parlamento Europeo, insieme al Consiglio, di svolgere un ruolo primario nella regolamentazione della materia. In precedenza invece il Parlamento era chiamato ad esprimere soltanto un parere obbligatorio ma non vincolante, in linea con la procedura di consultazione che si applicava, mentre il Consiglio doveva raggiungere l'unanimità. La procedura legislativa ordinaria richiede invece la maggioranza dei due terzi in seno al Consiglio e soprattutto riserva il ruolo di co-legislatore al Parlamento europeo<sup>20</sup>. Il Parlamento Europeo, storicamente e giuridicamente garante delle libertà fondamentali, viste le numerose implicazioni che il Titolo V TFUE comporta nell'ambito dei diritti soggettivi primari, svolge oggi, grazie alla parità di rango raggiunta rispetto al Consiglio quale co-decisore, un delicatissimo compito. Infatti, il Trattato di Lisbona ha riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza) pari valenza rispetto ai Trattati<sup>21</sup>,

---

<sup>19</sup> Sia le misure di cui all'art. 77 TFUE, sia quelle in materia di asilo, come anche quelle previste dall'art. 79 TFUE sono adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria. Infine, la stessa procedura è prevista per l'adozione delle misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione però di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

<sup>20</sup> Per avere un'idea dei settori che sono decisi a maggioranza qualificata secondo la procedura legislativa ordinaria:

- 1) una parte delle norme relative ai visti e titoli di soggiorno di breve durata in particolare l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere muniti di un visto quando attraversano le frontiere esterne e di quelli i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, nonché il modello uniforme per i visti, (art. 77 del TFUE);
- 2) l'immigrazione illegale (art. 79 del TFUE);
- 3) la cooperazione giudiziaria in materia penale (artt. 82-86 del TFUE);
- 3) *Eurojust* (art. 85 del TFUE);
- 4) la cooperazione di polizia non operativa (art. 87 del TFUE);
- 5) *Europol* (art. 88 del TFUE);
- 6) la protezione civile (art. 196 del TFUE).

Occorre tuttavia considerare che alcuni settori rimangono regolamentati con il voto all'unanimità del Consiglio:

- 1) i passaporti e le carte d'identità (art. 77 del TUE);
- 2) il diritto di famiglia (art. 81 del TFUE);
- 3) la cooperazione di polizia operativa (art. 87 del TFUE).

Anche per la creazione della Procura europea, come vedremo, il Consiglio delibera all'unanimità, con la previa approvazione del Parlamento europeo (art. 86 del TFUE).

<sup>21</sup> L'art. 6 del TUE prevede che:

così che il Parlamento europeo possa assicurare un controllo *ex ante* in merito al rispetto di tali diritti, durante tutta la fase di approvazione e svolgimento dell'*iter* legislativo degli atti dell'Unione nel settore del Titolo V, del quale egli è co-decisore<sup>22</sup>.

Non solo, con riguardo sempre alla tutela dei diritti fondamentali, il ruolo della Corte di Giustizia assume un'importanza maggiore, peraltro in linea con l'art. 67 TFUE. Con l'abolizione dei pilastri e la fine dei meccanismi intergovernativi e grazie all'applicazione dei principi generali (*ex primo pilastro*) al settore in esame, le differenze che sussistevano nel tipo di atti applicabili al primo e terzo pilastro sono scomparse.

Dal 1° dicembre del 2009 non sussistono più strumenti di esclusiva applicazione nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale quali erano le posizioni comuni, le convenzioni, e soprattutto le decisioni e le decisioni-quadro<sup>23</sup>, entrambe non aventi efficacia diretta. Oggi l'art. 288<sup>24</sup> TFUE dedicato appunto agli atti giuridici dell'Unione, si applica uniformemente ad ogni settore, incluso quello della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Tale disposizione enuncia la tradizionale tipologia degli atti comunitari suddivisa, principalmente, in regolamenti, direttive e decisioni con l'ulteriore possibilità di articolarne la loro adozione in atti delegati e di esecuzione, ai sensi degli articoli 290 e 291 TFUE<sup>25</sup>.

- 
1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.
  2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.
  3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

<sup>22</sup> Le modalità del controllo *ex post*, disciplinate nel Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità allegato al Trattato di Lisbona, si concretizzano nella facoltà per i parlamenti nazionali, ma anche per le singole camere, di presentare, per il tramite però dei rispettivi Stati membri, un ricorso alla Corte di Giustizia per violazione del principio di sussidiarietà.

<sup>23</sup> È solo il caso di ricordare che mediante la decisione quadro, ad esempio, sono stati regolamentate materia di sicuro rilievo, come il mandato di arresto europeo e le squadre investigative comuni.

<sup>24</sup> L'art. 288 del TFUE stabilisce che: "Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti".

<sup>25</sup> L'art. 290 TFUE, recita:

1. Un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo.  
Gli atti legislativi delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega di potere. Gli elementi essenziali di un settore sono riservati all'atto legislativo e non possono pertanto essere oggetto di delega di potere.

La Corte di Giustizia aveva infatti elaborato una giurisprudenza da molti non condivisa nel tentativo di arginare la portata del previgente art. 34 TUE, che classificava gli strumenti di esclusiva disciplina nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, tentando di “cumunitarizzarne” il regime e cercando di attribuire loro un’efficacia diretta<sup>26</sup> che non era prevista normativamente.

Peraltro è bene sottolineare che se il nuovo regime di adozione degli atti si applica a partire dal 1° dicembre 2010, per quanto riguarda gli atti adottati prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel terzo pilastro, l’art. 9 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie prevede quale disciplina a carattere generale che i loro effetti giuridici devono rimanere validi e dovranno essere mantenuti fin quando tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei Trattati.

Accanto al rafforzamento dei compiti del Parlamento Europeo, oggi a tutti gli effetti co-legislatore nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e quindi anche nella cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, e della Corte di Giustizia, il Trattato di Lisbona ha riformulato anche i poteri di controllo nel settore in capo ai Parlamenti nazionali, nel tentativo di renderli diretti protagonisti nel sistema istituzionale europeo<sup>27</sup>, e non più semplici revisori dell’attività dei rispettivi governi. L’art. 12 TUE, norma primaria, attribuisce ai Parlamenti nazionali competenze specifiche.

L’art. 12, contenuto nel Titolo II (“Disposizioni relative ai principi democratici”), ammette i Parlamenti nazionali a contribuire attivamente al buon funzionamento dell’Unione

---

2. Gli atti legislativi fissano esplicitamente le condizioni cui è soggetta la delega, che possono essere le seguenti:

- a) il Parlamento europeo o il Consiglio possono decidere di revocare la delega;
- b) l’atto delegato può entrare in vigore soltanto se, entro il termine fissato dall’atto legislativo, il Parlamento europeo o il Consiglio non sollevano obiezioni.

Ai fini delle lettere a) e b), il Parlamento europeo delibera a maggioranza dei membri che lo compongono e il Consiglio delibera a maggioranza qualificata.

3. L’aggettivo “delegato” o “delegata” è inserito nel titolo degli atti delegati”.

L’articolo 291, invece, per quanto riguarda gli atti di esecuzione, stabilisce che:

1. Gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l’attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell’Unione.
2. Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell’Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull’Unione europea, al Consiglio.
3. Ai fini del paragrafo 2, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono preventivamente le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell’esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.
4. I termini “di esecuzione” sono inseriti nel titolo degli atti di esecuzione.

<sup>26</sup> A tal proposito, la giurisprudenza sviluppatasi a partire dal caso Pupino, Corte Giustizia, sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03.

<sup>27</sup> Già dalla Dichiarazione n. 23 allegata al Trattato di Nizza e relativa al futuro dell’Unione era stata posta la questione del ruolo dei parlamenti nazionali nell’architettura europea in vista “della necessità di migliorare e garantire costantemente la legittimità democratica e la trasparenza dell’Unione e delle sue istituzioni, per avvicinarle ai cittadini degli Stati membri”.

Europea tramite: 1) ricezione di documenti informativi da parte delle istituzioni europee e di progetti di legge europei; 2) vigilanza sul rispetto del principio di sussidiarietà; 3) nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, partecipazione *ex* articolo 70 TFUE agli strumenti di valutazione delle politiche nel settore ed esercizio del controllo politico su *Europol* ed *Eurojust* secondo gli articoli 88 e 85 TFUE<sup>28</sup>.

Accanto a tali disposizioni generali, il Titolo V del TFUE prevede delle disposizioni particolari e specifiche. Mentre si delineano in modo puntuale le competenze già richiamate dall'art. 12<sup>29</sup>, vengono fissati compiti aggiuntivi<sup>30</sup>. L'obiettivo è quello di disciplinare compiutamente il controllo dei Parlamenti europeo e nazionali sull'intero spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma spesso le disposizioni non risultano sufficientemente circoscritte. Risulta così complesso definire le possibilità concrete per gli organi parlamentari di agire a seguito delle informazioni ricevute, così come risultano evanescenti le norme relative alla partecipazione ai meccanismi di valutazione delle politiche europee nel settore del Titolo V e quelle relative ai controlli politici nei confronti di *Europol* ed *Eurojust*.

I due documenti che definiscono più nel dettaglio le possibili attività concrete che i Parlamenti nazionali possono porre in essere a seguito dell'attività informativa svolta dalle autorità europee, sono il Protocollo numero 1 sul ruolo dei Parlamenti nazionali e il Protocollo numero 2 relativo al rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Le novità introdotte dal Trattato che adotta una Costituzione europea<sup>31</sup> sono state riprese dal Trattato di Lisbona, rese più efficaci e per alcuni aspetti adeguate alle specifiche esigenze richieste dalle materie della cooperazione di polizia e giudiziaria penale. Oggi dunque i Parlamenti nazionali sono facilitati nel controllo del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità dal rafforzamento del sistema del "cartellino giallo" o "*early warning*", soprattutto nei casi in cui sono ipotizzabili

---

<sup>28</sup> Le altre competenze le esercitano: 4) partecipando alle procedure di revisione dei trattati in conformità dell'articolo 48 del TUE; 5) venendo informati delle domande di adesione all'Unione in conformità dell'articolo 49 del TUE; 6) partecipando alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo in conformità del Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea.

<sup>29</sup> È il caso delle modalità, da definirsi con regolamenti, del controllo del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali sull'attività di *Eurojust* secondo l'art. 85 TFUE (*ex* art. III-273 della Costituzione europea); anche per il controllo da parte del Parlamento europeo, al quale sono associati i parlamenti nazionali, sull'attività di *Europol* vedi l'art. 88 TFUE (*ex* art. III-276 della Costituzione europea).

<sup>30</sup> Si tratta dell'art. 70 TFUE, nel quale i parlamenti nazionali e il Parlamento europeo vengono informati dei contenuti e delle valutazioni effettuate dagli Stati membri e dalla Commissione in merito all'attuazione delle politiche relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, secondo le modalità stabilite dal Consiglio. E inoltre dall'art. 71 TFUE, che prescrive un obbligo di informazione nei riguardi dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo da parte del comitato permanente istituito in seno al Consiglio con il compito di assicurare, all'interno dell'Unione, la promozione e il rafforzamento della cooperazione operativa in materia di sicurezza interna.

<sup>31</sup> Nei Protocolli ad essa allegati: il n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione Europea e il n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

violazioni dei diritti e delle libertà dei singoli<sup>32</sup>. Peraltro, proprio nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, i compiti di controllo dei Parlamenti nazionali risulta tanto più importante in quanto le competenze vengono ordinariamente esercitate dagli Stati membri e dall'Unione in modo concorrente<sup>33</sup>, mentre la competenza esclusiva degli Stati o di sostegno esercitata dall'Unione svolge una funzione residuale e prevista in ordine a un numero limitato di materie<sup>34</sup>. Quando specifici regolamenti attribuiranno compiti concreti ai Parlamenti nazionali, solo allora in ogni caso questi ultimi potranno inserirsi nel novero dei soggetti attori del processo normativo nelle materie dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, giocando un ruolo consistente nella definizione e nel controllo relativo alle tematiche della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

---

<sup>32</sup> Tramite l'emanazione di un parere motivato ciascun Parlamento nazionale, o Camera, può inviare ai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, entro un termine di otto settimane (in precedenza, nel Protocollo n. 2 sui parlamenti nazionali allegato al trattato costituzionale, le settimane erano sei) decorrente dalla data di trasmissione del progetto ai parlamenti nazionali e sino alla sua iscrizione all'ordine del giorno provvisorio del Consiglio, le osservazioni in merito alle proposte legislative europee nel quale vengono espone le ragioni per le quali si ritiene che il progetto di atto legislativo non sia conforme al principio di sussidiarietà. Qualora i pareri motivati rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali, il progetto deve essere riesaminato non potendo le istituzioni europee limitarsi a tenerne semplicemente conto. Per agevolare la verifica di quei progetti legislativi che incidono direttamente sui diritti e le libertà dei singoli, è espressamente previsto che tale soglia scenda ad un quarto qualora le obiezioni avanzate dai parlamenti nazionali riguardino lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ai fini del raggiungimento di entrambe le quote, ciascun parlamento nazionale dispone di due voti. Se si tratta di un sistema parlamentare bicamerale, ogni camera dispone di un voto. Una volta riesaminato, il progetto può essere mantenuto, modificato o ritirato dalle istituzioni europee con una decisione motivata. In base all'art. 7 par. 3 del Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona la procedura descritta sarà arricchita, rispetto a quanto già previsto nel Trattato costituzionale, di una nuova fase. Infatti, qualora nell'ambito della procedura legislativa ordinaria, i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà rappresentino almeno una maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali il progetto deve essere riesaminato e al termine di tale riesame la Commissione può decidere, anche in questo caso, di mantenere il progetto, modificarlo o ritirarlo. Se la Commissione intende comunque mantenere la proposta di atto legislativo, i pareri dei parlamenti nazionali e quello della Commissione con cui è motivata la compatibilità del progetto con il principio di sussidiarietà, saranno sottoposti al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura legislativa. Prima della conclusione della prima lettura, sulla base dei pareri motivati ricevuti il Parlamento europeo e il Consiglio devono esaminare la compatibilità della proposta alla luce del principio di sussidiarietà tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e condivise dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione. Il legislatore, a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, può ritenere che la proposta non soddisfi i requisiti propri del principio di sussidiarietà; pertanto, in tal caso, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame.

<sup>33</sup> Come stabilito dall'art. 4, par. 2, lett. J del TFUE.

<sup>34</sup> Casi di competenza esclusiva degli Stati sono rappresentati dall'articolo 73 ("Gli Stati membri hanno la facoltà di organizzare tra di loro e sotto la loro responsabilità forme di cooperazione e di coordinamento nel modo che ritengono appropriato tra i dipartimenti competenti delle rispettive amministrazioni responsabili per la salvaguardia della sicurezza nazionale") o ancora dall'art. 77 par. 4 ("Il presente articolo lascia impregiudicata la competenza degli Stati membri riguardo alla delimitazione geografica delle rispettive frontiere, conformemente al diritto internazionale"). Ipotesi di misure di sostegno sono invece contenute all'art. 79, par. 4 ("Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri").

### CAPITOLO III

#### **Il ruolo della Corte di Giustizia prima e dopo il Trattato di Lisbona**

Il ruolo primario nell'esercizio del controllo, stavolta giurisdizionale, sulla legittimità degli atti relativi alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale adottati dalle istituzioni europee, è esercitato dalla Corte di Giustizia. Nello specifico settore, prima del Trattato di Lisbona, numerosi erano i limiti che inficiavano ad una tutela piena ed efficace dei singoli all'interno del sistema giurisdizionale europeo. Secondo il par. 1 dell'art. 68 TCE<sup>35</sup> infatti, nelle materie di cui al vecchio Titolo IV del TCE, concernente asilo, visti, immigrazione ed altre politiche relative alla libera circolazione delle persone, potevano ricorrere alla Corte di Giustizia soltanto i giudici nazionali di ultima istanza. Tale limitazione alla competenza pregiudiziale della Corte, assai restrittiva nel prevedere lo sbarramento nell'accesso ad essa per i giudici non di ultima istanza, provocava il mancato coinvolgimento dei giudici delle giurisdizioni c.d. inferiori spesso invece protagonisti nel sottoporre alla Corte questioni divenute "storiche". Ciò comportava seri pregiudizi alle libertà fondamentali che rischiavano di non trovare alcuna tutela sino al giudice di ultima istanza, il quale era l'unico depositario del potere di adire la Corte di Giustizia. In tali casi invece era spesso necessario procedere immediatamente, magari già dal primo grado, al fine di assicurare una completa garanzia delle libertà soggettive in gioco, attraverso una rapida e tempestiva definizione ed interpretazione uniforme delle norme da parte della Corte di Giustizia. Peraltro, in linea con la natura e le funzioni delle corti supreme, esse si soffermavano soltanto sui profili di legittimità, ignorando o non approfondendo il merito delle cause che invece, soprattutto con riguardo alle libertà fondamentali, era necessario portare alla conoscenza del giudice europeo.

Una seconda clausola eccezionale contenuta nell'art. 68 TCE, par. 2, escludeva la competenza pregiudiziale della Corte in relazione alle decisioni del Consiglio (art. 62 punto 1 TCE) miranti ad eliminare i controlli alle frontiere interne e più in generale nelle materie del mantenimento dell'ordine pubblico e della salvaguardia della sicurezza interna.

La deroga era stata fortemente voluta dal governo francese affinché la corte di Giustizia non interferisse in alcun modo nelle politiche adottate per la gestione delle frontiere interne nei casi di controlli organizzati per esigenze di sicurezza nazionale. Nell'ambito della cooperazione

---

<sup>35</sup> Secondo l'art. 68 TCE, la Corte di Giustizia poteva pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali di interpretazione delle disposizioni del titolo IV TCE oppure sulle questioni pregiudiziali di validità o di interpretazione degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie in base a tale titolo, ma solo se tali questioni vengono sollevate da un giudice nazionale "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" (par. 1).

di polizia e giudiziaria in materia penale nello specifico, l'art. 35 TUE<sup>36</sup> costituiva un potenziale pregiudizio nella tutela giudiziaria degli individui. La disposizione<sup>37</sup> consentiva agli Stati membri di esprimere la propria accettazione o rifiuto alla competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia e, ancora, in caso di accettazione, ogni singolo Stato poteva liberamente limitare tale competenza alle giurisdizioni di ultima istanza. Il sindacato giurisdizionale diffuso, cioè la possibilità per tutti i giudici, non solo le corti supreme, di adire la Corte di Giustizia veniva così ad essere precluso dalle disposizioni dei singoli Stati membri, così che la disciplina ordinaria del rinvio pregiudiziale subisse una modifica enorme nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria. L'art. 35 prevedeva inoltre che il riesame sulla "validità o proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro" fosse escluso dalla competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia, così che molte iniziative adottate nell'ambito dell'*ex* terzo pilastro (in materia di libertà, sicurezza e giustizia) non fossero suscettibili di revisione da parte dei giudici di Lussemburgo. A tal proposito è opportuno sottolineare come questa clausola eccezionale o deroga permanga anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a differenza di quella contenuta nell'art. 68 TCE. A bilanciare un meccanismo non pienamente equilibrato contribuiva, tuttavia, l'attribuzione alla Corte del sindacato sulla legittimità degli atti adottati dalle istituzioni con riferimento al rispetto dei diritti fondamentali<sup>38</sup>.

La tutela dei diritti fondamentali tendeva intanto a rafforzarsi con il progressivo affermarsi di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché di una più sviluppata cooperazione di polizia e giudiziaria, che avrebbero aiutato tali diritti ad essere garantiti al loro interno<sup>39</sup>. Nel ricostruire quest'ultima categoria di norme, quale parametro di legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie<sup>40</sup> ma anche quale criterio interpretativo delle stesse, la Corte di

---

<sup>36</sup> M. CARTA, *Deficit democratico e tutela dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della U.E.*, in *QUESTIONI COSTITUZIONALI DEL GOVERNO EUROPEO*, a cura di G. GUZZETTA, Padova, 2003, pp. 139-150.

<sup>37</sup> *Ex* articolo 35 par. 2 TUE.

<sup>38</sup> Già l'art. 6 del Trattato di Amsterdam al primo comma affermava che l'Unione si "fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri" "quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" la modalità della loro tutela veniva individuata collocandoli tra i "principi generali dell'ordinamento comunitario".

<sup>39</sup> Per una recente analisi in merito ai rapporti tra i diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali esistenti a livello di Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali vedi: U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e progetto di Costituzione europea*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 1/2004, pp. 73-114 e ancora U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 1/2007 pp. 13-53.

<sup>40</sup> La riconduzione dei principi generali dell'ordinamento comunitario tra i motivi di impugnazione degli atti delle istituzioni, *ex art.* 230 TCE, in quanto la loro violazione integra il mancato rispetto di qualsiasi regola di diritto relativa all'applicazione del Trattato, aveva permesso ai giudici di Lussemburgo di collocare tali fonti al di sopra degli atti delle



Giustizia aveva fin dalla sentenza *Hauer* riconosciuto che “i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui essa garantisce l’osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”<sup>41</sup>. Da una parte dunque, con la “comunitarizzazione” delle materie trasferite nel Titolo IV TCE, che prima invece erano sottoposte al meccanismo intergovernativo, se non venivano rispettati i principi fondamentali e generali dell’ordinamento comunitario, la validità e la legittimità degli atti poteva ora essere azionata dinanzi alla Corte; dall’altra però i limiti derivanti dagli art. 68 TCE e 35 TUE non potevano consentire un’incondizionata azione della Corte, non ammettendo un sindacato pieno e diffuso.

Oggi comunque, con l’equiparazione nell’ambito delle fonti di diritto primario della Carta dei diritti fondamentali con i Trattati dell’UE (art. 6 del novellato TUE) la tutela dei diritti fondamentali è stata notevolmente aumentata. I diritti fondamentali assumono cioè efficacia giuridicamente vincolante alla stregua di qualsiasi altra norma di diritto primario, dovendo le autorità europee e nazionali assicurarne il pieno rispetto e godimento anche nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. In sintesi l’ambito di operatività degli stessi diritti non rimarrà confinato nel ristretto nucleo costituito, in precedenza, dai principi generali dell’ordinamento comunitario.

Analizzando più analiticamente i vari processi di riforma, è opportuno sottolineare sin d’ora che il Trattato di Lisbona non ha soltanto modificato notevolmente l’impianto strutturale dell’UE, ma ha anche apportato riforme strategiche riguardanti la Corte di Giustizia<sup>42</sup>. Prendendo spunto dal Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa<sup>43</sup>, le novità introdotte a Lisbona vanno a codificare delle situazioni di fatto o vere e proprie prassi che erano già state fatte proprie dalla giurisprudenza di Lussemburgo<sup>44</sup>. Come già accennato, la Corte di Giustizia svolgeva ruoli significativamente diversi in relazione alle materie riguardanti il terzo pilastro, sottoposto alla disciplina intergovernativa, e alle materie degli altri settori dove il sistema di

---

istituzioni, costituendone così parametro di validità, ma in posizione gerarchicamente inferiore rispetto al Trattato proprio perché relative semplicemente ad aspetti concernenti la sua applicazione. Come noto la violazione del Trattato rappresenta, sempre *ex art. 230 TCE*, autonomo motivo di impugnazione degli atti distinto rispetto alla violazione di “qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione”

<sup>41</sup> Sentenza 13 dicembre 1979, causa 44/79, in *RACCOLTA*, 1979, p. 327.

<sup>42</sup> Per una sintesi delle principali riforme apportate dal Trattato di Lisbona alla Corte di giustizia dell’UE, ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE*, 2010, p. 45.

<sup>43</sup> Sulle riforme proposte nel Trattato costituzionale, TIZZANO, *La Costituzione europea e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *IL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA*, 2003, p. 455.

<sup>44</sup> È possibile al riguardo richiamare la nuova formulazione della cd. clausola di flessibilità, già prevista all’art. 308 TCE. Nella lettura tradizionalmente avvalorata dalla Corte, essa non può essere invocata per estendere il novero delle competenze dell’UE. In ossequio a tale assunto giurisprudenziale, l’art. 352 TFUE, sul quale v. anche la Dichiarazione 42 allegata al Trattato, esordisce circoscrivendo il proprio ambito operativo alle politiche enumerate nel Trattato.

tutela giurisdizionale era certamente più incisivo (caratteristica propria dell'esperienza comunitaria).

Prioritariamente, viene estesa dunque la competenza della Corte di Giustizia e nuovi sono i ricorsi che possono essere esperiti. Inoltre vengono rafforzate la protezione delle situazioni giuridiche soggettive (diritti fondamentali) dinanzi alle autorità giudiziarie europee e la necessità che gli Stati adempiano minutamente agli obblighi derivanti dall'ordinamento europeo; viene anche creata una rete di scambio informativo tra le autorità nazionali ed europee così da rendere l'interpretazione e l'applicazione delle norme europee sempre più uniforme. Infine, il ruolo oggi affidato alla Corte sembra attribuirle compiti tesi ad un maggiore controllo sulle attività delle istituzioni e degli organi dell'Unione per mantenere un sempre difficile equilibrio istituzionale.

È dunque opportuno analizzare i vari ruoli che la Corte ha rivestito durante le tappe che hanno portato, da ultimo, all'elaborazione del Trattato di Lisbona ed inoltre, appare utile descrivere, seppur brevemente, gli istituti attraverso i quali sono veicolate le esigenze di rafforzamento della tutela giurisdizionale, quali la procedura di infrazione, il ricorso per annullamento ed il rinvio pregiudiziale.

Agli albori delle prime attività in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale, per la verità di natura meramente politica e con l'assistenza dell'autorità giudiziaria internazionale, non era previsto alcun controllo sulle stesse da parte della Corte di Lussemburgo<sup>45</sup>. Le discussioni sul tema cominciarono a prender corpo già dagli anni Novanta, quando alcuni Stati, in vista dell'imminente incontro a Maastricht, avanzarono proposte volte ad esautorare la Corte di Giustizia dei suoi poteri nell'ambito del terzo pilastro, in virtù della sua natura intergovernativa<sup>46</sup>. Lo scopo ultimo era evidentemente quello di evitare che i giudici di Lussemburgo, già avvezzi ad interpretazioni estensive delle norme generali dei Trattati, finissero

---

<sup>45</sup> V. ad es. l'esperienza del Gruppo TREVI, istituito per accelerare il confronto politico sui possibili problemi derivanti dall'elusione dei controlli alle frontiere degli Stati membri. Si pervenne così all'adozione di alcune convenzioni internazionali in materia di assistenza giudiziaria, tra cui l'Accordo di San Sebastian del 26 maggio 1989 sulla semplificazione e la modernizzazione dei mezzi di trasmissione delle domande di estradizione; l'Accordo di Roma del 6 novembre 1990 sulla trasmissione dei procedimenti penali; la Convenzione dell'Aja del 13 novembre 1991 sull'esecuzione della condanne penali straniere. Anche se un novero ristretto di questi testi ottenne il numero di ratifiche necessario all'entrata in vigore, essi rappresentarono il preludio alla creazione di un embrionale sistema di cooperazione nell'alveo del terzo pilastro dell'Unione europea. Cfr. PEEK, *International police cooperation within justified political and judicial frameworks: five theses on TREVI*, in MONAR, *The Third Pillar of the European Union: cooperation in the fields of Justice and Home Affairs*, Bruxelles, 1994. Lo stesso clima diede inoltre origine, sempre al di fuori degli schemi istituzionali comunitari, all'Accordo di Schengen del 1985. Cfr. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in RIVISTA DI DIRITTO EUROPEO, 1994, p. 225.

<sup>46</sup> Il riferimento è, in particolare, a Gran Bretagna e Danimarca. V. FORSTER, *Britain and the negotiation of the Maastricht Treaty: a critique of liberal intergovernmentalism*, in JOURNAL OF COMMON MARKET STUDIES, 1998, p. 347.

con l'estendere anche al settore giustizia e affari interni (GAI) i principi fondamentali del processo di integrazione comunitaria<sup>47</sup>.

In risposta a queste istanze, l'articolo L TUE sottraeva al sindacato giurisdizionale la normativa GAI, salvo specifica attribuzione di competenza, limitatamente alla interpretazione delle disposizioni delle convenzioni elaborate dal Consiglio e adottate dagli Stati membri, nonché alla composizione delle controversie relative all'applicazione di tali atti<sup>48</sup>. In tutte le altre ipotesi, si prediligeva il coinvolgimento dei giudici nazionali. In buona sostanza, la disciplina normativa del terzo pilastro non soggiaceva, se non in minima parte, al controllo giurisdizionale della Corte di Lussemburgo, compromettendo l'uniforme applicazione ed interpretazione del diritto in tale settore. Ciò comportava enormi possibilità di pregiudizio nei confronti delle libertà individuali<sup>49</sup>, nonostante pressanti valutazioni politiche alla base della decisione.

Tale modello *à la carte*<sup>50</sup> distingueva la giurisdizione sulle controversie tra Stati membri - e fra questi ultimi e la Commissione<sup>51</sup> - circa l'interpretazione ed applicazione delle convenzioni e la competenza sulle questioni ermeneutiche sollevate in via pregiudiziale dai giudici nazionali<sup>52</sup>. Così, l'art. 2 del Protocollo sull'interpretazione della Convenzione *Europol*, introduceva un sistema relativo alla competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia, definito "orizzontale", che sarebbe stato confermato anche nei successivi accordi nell'ambito del terzo pilastro. Come

---

<sup>47</sup> Il conferimento di competenza alla Corte rispetto alle convenzioni, in realtà, non avrebbe mutato la loro essenza di strumenti di diritto internazionale pubblico, capaci di vincolare le sole parti contraenti. V. House of Lords EC Committee: «*The European Court is perfectly capable of applying this Convention as an inter-State Agreement outside the Community pillars*», Report n. 10 on *Europol*, sessione 1994-1995, Paper 51, par. 123.

<sup>48</sup> In particolare, la competenza giurisdizionale era così delimitata dall'art. K. 3 par. 2 lett. c) TUE, ultima frase, secondo un'impostazione casistica. L'intervento della Corte era inoltre escluso rispetto alle eventuali controversie sulle norme attuative delle convenzioni. Sul punto v. CONDINANZI, *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle Convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'articolo K3., lett. c) del Trattato sull'Unione*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 1996, p. 579.

<sup>49</sup> Di vero e proprio paradosso scrive al riguardo CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *RIVISTA DI DIRITTO EUROPEO*, 1998, p. 245. Una critica pungente è stata altresì espressa da Spencer, che rilevava il forte divario fra i proclami sui benefici apportati dall'abbattimento delle frontiere interne e la sostanziale carenza di tutela dei diritti fondamentali in sede giurisdizionale. Cfr. SPENCER, *States of injustice: a guide to human rights and civil liberties in the European Union*, Londra, 1995.

<sup>50</sup> Questa impostazione è stata criticamente accostata all'immagine della "coperta di arlecchino", v. SALAZAR, *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel "terzo pilastro": prime applicazioni dell'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione europea*, in *STUDI IN ONORE DI G.F. MANCINI. DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, Milano 1998, p. 926.

<sup>51</sup> La prima ipotesi era di norma espressamente regolata nelle convenzioni, pur con talune rilevanti eccezioni, come nel caso della Convenzione sull'estradizione semplificata fra gli Stati membri, 10 maggio 1995, in GU C 78, p. 1. A titolo esemplificativo, la Convenzione sull'uso dell'informatica nel settore doganale (SID) e la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (PIF) facevano esplicito riferimento alla Corte, attribuendole una giurisdizione facoltativa, come si desume dalla formula «*può essere adita da una delle parti*» di cui, rispettivamente, agli artt. 27 e 8. V. le Convenzioni del 26 luglio 1995, rispettivamente in GU C 316, p. 33 e GU C 316, p. 48. Diversamente, nella Convenzione *Europol*, l'art. 40 prevedeva una composizione amichevole delle controversie entro sei mesi, con l'intervento del Consiglio; ove questa fase risultasse infruttuosa, gli Stati potevano stabilire «*di comune accordo*» le modalità in base alle quali risolvere la controversia, ad esempio riconoscendo la competenza della Corte.

<sup>52</sup> V. ROSSETTO, *Le contrôle judiciaire dans la Convention de Schengen et dans le troisième pilier*, in DEN BOER, *The implementation of Schengen: first the widening, now the deepening*, Maastricht, 1997, p. 27.

accennato in precedenza, tale sistema prevedeva la possibilità per gli Stati membri di accettare o meno la giurisdizione della Corte e, nel caso di accettazione, gli stessi Stati potevano limitare la possibilità di adire la Corte ai soli giudici di ultima istanza<sup>53</sup>. Gli Stati potevano cioè arginare il controllo posto in essere dalla Corte, limitandolo alle sole ipotesi che essi stessi consentivano.

Inoltre gli Stati potevano sindacare la legittimità di atti adottati *ultra-vires*, derivanti cioè da fonti appartenenti al primo pilastro ma che nella sostanza andavano a incidere in materie di cooperazione intergovernativa<sup>54</sup>. Viceversa (art. M del Trattato), era ammessa la sindacabilità di atti del terzo pilastro attraverso l'azione di annullamento, qualora fossero in realtà legati a fonti contenute nel Trattato sulla Comunità europea<sup>55</sup>.

Sia gli scarsi poteri riservati alla Corte di Giustizia che la mancanza di una sistematica tutela giurisdizionale uniforme per tutti i settori furono aspramente dibattuti in dottrina poiché causa di non adeguate garanzie giurisdizionali<sup>56</sup>. La stessa Corte di Giustizia, pressando il Gruppo di riflessione istituito dal Consiglio europeo per la preparazione dei lavori della Conferenza intergovernativa per una ulteriore riforma dei Trattati<sup>57</sup>, espresse ardentemente la necessità di una adeguata uniformità nell'applicazione ed interpretazione fra gli atti comunitari e le fonti del terzo pilastro.

Proprio tali dibattiti furono portati in seno alla Conferenza intergovernativa che avrebbe preceduto la firma del Trattato di Amsterdam e l'elaborazione dell'art. 2 TUE con la creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>58</sup>. Il dibattito, oltre a soffermarsi sulla natura della

---

<sup>53</sup> Il ricorso alla cd. clausola di accettazione rifletteva l'influenza di analoghe soluzioni mutuate da organi di giustizia internazionale, in particolare l'articolo 36 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. È stato sottolineato come in realtà per otto delle dieci convenzioni adottate dopo il Trattato di Amsterdam, gli Stati avessero accordato alla Corte competenza pregiudiziale. V. PEERS, *Who's judging the watchmen? The judicial system on the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1998, p. 344.

<sup>54</sup> Questa competenza è stata applicata dalla Corte in una controversia fra Portogallo e Consiglio, sull'accordo di cooperazione CE-India, finalizzato ad incentivare le relazioni nei settori dell'energia, del turismo, della cultura, della lotta contro l'abuso di stupefacenti e della tutela della proprietà intellettuale. In risposta ai rilievi del Portogallo, secondo il quale il contrasto al traffico di stupefacenti rientrava fra obiettivi del terzo pilastro, la Corte statui che «*la formazione, l'istruzione, la cura e la disintossicazione dei tossicomani, al pari delle azioni volte a sviluppare la creazione di attività economiche alternative [...] possono collegarsi agli obiettivi socio-economici perseguiti dalla cooperazione allo sviluppo*». V. la sentenza del 3 dicembre 1996, causa C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, in *RACC.*, p. I-6177.

<sup>55</sup> Cfr. la sentenza della Corte del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in *RACC.* p. I-2763, nella quale la Corte ha respinto il ricorso per annullamento dell'azione comune 96/197/GAI, del 4 marzo 1996, adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea e riguardante il regime di transito aeroportuale, in *GU L 63*, p. 8. Cfr. NOVI, *La competenza della Corte in materia di atti contemplati dal Titolo VI del Trattato UE*, in *DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI*, 1998, p. 399.

<sup>56</sup> In questi termini LABAYLE, *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, in *MANIN, La révision du Traité sur l'Union européenne. Perspectives et réalités*, Rapporto del *Groupe français d'études pour la Conférence intergouvernementale*, Parigi 1996, p. 137.

<sup>57</sup> Cfr. la relazione su taluni aspetti dell'applicazione del TUE, Lussemburgo, maggio 1995. V. CRAIG, *The road to the 1996 Intergovernmental Conference. The contribution of the European Court of Justice and the Court of First Instance*, in *PUBLIC LAW*, 1996, p. 13.

<sup>58</sup> Peraltro, questo obiettivo costituisce oggi la priorità dell'UE, in quanto per la prima volta l'elencazione di cui all'art. 2 TUE lo antepone alla realizzazione del mercato interno.

struttura a pilastri dell'Unione, elaborò l'ipotesi di trasferire alcune materie appartenenti all'ambito della giustizia e affari interni nel pilastro comunitario. In tal senso si scelse per la "comunitarizzazione" delle materie relative ad asilo, visti, immigrazione, frontiere e cooperazione giudiziaria in ambito civile, inserendo tali materie nel Titolo IV TCE<sup>59</sup>. Residuava così nel terzo pilastro la sola cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, anch'essa peraltro interessata da innovazioni significative.

Per altro verso, il Trattato di Amsterdam introduceva importanti innovazioni riservate al ruolo della Corte di giustizia<sup>60</sup>. La disposizione congiunta degli artt. 46 e 35 TUE estendevano le competenze della Corte anche alla materia della cooperazione penale consentendo al giudice europeo di pronunciarsi sull'interpretazione e la validità delle decisioni quadro, delle decisioni, delle convenzioni adottate *ex art.* 34 par. 2 lett. d) e delle relative misure di applicazione. Tuttavia era ancora necessaria la espressa accettazione della giurisdizione della Corte da parte degli Stati membri affinché tali statuizioni potessero essere applicate. Ancora, come peraltro già illustrato precedentemente, ogni singolo Stato, accettata la giurisdizione della Corte, aveva la facoltà di riservare la possibilità di adire la Corte in sede pregiudiziale ai soli tribunali di ultima istanza, non permettendo alcuna possibilità di audizione alle altre autorità interne<sup>61</sup>. Le soluzioni sperimentate perpetuarono dunque lacune e limitazioni all'intervento della Corte. Il successivo Trattato di Nizza, pur apportando modifiche in seno all'Unione europea<sup>62</sup>, lasciò inalterata la situazione senza affrontare nel merito le istanze di revisione del modello di protezione giurisdizionale.

Soltanto i lavori in seno alla Convenzione sull'avvenire per l'Europa portarono a proposte che sarebbero convogliate in larga parte nella c.d. Costituzione europea e soprattutto nel Trattato di Lisbona<sup>63</sup>. Come già osservato in precedenza infatti, il nuovo Titolo V del TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, racchiude in un contesto organico, derivante anche dall'abolizione dei pilastri, l'intera disciplina relativa allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

---

<sup>59</sup> Cfr. ROSSI, *Verso una parziale "comunitarizzazione" del terzo pilastro*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 1997, p. 448.

<sup>60</sup> Sul ruolo della Corte all'esito del Trattato di Amsterdam, FENNELLY, *Preserving the legal coherence within the new treaty: the ECJ after the treaty of Amsterdam*, in *MAASTRICHT JOURNAL OF EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW*, 1998, p. 185.

<sup>61</sup> Sul punto, così come sulle analoghe limitazioni all'esperibilità del rinvio pregiudiziale a norma dell'art. 68 TCE, la dottrina ha levato un coro pressoché unanime di perplessità. Si distingue dall'orientamento generale Langrish, per il quale «cutting off access to all lower courts only slightly modifies art. 234». V. LANGRISH, *The Treaty of Amsterdam: selected highlights*, in *EUROPEAN LAW REVIEW*, 1998, p. 3.

<sup>62</sup> Sulle riforme del Trattato di Nizza v. RUIZ-JARABO, *La ré-orm de la Cour de justice opérée par le traité de ice et sa mise en oeuvre future*, in *REVUE TRIMESTRELLE DE DROIT EUROPÉEN*, 2001, p. 705.

<sup>63</sup> V., in termini generali, LADEMBURGER, VERWILGHEN, *Policies relating to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *AMATO, BRIBOSLA, DE WITTE, Genèse et destinée de la Constitution européenne. Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruxelles, 2007, p. 743.

Questa operazione, in linea generale, ha consentito l'uniformazione della competenze della Corte e la soppressione delle più rilevanti restrizioni al loro esercizio, pur registrandosi talune residue barriere. Da ciò deriva altresì l'applicazione alla materia penale delle innovazioni introdotte dal Trattato del 2007 sui ricorsi.

Esaurita la breve trattazione dell'exkursus storico del ruolo della Corte, è necessario descrivere le novità che caratterizzano oggi i ricorsi esperibili dinanzi alla Corte di Giustizia. Secondo parte della dottrina<sup>64</sup>, il Trattato di Lisbona ha delineato tre caratteristiche generali fondamentali: la facilitazione dell'accesso alla Corte; l'accelerazione delle procedure; l'ampliamento dei soggetti sottoposti al controllo giurisdizionale.

Vediamo dunque i possibili ricorsi oggi esperibili dinanzi alla Corte di Giustizia e l'evoluzione della loro disciplina nel tempo.

#### 1) *La procedura di infrazione*

La procedura di infrazione prevista per il pilastro comunitario era completamente diversa e molto più incisiva rispetto a quella prevista per il settore della cooperazione in materia penale. La disciplina di quest'ultimo settore era contenuta nel par. 7 dell'art. 35 TUE, il quale prevedeva che, nel caso di controversie fra Stati, la Corte poteva intervenire, previo esperimento di un tentativo di conciliazione ad opera del Consiglio<sup>65</sup>, al fine di esprimersi circa l'interpretazione o l'applicazione delle norme del terzo pilastro. Se la controversia riguardava uno Stato e la Commissione la Corte poteva esprimersi soltanto con riguardo all'interpretazione e alla validità delle convenzioni adottate nello specifico settore. Il rimedio in esame appariva dunque modellato sui meccanismi tradizionali di composizione delle controversie a livello internazionale. Peraltro si deve aggiungere che la Commissione mancava di adeguati poteri di controllo sugli adempimenti a carico degli Stati<sup>66</sup>. Ciò comportava la impossibilità per la Commissione europea (custode dei Trattati) di portare a termine il suo compito più alto, e cioè garantire una corretta e uniforme applicazione delle norme dei Trattati dell'Unione<sup>67</sup> da parte

---

<sup>64</sup> Cfr. WEYEMBERGH, RICCI, *Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in BRAUM, WEYEMBERGH, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, p. 230.

<sup>65</sup> La necessità di sottoporre preventivamente la controversia ad un tentativo di soluzione amichevole da parte del Consiglio era uno dei principali elementi indicatori della natura intergovernativa della cooperazione nell'ambito del terzo pilastro. Il rimedio di cui all'art. 35 par. 7 TUE, peraltro, non ha mai trovato applicazione.

<sup>66</sup> La Corte di giustizia ha, sin dagli anni Settanta, rimarcato la distinzione tra la procedura di infrazione ed altre esperienze maturate in sede internazionale, per il ruolo di supervisore indipendente della Commissione. V. la sentenza della Corte del 7 febbraio 1973, causa 3972, *Commissione c. Italia*, in RACC. p. 101.

<sup>67</sup> Uno dei profili che la dottrina ha a più riprese evidenziato è la difficoltà di approntare meccanismi alternativi, *in primis* di natura politica, per la valutazione sulla corretta applicazione da parte degli Stati delle norme penali dell'Unione ed il rispetto dei diritti fondamentali. V. DE BIOLLEY, WEYEMBERGH, *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, 2006.

degli Stati membri. Ciò appariva tanto più evidente in relazione all'adempimento degli obblighi sorgenti dalle decisioni quadro, la cui trasposizione ha a più riprese evidenziato ritardi, resistenze o l'adozione di misure interne inadeguate da parte degli Stati membri<sup>68</sup>.

L'impossibilità di applicare per via estensiva la disciplina degli artt. 226-228 TCE<sup>69</sup>, contribuiva al deficit di controllo sugli Stati. La portata dell'art. 35 par. 7 non riguardava infatti l'accertamento di eventuali casi di inadempimento degli obblighi<sup>70</sup>, ma si prefiggeva come scopo la risoluzione di controversie riguardanti le materie del terzo pilastro.

Allo stesso modo, non è valsa a colmare questa lacuna la prassi istituzionale - a più riprese criticata in dottrina poiché motivo di scarsa coerenza sistematica e capace di attentare ai principi di legalità e certezza del diritto - di adottare decisioni quadro parallele e complementari ad atti del primo pilastro, disponendo norme penali sulla stessa materia da questi ultimi disciplinata<sup>71</sup>. In simili eventualità, il nesso di funzionalità fra i due atti avrebbe potuto consentire, in presenza di una procedura di infrazione connessa al mancato adempimento ad un obbligo previsto da una norma comunitaria, di estendere in via indiretta il sindacato della Corte alle misure realizzate a livello interno per conseguire gli obiettivi consacrati nella decisione quadro<sup>72</sup>. La prospettiva in ogni caso non è stata mai abbracciata concretamente dalla Corte anche perché avrebbe imposto alla Corte di trovare un difficile punto di mezzo tra le competenze derivanti dal Trattato comunitario e quelle derivanti dal terzo pilastro, del tutto diverse.

---

<sup>68</sup> Ciò risulta evidente dalle numerose comunicazioni emesse dalla Commissione, in forza dell'investitura ordinariamente riconosciuta dalle decisioni quadro a svolgere un'attività di *follow up* sul livello - quantitativo e qualitativo - di trasposizione di tali atti da parte degli Stati membri. Per approfondimenti sullo stato di attuazione a livello nazionale della normativa sulla cooperazione in materia penale v. il rapporto FIDE 2012 sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, <http://www.fide2012.eu/FIDE+Proceedings/id/258/> (23 ottobre 2012).

<sup>69</sup> Questa possibilità è stata paventata da ECKHOUT, *The European Court of Justice and the "Area of Freedom, Security and Justice": challenges and problems*, in O'KEEFE, *Judicial review in European Union law. Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Londra, 2000, p. 162.

<sup>70</sup> Cfr. PEERS, *Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2008, p. 41; DANIELE, *Commentaire de l'article 35 UE*, in TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 142. Gli autori evidenziano come l'art. 35 par. 7 TUE avrebbe dovuto essere accostato all'art. 292 TCE, a mente del quale gli Stati si impegnavano a non sottoporre le controversie concernenti l'interpretazione o l'applicazione del Trattato a rimedi diversi da quelli previsti nel Trattato stesso. L'assonanza fra le due disposizioni riposa nella *ratio* che ne sta alla base: secondo la Corte di giustizia, infatti, l'art. 292 rispondeva - e risponde tutt'oggi, nella nuova formulazione di cui all'art. 344 TFUE - all'esigenza di tutelare l'autonomia e la coerenza dell'ordinamento UE. V. i pareri della Corte 1/91 del 14 dicembre 1991, in *RACC.* p. I-6079, punto 35, e 1/00 del 18 aprile 2002, in *RACC.* p. I-3493, punti 11 e 12, nonché la sentenza 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, in *RACC.* p. I-4635, punti 123-128. A commento v. CASOLARI, *La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 2007, p. 327.

<sup>71</sup> V, ad esempio, la direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, sulla definizione di favoreggiamento, ingresso, transito e soggiorno illegali, e la decisione quadro coeva 2002/946/GAI, atta a rafforzare il contrasto a tali condotte, in GU L 328 del 5 dicembre 2002, rispettivamente a p. 17 e p. 1. Si prospetta peraltro il ricorso a questa prassi anche nell'ambito di applicazione dell'art. 83.2 TFUE, in tema di competenza penale dell'UE nei settori differenti dallo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

<sup>72</sup> Cfr. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE*, 1994, p. 926.

In realtà, al fine di garantire l'adempimento degli obblighi in capo agli Stati, le disposizioni interne in contrasto alle fonti comunitarie, in particolare alle decisioni quadro, sono spesso state oggetto di sindacato di costituzionalità da parte dei giudici costituzionali nazionali<sup>73</sup>. Tale meccanismo è tuttavia indiretto ed opera a posteriori, e non può costituire un valido strumento di censura dell'operato del legislatore<sup>74</sup>, se non nei singoli casi presi in esame.

Data la mancanza di potere riservato alla Corte, venivano attribuiti poteri di controllo, meramente politico tuttavia, sulla trasposizione delle decisioni quadro. Ancora oggi sono presenti alcune norme *ad hoc* che prevedono l'obbligo di comunicazione al Segretariato del Consiglio e alla Commissione delle attività poste in essere dagli Stati per un celere ed esaustivo recepimento della normativa europea. La stessa natura politica tuttavia, non consente un efficace e penetrante controllo sull'operato degli Stati membri<sup>75</sup>.

In questo frammentato contesto, le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona in tema di verifica del comportamento degli Stati si distinguono in due principali filoni.

Prima di tutto, l'art. 70 TFUE codifica la prassi di attivare celermente meccanismi di controllo politico nell'ex settore giustizia e affari interni. La norma conferma la centralità del reciproco riconoscimento nel Titolo V TFUE e, ai fini della sua piena affermazione, prevede che, su proposta della Commissione, fatta salva la disciplina sulla procedura per infrazione, il Consiglio adotti misure atte a definire le metodologie di tali verifiche. La novità più importante riguarda il fatto che oggi i principali protagonisti del meccanismo di controllo sono i singoli Stati e non più il Consiglio e la Commissione. L'oggettivo ed imparziale controllo deve infatti essere portato a termine dagli Stati membri, coadiuvati dalla Commissione. Gli ultimi verificatori nell'iter di controllo sono il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali: ciò indica la volontà di superare logiche intergovernative all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, favorendo al massimo il ruolo e la partecipazione delle assemblee legislative nazionali.

---

<sup>73</sup> V., ad esempio, nel caso dell'Italia, la sentenza della Corte costituzionale 24 giugno 2010, n. 227, in tema di mandato d'arresto europeo. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera *ρ*), della legge di attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI (Legge 22 aprile 2005, n. 69, in *GAZZETTA UFFICIALE* del 29 aprile 2005, n. 98). Il legislatore nazionale aveva infatti limitato ai soli cittadini italiani - e non anche ai residenti, come previsto dalla decisione quadro, così come interpretata dalla Corte di giustizia - la possibilità di ottenere il rifiuto di una richiesta di consegna e, dunque, di scontare la relativa pena detentiva nello Stato di residenza.

<sup>74</sup> Occorre inoltre sottolineare come in molti ordinamenti la formulazione di una questione di costituzionalità non sia disponibile alle parti, sussistendo un filtro da parte del giudice precedente. Come noto, invece, la procedura di infrazione è azionata dalla Commissione, che in molti casi si attiva proprio grazie alle denunce individuali ricevute.

<sup>75</sup> Al riguardo, ad esempio, la dottrina evidenzia come gli strumenti normativi finalizzati ad attuare il principio del reciproco riconoscimento abbiano conosciuto un sindacato maggiormente stringente da parte delle istituzioni europee, in raffronto agli atti di armonizzazione. Cfr. DE BIOLLEY, WEYEMBERGH, *Comment évaluer, op. cit.*, p. 78. Borgers, rispondendo a questa criticità, suggerisce un cambio di approccio al controllo sul recepimento degli atti del terzo pilastro, ad esempio individuando forme differenti in base alla natura delle disposizioni di ciascuna decisione quadro. V. BORGERS, *Implementing framework decisions*, in *COMMON MARKET LAW REVIEW*, 2007, p. 1361.



Questi infatti devono essere debitamente informati circa i contenuti e gli esiti della valutazione. A tutela della effettività e della coerente applicazione del diritto dell'Unione in questo ambito, dunque, il Trattato di Lisbona impronta l'attività in esame al principio di leale collaborazione fra Stati ed istituzioni europee, sollecitando altresì un maggiore ed opportuno vaglio democratico, tanto in sede europea quanto a livello nazionale<sup>76</sup>.

Altre novità rilevanti riguardano la procedura di infrazione, oggi disciplinata agli artt. 258-260 TFUE<sup>77</sup>. Tali disposizioni normative estendono oggi la loro efficacia anche alle materie relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (contenuta nel Titolo V TFUE) nei casi di mancato, tardivo o inadeguato recepimento degli obblighi da parte dello Stato, così come ai casi di infrazione di tali norme da parte dello Stato unitariamente inteso<sup>78</sup>.

Inoltre, differentemente dal passato, una maggiore velocità dei procedimenti è assicurata da alcune novità di carattere generale. Il Trattato di Lisbona modifica infatti la disciplina (artt. 226-228 TCE) che implicava la proposizione di due ricorsi (il secondo avente ad oggetto la mancata esecuzione della sentenza) perché la Corte potesse infliggere una penalità o una somma forfetaria ai danni dello Stato. Nei casi in cui ravvisi la mancata esecuzione di una sentenza che accerti un inadempimento, la Commissione, senza neppure dover formulare un proprio parere, può adire la Corte, dopo aver richiesto allo Stato inadempiente adeguate motivazioni. In secondo luogo, l'art. 260 par. 3 TFUE introduce una disciplina *ad hoc* per i casi in cui lo Stato membro ometta di comunicare alla Commissione le misure di attuazione di una direttiva adottata con procedura legislativa. In simili eventualità, infatti, la Commissione può proporre, sin dalla prima procedura di infrazione, l'ammontare della sanzione che essa ritenga proporzionata alle circostanze di specie. Il rimedio ha un effetto deterrente particolarmente efficace, soprattutto in relazione a casi di particolare allarme per il rispetto del diritto dell'Unione. Da una parte infatti si sanzionano pesantemente e con tempestività infrazioni ripetute, dall'altra, sotto l'aspetto preventivo, si pongono le basi per una valutazione delle misure che verranno adottate dagli Stati membri e per le eventuali problematiche connesse.

---

<sup>76</sup> Cfr. DE PASQUALE, *Il terzo pilastro dell'unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA*, 2009, p. 431. Si può quindi sostenere che il principio di leale cooperazione giunga oggi a piena realizzazione nell'ambito della cooperazione penale. Per approfondimenti sui molteplici profili dell'obbligo di leale collaborazione v. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo, La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008.

<sup>77</sup> Nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa la materia era regolata dagli artt. III 360-III 362, che prevedevano una disciplina in tutto analoga a quella approvata con la riforma di Lisbona.

<sup>78</sup> A ben vedere, anche in ragione della discrasia protrattasi negli anni tra le perfezioni normative delle decisioni quadro e la disciplina di attuazione adottata dagli Stati, l'innovazione sul punto ha tutte le carte in regola per esercitare effetti dirimpenti. Al riguardo, l'incidenza della riforma dipenderà fortemente dall'approccio della Commissione. In questo senso v. STEUNENBERG, *Is big brother watching? Commission oversight of the national implementation of EU directives*, in *EUROPEAN UNION POLITICS*, 2010, p. 359.

Tale ultimo aspetto, viste le difficoltà degli Stati membri nel recepire gli atti del terzo pilastro, oggi direttive adottate con procedura legislativa ordinaria, appare notevolmente importante. L'incisività dell'opzione offerta dal Trattato - riservata, per dato normativo espresso<sup>79</sup>, alla discrezionalità della Commissione - è confermata dall'orientamento recentemente sostenuto dalla Commissione medesima. Con una comunicazione del 2010<sup>80</sup>, infatti, l'istituzione ha precisato che intende dare pieno seguito al dettame primario, rispetto ad ogni atto che ricada nell'ambito operativo della norma - e cioè tutte le direttive adottate con procedura legislativa ordinaria o speciale - poiché «l'importanza di garantire che gli Stati membri rispettino i termini di attuazione vale per tutte le direttive legislative, senza distinzioni a priori»<sup>81</sup>.

## 2) *Il ricorso per annullamento*

Il ricorso per annullamento previsto per il regime comunitario ex art. 230 TCE<sup>82</sup>, non differiva di molto da quello previsto per gli atti del terzo pilastro. I vizi di legittimità degli atti erano infatti i medesimi, ed identico era il termine perentorio di due mesi dalla pubblicazione dell'atto<sup>83</sup> per esperire il ricorso.

Tuttavia, la natura intergovernativa delle materie del terzo pilastro, limitava nella sostanza la portata del ricorso. In senso oggettivo, solo le decisioni e le decisioni quadro potevano essere oggetto di sindacato di legittimità, con esclusione dunque delle posizioni comuni e fatti salvi gli eventuali mezzi di tutela espressamente previsti dalle convenzioni. In senso soggettivo né il Parlamento europeo né i privati potevano fare uso del rimedio, essendo lo stesso riservato soltanto agli Stati membri, al Consiglio e alla Commissione.

Il Parlamento europeo aveva infatti un ruolo secondario nelle dinamiche del terzo pilastro, non consentendo così un efficace controllo nei confronti del Consiglio. L'esclusione dell'assemblea legislativa, rappresentativa degli interessi dei cittadini europei, era tuttavia una

---

<sup>79</sup> L'art. 260, par. 3, TFUE prevede infatti che la Commissione possa procedere «se lo ritiene opportuno».

<sup>80</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'articolo 260, par. 3, TFUE dell'11 novembre 2010, SEC(2010) 1371 def., in GU C 12 del 15 gennaio 2011, p. 1.

<sup>81</sup> V. in particolare il par. 17 della comunicazione in esame. Viene inoltre precisato che la modalità di calcolo della somma forfetaria e della penalità rispondono ai criteri già individuati con la comunicazione SEC(2005) 1658.

<sup>82</sup> Il periodo transitorio previsto dall'art. 10 del Protocollo n. 36 allegato ai Trattati comporta il protrarsi del regime previgente per un periodo massimo di cinque anni o fino a quando, in tempi più brevi, il legislatore europeo converta in direttive gli atti del terzo pilastro già esistenti. Sulle novità introdotte da Lisbona in materia di ricorso per annullamento v. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in BILANCIÀ, D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 225.

<sup>83</sup> A differenza di quanto disciplinato all'art. 231 TCE, nulla era previsto in ordine agli effetti della sentenza di annullamento di atti del terzo pilastro, anche se la sostanziale analogia fra decisioni quadro e direttive poteva far ragionevolmente supporre l'affinità tra le sentenze. Il problema era sorto dal ricorso formulato dalla Commissione avverso l'azione comune 96/197/GAI del 4 marzo 1996, sulla regolamentazione dei visti di transito aeroportuale. Cfr. la sentenza 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in RACC. p. I-2763. In dottrina v. ROTTOLA, *La Corte di giustizia è competente ma... non lo è*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 2001, p. 559.

dissonanza pesante rispetto a ciò che accadeva nel pilastro comunitario. Nonostante non vi fosse alcuna norma espressa, la Corte di Giustizia, elevando l'ordinamento europeo a vera comunità di diritto dove gli atti degli Stati e delle istituzioni sono soggetti al controllo di legittimità<sup>84</sup>, aveva sin dagli anni Ottanta rafforzato il sistema di tutela giurisdizionale del primo pilastro, attribuendo al Parlamento la qualifica di legittimato attivo *ex art. 230 TCE*<sup>85</sup>. Quanto alle persone fisiche e giuridiche, l'impossibilità di promuovere il ricorso in esame trovava ragione, in via principale, nella natura stessa delle fonti del terzo pilastro, prive di effetti diretti negli ordinamenti nazionali e di carattere *self-executing*<sup>86</sup>. Dunque, nonostante la previsione in senso contrario degli artt. 6 e 13 della CEDU e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>87</sup>, il rispetto del diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo veniva messo in discussione.

La Corte stessa, discostandosi talvolta dalla lettera delle norme, ha posto l'accento sulla necessità di un sistema giurisdizionale unitario e completo, quale sarebbe derivato dall'architettura intera del Trattato<sup>88</sup>. Tale sistema infatti, in virtù del fatto che le norme approvate a Bruxelles devono essere applicate negli Stati membri (applicazione decentrata) ed in virtù del principio di leale collaborazione *ex art. 4 TFUE*, prevede, accanto al giudice europeo, l'intervento delle autorità giudiziarie nazionali incaricate di garantire il rispetto delle norme comunitarie e delle posizioni giuridiche soggettive investite<sup>89</sup>. Nell'ottica del complesso di rimedi unitario, esaustivo e multilivello configurato dalla giurisprudenza di Lussemburgo, considerata l'assenza di effetti giuridici diretti delle fonti della cooperazione in materia penale<sup>90</sup>, i privati avrebbero dunque potuto beneficiare di tutela in sede nazionale, avverso i

---

<sup>84</sup> Cfr. il parere della Corte 1/91, *cit.*. Analogo concetto è stato espresso dalla Corte con riferimento all'UE, nella sentenza del 29 giugno 2010, causa C-550/09, *E & F*, in *RACC.* I-6213, punto. 44.

<sup>85</sup> Cfr. la sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Partie écologiste Les Verts c. Parlamento europeo*, in *RACC.* p. 1139.

<sup>86</sup> Questo aspetto è stato in realtà oggetto di approfondito e critico dibattito in dottrina. V. PISTOIA, *La questione del carattere self-executing delle norme in materia di diritto penale adottate nel quadro del terzo pilastro*, in PICCHIO, PALMISANO, *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 593.

<sup>87</sup> La Corte di giustizia ha, con giurisprudenza costante, riconosciuto tutela nell'ordinamento europeo a questo diritto. V. sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*, in *RACC.* p. 1651, punto 18; nonché 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Oleifici Borelli*, in *RACC.* p. I-6313.

<sup>88</sup> La giurisprudenza sul punto è copiosa, v. la sentenza della Corte *Parti Ecologiste Les Verts c. Parlamento*, *cit.*, punto 23; cfr. altresì le sentenze 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *RACC.*, p. 4199, punto 16; 23 marzo 1993, causa C-314/91, *Weber c. Parlamento*, in *RACC.*, p. I-1093, punto 8. Si segnala inoltre che la consolidata giurisprudenza sul punto è stata recepita a fatta propria dal Trattato di Lisbona, all'art. 19 TUE, il cui testo recita: «*Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale e attiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*».

<sup>89</sup> La Corte, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha riservato queste riflessioni per il pilastro comunitario. È stato però evidenziato come, anche nel regime previgente, le esigenze di tutela coinvolgessero l'ordinamento UE *in toto*, in ragione dell'art. 6 TUE. V. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 2008, p. 855.

<sup>90</sup> L'espressa limitazione all'efficacia diretta delle decisioni quadro è venuta meno con il Trattato di Lisbona, di talché è ora possibile che le direttive in materia possano spiegare tali effetti.

provvedimenti interni di recepimento, oppure a livello europeo, nell'ipotesi in cui le norme di attuazione fossero state adottate in sede comunitaria<sup>91</sup>.

Tuttavia e contrariamente a quanto auspicato dall'art. 34 par.2 TUE, taluni atti erano comunque idonei a ledere interessi e diritti dei cittadini privati anche in assenza di norme di trasposizione<sup>92</sup>. Si pensi alle ipotesi di misure ablativo *in rem*, alle quali il Consiglio ha fatto spesso ricorso con la conseguenza di creare in concreto possibili pregiudizi per gli individui. I singoli infatti, non avendo alcuna possibilità di accesso diretto alla Corte di Giustizia ai fini dell'annullamento di tali atti, rimanevano privi di rimedi giurisdizionali, in deroga al principio fondamentale della tutela giurisdizionale del singolo.

Già dal 2001, a seguito dell'attentato alle Torri Gemelle, il problema ha scaturito ferventi dibattiti legati al contrasto del terrorismo internazionale<sup>93</sup>. In particolare, la posizione comune 931/2001/PESC del 27 dicembre 2001<sup>94</sup>, in allegato alla quale era riportato un elenco di persone, gruppi ed entità «coinvolti in atti terroristici», prevedeva misure quali il congelamento dei beni ed il rafforzamento delle iniziative di cooperazione giudiziaria e di polizia, disciplinate dall'art. 2, il cui tenore rendeva non necessaria l'adozione di specifiche disposizioni attuative nazionali o comunitarie, mentre l'art. 4 invocava la piena collaborazione degli Stati nella realizzazione degli obiettivi posti dalla normativa europea rispetto a tali soggetti. I soggetti elencati nella "lista di proscrizione" subivano rilevanti pregiudizi dalla posizione comune, nonostante non fosse previsto ed esperibile alcun rimedio giurisdizionale.

Le pronunce *Segi* e *Gestoras pro Amnistia*<sup>95</sup>, già oggetto di approfondita analisi dottrinale<sup>96</sup>, rappresentano lo strenuo tentativo da parte della Corte di creare un corpo normativo unico

---

<sup>91</sup> V., sul punto, la sentenza del Tribunale di primo grado 12 dicembre 2006, causa T-228/02, *OMPI*, in *RACC.* p. II-4665, punti 52-56. Il Tribunale ha affermato la propria competenza a pronunciarsi su un ricorso per l'annullamento di una posizione comune adottata ai sensi degli artt. 15 e 34 TUE, solo ove sia fatta valere una violazione delle competenze della Comunità. Il Collegio ha infatti precisato che, nella sua formulazione riformata nel 1997, il TUE non prevedeva l'impugnabilità delle posizioni comuni e, tantomeno, consentiva di accogliere i ricorsi promossi da soggetti privati. Il Tribunale ha inoltre ribadito la centralità del ruolo della autorità giurisdizionali interne, dinnanzi alle quali si esplica in via elettiva il diritto di difesa (punti 123-126). Nello stesso senso v. sentenza 9 luglio 2009, cause riunite T-246/08 e T-332/08, *Melli Bank, c. Consiglio*, in *RACC.* p. II- 2729; 30 settembre 2009, causa T-341/07, *Sison c. Consiglio*, in *RACC.* p. II-3625; sentenza 9 settembre 2010, causa T-348/07, *Stichting Al-Aqsa*, in *RACC.* II-4575. Cfr. GARBAGNATI KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell'Unione europea?*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 2007, p. 395; PEERS, *Salvation outside the church? Judicial protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi judgments*, in *COMMON MARKET LAW REVIEW*, 2007, p. 883.

<sup>92</sup> Cfr. SPAVENTA, *Remembrance of principles lost. Fundamental rights, the Third Pillar and the scope of Union law*, in *YEARBOOK OF EUROPEAN LAW*, 2007, p. 153.

<sup>93</sup> GUILD, BALDACCINI, *Terrorism and the foreigner: a decade of tension around the rule of law in Europe*, Leiden, 2007.

<sup>94</sup> Posizione comune del Consiglio, del 27 dicembre 2001, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo, in *GU L* 344 del 28 dicembre 2001, p. 93.

<sup>95</sup> Cfr. le sentenze della Corte del 27 febbraio 2007, causa 355/04 P, *Segi c. Consiglio*, in *RACC.* p. I-1657 e causa 354/04 P, *Gestoras pro Amnistia c. Consiglio*, in *RACC.* p. I-1579.

nonostante la lettera dei Trattati che poneva enormi ostacoli interpretativi alla creazione di una vera Unione di diritto. Nei casi sopra menzionati, i ricorsi erano stati inoltrati da gruppi sostenitori delle istanze basche ed inseriti nella lista elaborata all'interno della posizione comune<sup>97</sup>. Nella causa *Segi*, in particolare, a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza reiettiva di un'azione di danni per responsabilità extracontrattuale della Comunità pronunciata dal Tribunale di primo grado<sup>98</sup>, l'avvocato generale Mengozzi suggerì alla Corte di statuire nel senso che, in realtà, le associazioni in parola non fossero del tutto prive di tutela: in forza del citato principio di leale cooperazione, infatti, competeva allo Stato di appartenenza approntare idonei rimedi giudiziali avverso i provvedimenti ablativi. L'avvocato generale, in particolare, riteneva che l'assenza di un'elencazione cogente dei diritti fondamentali tutelati dall'Unione europea ostasse, a quello stadio di evoluzione del processo di integrazione, a opzioni ermeneutiche volte ad anteporre il principio generale della tutela giurisdizionale effettiva al principio delle competenze di attribuzione<sup>99</sup>.

Il giudice europeo, pur confermando l'inammissibilità dell'azione di danni nell'ambito del terzo pilastro ed ammettendo una maggior completezza del sistema di tutela giurisdizionale in ambito comunitario, si è concentrato sull'analisi della portata concreta degli effetti dell'atto. La posizione comune infatti andava a colpire l'interesse ed i diritti soggettivi dei singoli, sconfinando dalle competenze previste dal Trattato, configurando una decisione avente una pluralità di destinatari<sup>100</sup>. Di conseguenza, alla stregua di una decisione, esso era suscettibile di sindacato di validità, pur sempre secondo le forme e le condizioni previste dall'art. 35, par. 6,

---

<sup>96</sup> Cfr., fra gli altri, DAVIES, *Segi and the future of judicial rights protection in the Third Pillar of the EU*, in *EUROPEAN PUBLIC LAW*, 2008, p. 311; BARTOLONI, *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 47.

<sup>97</sup> Le due associazioni, peraltro, si erano già in precedenza rivolte alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, che aveva dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi. Le norme della posizione comune, infatti, avendo carattere generale ed essendo prive di effetti diretti negli ordinamenti nazionali, non erano idonee a cagionare una «violazione concreta ed attuale» della Convenzione. Cfr. l'ordinanza del 23 maggio 2002, ricorsi 6422/02 e 9916/02, *Gestoras pro Amnistia, I quindici Stati membri dell'Unione europea*, in *Rec.* 2002-V n. 20583.

<sup>98</sup> Cfr. le ordinanze del 7 giugno 2004, causa T-338/02, *Segi e a. c. Consiglio*, in *RACC.* p. II-1647 e causa T-333/02, *Gestoras pro Amnistia e a. c. Consiglio*, non pubbl. in *RACC.* Il Tribunale, pur rilevando il deficit di tutela e ritenendolo in violazione di un diritto fondamentale, aveva precisato di non aver titolo a pronunciarsi. Nell'ambito di un sistema giuridico fondato sul principio delle competenze di attribuzione, l'interpretazione letterale dell'art. 46 lett. d) TUE circoscriveva l'intervento degli organi giudiziari europei in merito al rispetto dell'art. 6 TUE alle sole ipotesi già espressamente riconosciute dai Trattati.

<sup>99</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi il 26 ottobre 2006, nella causa C-355/04 P, *cit.*, par. 173. Tale valutazione estensiva avrebbe comportato un apprezzamento *contra legem* del combinato disposto degli artt. 35 e 46 lett. d) TUE.

<sup>100</sup> Cfr. par. 53-55 della sentenza.

TUE, vale a dire mediante rinvio pregiudiziale del giudice interno o ricorso per annullamento proposto dalla Commissione o da uno Stato membro<sup>101</sup>.

La statuizione della Corte sembra seguire l'impostazione classica utilizzata nelle controversie riguardanti il settore comunitario, dove l'attenzione del giudice europeo si focalizza sulla sostanza dell'atto e non si ferma alla forma dello stesso, così che ogni atto in grado di produrre effetti giuridici vincolanti sia sottoposto al rimedio dell'azione di annullamento<sup>102</sup>. Tuttavia la Corte, in virtù del settore in questione, di matrice intergovernativa, ha dovuto temperare tale impostazione. Come riconosciuto dal Collegio stesso, infatti, le posizioni comuni sono atti idonei ad esercitare taluni effetti cogenti<sup>103</sup>, rispetto ai quali avrebbe in linea teorica potuto estendersi appieno il complesso dei rimedi giurisdizionali di cui all'art. 35 TUE<sup>104</sup>. Una simile impostazione, tuttavia, avrebbe determinato la forzatura del dettato primario, che non annoverava queste fonti fra i provvedimenti impugnabili<sup>105</sup>.

Vista l'esigenza di non eludere la portata letterale delle disposizioni normative, la Corte ha stabilito che, al fine di rispettare la disciplina prevista dai Trattati in materia di ricorsi esperibili, le posizioni comuni non comportano effetti nei confronti dei singoli. A differenza di ciò che accadeva nell'ambito del primo pilastro, dove l'importanza era focalizzata sugli effetti vincolanti dell'atto, la Corte ha ritenuto il coinvolgimento della sfera individuale quale elemento principale per il rafforzamento della tutela giurisdizionale<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> La Corte, peraltro, conferma ancora una volta il ruolo decisivo dell'autorità giurisdizionale interna, che è chiamata ad interpretare le norme processuali nazionali in modo da assicurare alle persone fisiche e giuridiche la possibilità di contestare la legittimità di qualsivoglia provvedimento relativo all'applicazione del diritto UE (punto 56 della sentenza). La Corte supera l'impostazione avvalorata dal Tribunale, secondo la quale alcun rimedio poteva essere vantato dai privati, anche dinanzi alle autorità interne, rispetto ad una posizione comune. Questa impostazione restrittiva era stata talora avvalorata anche da autorità giurisdizionali interne, come nel caso del Conseil Constitutionnel francese, sentenza dell'11 dicembre 2006, causa *Dispans c. Ministre de l'Intérieur*, AJDA 2007, p. 421, con nota in dottrina di SIMON, in *EUROPE. COMMENTAIRE*, 2006, p. 23.

<sup>102</sup> V. ad es. le sentenze 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, in *RACC.* p. 263, punto 42; 22 maggio 1990, causa C-70/88, *Parlamento c. Consiglio (Chernobyl)*, in *RACC.* p. I-2041 e le ordinanze 2 marzo 1994, causa C-316/91, *Parlamento c. Consiglio*, in *RACC.* p. I-625; 24 novembre 2005, cause riunite C-138/03, C-324/03, C- 431/03, *Italia c. Commissione*, in *RACC.* p. I-10043.

<sup>103</sup> V. il punto 52 della sentenza.

<sup>104</sup> A sostegno dell'estensione dell'orientamento della Corte sull'impugnabilità degli atti produttivi di effetti vincolanti in capo a terzi v. le conclusioni dell'avvocato generale Poireres Maduro del 16 dicembre 2004, nella causa C-160/03, *Regno di Spagna c. Eurojust*, in *RACC.* p. I-2077, punto 21.

<sup>105</sup> La necessità di rispettare il dettame del Trattato in ordine al sistema dei ricorsi era già stata evidenziata dalla Corte nella causa C-160/03, *Regno di Spagna c. Eurojust*, *cit.*, punti 36-38, nella quale si controverteva sulla possibilità di esperire un ricorso di annullamento ai sensi dell'art. 230 TCE avverso un invito a presentare candidature emesso dall'Eurojust per posti di agente temporaneo.

<sup>106</sup> In dottrina è stata rilevata la scarsa coerenza del sistema di rimedi delineato a seguito della sentenza in esame, ritenendosi irragionevole condizionare l'esperibilità del ricorso per annullamento da parte dello Stato o della Commissione alla circostanza che la posizione comune incida su situazioni giuridiche individuali. Cfr. CANNIZZARO, BARTOLONI, *La costituzionalizzazione del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 2007, p. 479.

La sentenza rappresenta lo sforzo della Corte per garantire una valida tutela giurisdizionale nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nonostante i meccanismi intergovernativi che operavano nel settore. Proprio il rafforzamento del sistema dei rimedi giudiziali e la ricerca di un più elevato grado di coerenza complessiva sono peraltro alla base delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona in ordine al ricorso per annullamento, oggi disciplinato all'art. 263 TFUE<sup>107</sup>. Oggi, in virtù dell'eliminazione della struttura a pilastri, le limitazioni in senso oggettivo e soggettivo precedentemente descritte sembrano superate.

L'art. 263 TFUE elenca tutti gli atti che possono essere oggetto di azione di annullamento: gli atti del Consiglio, della Commissione, della Banca centrale europea, del Parlamento europeo, del Consiglio europeo e di ogni organo dell'Unione che sia capace di sortire effetti giuridici nei confronti di terzi. Vengono dunque a cadere previgenti immunità dal sindacato di legittimità, ormai non facilmente giustificabili nell'ambito di una comunità di diritto<sup>108</sup>. La formula di chiusura contenuta nell'art. 263 risulta di fondamentale importanza in quanto l'evoluzione dell'Unione europea e delle sue esigenze ha portato alla nascita di organi tecnici in grado di emanare atti che producono effetti nei confronti dei terzi, quali le agenzie<sup>109</sup>. Ne consegue la possibilità di impugnare gli atti di *Europol*, oggi trasformato in agenzia dell'UE, ed *Eurojust*, rilievo di particolare interesse se si considera l'incremento delle loro funzioni nel novellato Titolo V TFUE<sup>110</sup>. Nel sistema previgente, la Dichiarazione n. 7 relativa all'art. 30 TUE, allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa per il Trattato di Amsterdam, precisava che l'attività dell'Ufficio di polizia avrebbe dovuto essere soggetta a idonea supervisione giurisdizionale interna, in forza delle norme e dei rimedi previsti a livello nazionale. Secondo tale vecchia impostazione però, il controllo dei singoli giudici nazionali minava l'uniformità delle verifiche stesse, inoltre il Protocollo della convenzione istitutiva

---

<sup>107</sup> Le riforme introdotte ricalcano quanto già previsto dal Trattato costituzionale, all'art. III-365.

<sup>108</sup> Il caso più significativo riguardava il Consiglio europeo, in precedenza non elencato fra i soggetti legittimati passivi. V. le ordinanze coeve della Corte del 13 gennaio 1995, causa C-253/94, *Olivier Roujanski*, in *RACC.* p. I-7; causa 264/94 P, *Bonnamy*, in *RACC.* p. I-15.

<sup>109</sup> Tale esigenza è stata evidenziata anche dal Tribunale. V. la sentenza dell'8 ottobre 2008, causa T-411/06, *Sogelma c. Agenzia Europea per la Ricostruzione (AER)*, in *RACC.* p. II-2771, con nota di commento di ROSSOLINI, *La competenza del giudice comunitario per l'annullamento degli atti delle agenzie europee*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2009, p. 491. Sul regime di impugnazione degli atti delle agenzie v. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento*, cit., p. 179.

<sup>110</sup> Cfr. la decisione del Consiglio del 6 dicembre 2009, 2009/371/GAI, che istituisce Europol, in GU L 121 del 15 maggio 2009 e la decisione quadro del Consiglio 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008 relativa al rafforzamento dell'Eurojust, in GU L 138 del 4 giugno 2009.

sull'immunità dei funzionari li esonerava da qualsiasi forma di responsabilità, men che meno giurisdizionale dunque, in ordine al trattamento dei dati personali<sup>111</sup>.

Con il nuovo assetto ordinamentale derivante dalle riforme di Lisbona, è possibile oggi controllare e, se del caso, azionare giurisdizionalmente, la disciplina specifica che il parlamento europea attribuisce, così come previsto ora dal TFUE, ai due organismi (*Europol* ed *Eurojust*), con particolare attenzione ai possibili pregiudizi per i privati individui. Ad esempio, è opportuno operare un significativo sindacato sugli atti di *Europol* che vanno a disciplinare la tematica dei dati sensibili, mettendo a rischio diritti fondamentali dei singoli, o ancora verificare il rispetto delle garanzie processuali nell'ambito di investigazioni transfrontaliere e nelle richieste di assistenza giudiziarie, entrambe operative in seno ad *Eurojust*.

Una eventuale lista di criteri da seguire nella valutazione dei possibili rischi e pregiudizi che il privato possa correre sarebbe auspicabile, così da evitare che si proceda caso per caso, magari in modo non uniforme o incoerente. La Corte di Giustizia si è altresì soffermata sul rapporto tra che intercorre tra *Europol* o *Eurojust* e gli atti dell'OLAF, l'Ufficio europeo per la lotta antifrode<sup>112</sup>. L'ufficio infatti, pur formalmente parte della Commissione europea, ha il compito di fornire diretta assistenza informativa alle autorità europee o nazionali per accertare eventuali violazioni o abusi del diritto dell'UE da parte di privati<sup>113</sup>.

Il giudice europeo ha infatti ripetuto in più occasioni il fatto che gli atti investigativi dell'OLAF non fossero suscettibili di ricorso quand'anche ordinassero l'avvio o la chiusura di indagini o la semplice trasmissione di informazioni, dati sensibili compresi, alle autorità giudiziarie nazionali. Numerose sono le contestazioni che vengono sollevate in dottrina, ma la Corte ha almeno due motivi per ragionare in tal senso<sup>114</sup>. Anzitutto la richiesta dell'OLAF non si traduce nell'automatico avvio di un procedimento - sia esso penale, amministrativo o anche disciplinare - nei confronti dei soggetti coinvolti. Ciò deriva dalla autonomia lasciata alle

---

<sup>111</sup> Cfr. il Protocollo sui privilegi e le immunità dei funzionari e degli agenti di Europol, artt. 12 e 13, in GU C 221, p. 1. L'ambito operativo del Protocollo si estendeva ad ogni ipotesi in cui il funzionario avesse agito nell'ambito delle proprie prerogative.

<sup>112</sup> Sul punto v. INGHELRAM, *Judicial review of investigative acts of the European Anti-Fraud Office (OLAF): a search for a balance*, in *COMMON MARKET LAW REVIEW*, 2012, p. 601.

<sup>113</sup> Il ricorso, in ragione dell'inquadramento istituzionale dell'OLAF, deve essere presentato avverso la Commissione, poiché l'Ufficio non ha *locus standi* autonomo dinanzi alla Corte. Questa impostazione, peraltro, appare incoerente rispetto alla dottrina Meroni, se si considera che, in raffronto ad altre agenzie dell'UE, l'OLAF gode in sostanza di maggiore indipendenza operativa. In una proposta di revisione della disciplina dell'OLAF, la Commissione non ha tuttavia suggerito alcuna modifica significativa circa il suo incardinamento nell'ambito della Commissione, con la conseguenza che le prospettive rispetto al soggetto nei confronti del quale esercitare la tutela giurisdizionale appaiono immutate. V. COM (2011)135 def.

<sup>114</sup> V. per tutti POPOV, *What's wrong with OLAF? Accountability, due process and criminal justice in European Anti-Fraud Policy*, in *COMMON MARKET LAW REVIEW*, 2010, p. 605.



autorità giudiziarie nazionali che vengono lasciate libere nel valutare la documentazione prodotta e fornita dall'OLAF<sup>115</sup>.

Anche in presenza di attività dell'Ufficio capace di incidere in misura significativa sulla sfera personale dell'indagato, l'orientamento prevalente evidenzia la possibilità di esperire rimedi interni, proprio perché la relazione informativa OLAF, pur decisiva per avviare un procedimento, è almeno formalmente oggetto di ulteriore e discrezionale valutazione da parte delle autorità nazionali. È pur vero che il principio di leale collaborazione comporta l'obbligo per le autorità nazionali di prendere sul serio le risultanze trasmesse dall'OLAF, ma è altrettanto vero che tali informazioni sono liberamente valutabili dalle autorità nazionali, responsabili ultime dell'accertamento di violazioni ed abusi alle posizioni giuridiche soggettive dei singoli<sup>116</sup>.

Oggi, la generalizzazione della possibilità del controllo della Corte su tutti gli atti dell'Unione rappresenta un punto di fondamentale importanza per il rispetto delle competenze di attribuzione e dell'equilibrio tra organi ed istituzioni europee e nazionali. L'obiettivo dell'equilibrio istituzionale è da sempre stato portato avanti dal giudice europeo. Perseguendo tale scopo la Corte ha avuto modo di definire e rafforzare la competenza di taluni organi ed istituzioni, limitando la competenza e l'ambito di operatività di altri. In particolare nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, si è assistito al potenziamento o alla rimodulazione del ruolo di molti organi ed alla previsione di rinnovate procedure istituzionali<sup>117</sup>.

Dal punto di vista dei soggetti, importanti riforme sono state introdotte nell'ottica di ampliare la legittimazione attiva degli stessi pur mantenendo la macro-distinzione in tre

---

<sup>115</sup> Cfr. il regolamento CE n. 1073/1999 del Parlamento e del Consiglio del 25 maggio 1999, in GU L 136, 1.

<sup>116</sup> V. sentenza del 4 ottobre 2006, causa T-193/04, *Tillack c. Commissione*, in *RACC.* p. II-3997; sentenza del 16 luglio 2006, cause riunite T-391/03 e T-70/04, *Franchet e Byc c. Commissione*, in *RACC.* p. II-2023. In una sola occasione si è registrato un orientamento contrario, da parte del Tribunale della Funzione pubblica, in relazione alla mancata audizione di alcuni funzionari dell'Ispra nell'ambito di un'investigazione dell'OLAF a seguito di un anomalo incremento degli incidenti sul lavoro e delle richieste di pensioni di invalidità. I ricorrenti lamentavano la violazione del diritto di difesa, avendo l'Ufficio trasmesso direttamente le risultanze della propria indagine all'autorità giudiziaria italiana. In seguito ad impugnazione della pronuncia da parte della Commissione, tuttavia, il Tribunale ha sovvertito l'esito della controversia, allineandosi al proprio usuale orientamento. V. la sentenza del Tribunale per la Funzione pubblica 28 aprile 2009, cause riunite F.5/05 / F-9/05, *Violetti e altri c. Commissione*, non pubbl. in *RACC.*, e la sentenza del Tribunale 20 maggio 2010, causa T-261/09, *Commissione c. Violetti e altri*, non anc. in *RACC.*

<sup>117</sup> Sull'urgenza di rafforzare la tutela giurisdizionale rispetto all'operato di Europol ed Eurojust v. DOUGLAS SCOTT, *The rule of law*, cit., p. 234; DE HERT, RIEHLE, PAPAKONSTANTINO, *Data protection in the Third Pillar: cautious pessimism*, in MARTIN, *Rights and the EU: the future of police and judicial cooperation*, Londra, 2008, p. 121. Il problema dell'equilibrio istituzionale è stato a più riprese affrontato dalla Corte di giustizia, nella duplice dimensione ora proposta. In senso "positivo" esso ha motivato, sin dal 1990, l'estensione della legittimazione attiva al ricorso per annullamento al Parlamento europeo. V. la sentenza 22 maggio 1990, causa C-70/80, *Parlamento c. Consiglio*, in *RACC.* p. I-2041, punto 26. Nel senso di apporre un limite all'operato delle istituzioni v. la sentenza in seduta plenaria del 2 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*, in *RACC.*, p. I-2759, punto 40, nella quale la Corte ha rigettato la tesi della Commissione, che riteneva di essere legittimata a adottare orientamenti non vincolanti, pur in assenza di espressa attribuzione da parte del Trattato.

categorie di soggetti. Fra i ricorrenti privilegiati non si registrano modifiche: Stati membri, Commissione, Consiglio e Parlamento europeo possono dunque impugnare senza limitazioni o condizioni particolari. Vi sono poi dei legittimati intermedi come il Comitato delle Regioni<sup>118</sup>, ma le maggiori innovazioni riguardano il ruolo dei privati<sup>119</sup>. Essi possono avvalersi dell'art. 230 TCE<sup>120</sup>, ma, nel caso di disposizioni di dettaglio che li riguardino direttamente e non necessitino di trasposizione, possono adire direttamente la Corte. Ciò instaura la c.d. legittimazione attiva dei privati rispetto ai regolamenti<sup>121</sup>. Viene infatti eliso il requisito dell'individualità, il quale, per giurisprudenza costante, imponeva che il ricorrente fosse interessato dall'atto in ragione di personali peculiarità o di una situazione di fatto capace di distinguerlo da terzi e tale da equipararlo a un formale destinatario del provvedimento<sup>122</sup>.

È chiaro che l'effettiva portata dell'innovazione è confermata e verrà ribadita grazie alla giurisprudenza della Corte sull'art. 263 par.4, che definisce in dettaglio cosa debba intendersi per regolamenti non necessitanti di misure interne di esecuzione. Una parte della dottrina si è pronunciata sull'argomento, evidenziando come debbano essere esclusi dalla nozione di regolamenti gli atti formalmente legislativi; mentre altra parte suggerisce, in virtù della ratio della norma, di ricomprendere all'interno della nozione di regolamenti tutti gli atti, ancorché di natura legislativa, delegati o esecutivi, idonei a colpire la sfera giuridica soggettiva senza il necessario esperimento di misure di attuazione intermedie<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> La mancata inclusione del Comitato economico e sociale ha suscitato perplessità in dottrina. Così PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit., p. 225.

<sup>119</sup> V., sulla legittimazione attiva dei privati, FONTANA, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 2010, p. 70; LAZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE*, 2010, p. 1086.

<sup>120</sup> A questo proposito si rimanda, fra i numerosi contributi, ad ARNULL, *Private applicants and the action for annulment since «Codorniu»*, in *COMMON MARKET LAW REVIEW*, 2001, p. 7; USHER, *Direct and individual concern. An effective remedy or a conventional solution?*, in *EUROPEAN LAW REVIEW*, 2003, p. 575.

<sup>121</sup> V. le note conclusioni dell'avvocato generale Jacobs del 21 marzo 2002, causa C-50/00, cit., in *RACC.* p. I-6677, punto 103, peraltro disattese dalla Corte, che ebbe modo di sottolineare come, in un sistema imperniato sul principio delle competenze di attribuzione, il riconoscimento di maggiori potestà ai privati nell'ambito del ricorso in esame avrebbe comportato una indebita forzatura del Trattato. Le riflessioni vennero invece colte dal Tribunale, in un caso in cui, data l'assenza di misure interne di esecuzione, sarebbe stato precluso al singolo l'esperimento di un rimedio giurisdizionale. Cfr. la sentenza 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré e CIE SA c. Commissione*, in *RACC.* p.-II2365, punto 45. Questo orientamento rispondeva anche alla giurisprudenza CEDU, secondo la quale non si può imporre ad un soggetto la violazione di norme di legge quale unico espediente per ottenere tutela giudiziale. Cfr. la sentenza del 24 settembre 2002, ricorso n. 27824/95, *Posti et Rabko c. Finlandia*.

<sup>122</sup> Cfr., nella costante giurisprudenza sulla cosiddetta "formula Plaumann", le sentenze della Corte 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann*, in *RACC.* p. 165, punto 220 e 29 aprile 2004, causa 298/00 P, *Italia c. Commissione*, in *RACC.* p. I-4087, punto 36 e giurisprudenza ulteriore ivi citata.

<sup>123</sup> Il primo orientamento è sostenuto, ad esempio, da DE WITTE, *The European judiciary*, cit., p. 47 e PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia*, cit., p. 229. Supporta questa visione anche HINAREJOS, *Judicial control in the European Union. Reforming jurisdiction in the intergovernmental Pillars*, Oxford, 2009, pp. 103-104, secondo cui i redattori del Trattato hanno inteso riferirsi alla ripartizione fra atti legislativi e non legislativi, come reso evidente dai lavori preparatori della Convenzione per il futuro dell'Unione. La necessità di dare preminenza alla finalità della norma è invece rimarcata da ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 55. Questa impostazione, in particolare, è ritenuta più coerente con la giurisprudenza della Corte, poiché consentirebbe la possibilità di impugnare atti vincolanti dell'Unione che, in

Peraltro, e ciò rileva soprattutto in relazione alle agenzie *Europol* ed *Eurojust*, l'art. 263 TFUE ammette la possibilità che organi ed organismi dell'UE tramite i loro regolamenti istitutivi possano prevedere condizioni specifiche per eventuali ricorsi da parte di persone fisiche o giuridiche: Parlamento e Consiglio, competenti nell'emanare regolamenti *ad hoc* per la disciplina di tali organismi, potrebbero dunque prevedere già nei loro regolamenti di disciplina tali condizioni speciali<sup>124</sup>. In sede conclusiva, rispetto agli effetti della sentenza, si segnala che la nuova formulazione dell'art. 264 TFUE conserva il potere discrezionale della Corte di considerare definitivi taluni effetti di un atto annullato, anzi estendendolo anche ad atti diversi dai regolamenti. La modifica è intesa ad assicurare la certezza del diritto rispetto ai diritti quesiti ed alle situazioni giuridiche consolidate in forza di un atto invalido ed appare tanto più opportuna se si considera l'ampliato spettro applicativo del ricorso per annullamento. Anche in questo caso, peraltro, la nuova formulazione del Trattato non fa che recepire quanto già in parte elaborato dalla giurisprudenza della Corte, che già in passato aveva apprezzato in misura estensiva l'art. 231 TCE, esercitando la potestà discrezionale da esso disciplinata anche rispetto agli effetti delle decisioni<sup>125</sup>.

### 3. *Il rinvio pregiudiziale*

Nella cooperazione giudiziaria in materia penale, l'eliminazione dei precedenti limiti alla giurisdizione della Corte di Giustizia derivanti dalla struttura a pilastri, ha condizionato in positivo anche la disciplina del rinvio pregiudiziale che, sino al Trattato di Lisbona, poteva essere accettata o rifiutata discrezionalmente dagli Stati membri in relazione alle decisioni e decisioni quadro<sup>126</sup>. Come già osservato inoltre gli Stati potevano riservare la possibilità di adire in via pregiudiziale la Corte ai soli Tribunali di ultima istanza. Inoltre, l'art. 35 TUE non legittimava la Corte a pronunciarsi sull'interpretazione delle norme di rango primario, limitando tale potestà al solo diritto derivato. Tale sistema non poteva garantire una uniformità di

---

mancanza di provvedimenti nazionali, priverebbero i singoli della possibilità di agire dinanzi al giudice interno, con il rischio di disomogeneità nel sistema di tutela giurisdizionale. La prima posizione è stata sostenuta in sede processuale dal Parlamento europeo e dal Consiglio. V. l'ordinanza del Presidente del Tribunale del 30 aprile 2011, causa T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, in *RACC.* II-75, punti 32-33.

<sup>124</sup> Questa norma può essere letta in uno con l'art. 16 par. 2 TFUE, sulla tutela dei dati personali. Un'ulteriore occasione di rafforzamento del rimedio si evince dall'art. 8 del Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, ai sensi del quale la Corte è competente a statuire sui ricorsi per annullamento promossi dagli Stati a nome dei parlamenti o di una loro camera, per violazione del principio di sussidiarietà. Cfr. la sentenza della Corte del 12 ottobre 2002, causa 491/01, *British American Tobacco e Imperial Tobacco*, in *RACC.* p. I-11453.

<sup>125</sup> La Corte ha tradizionalmente utilizzato con parsimonia detta potestà, limitatamente alle ipotesi di «importanti ragioni di certezza del diritto». Cfr. sentenza 6 novembre 2008, causa C-155/07, *Parlamento c. Consiglio*, in *RACC.* I-8103, punto 87 e ulteriore giurisprudenza ivi citata. In dottrina v. WALDHOFF, *Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ*, in *COMMON MARKET LAW REVIEW*, 2009, p. 173.

<sup>126</sup> V. *supra*, par. 1.

applicazione ed interpretazione del diritto dell'UE, andando peraltro a minare lo scopo stesso di dialogo fra autorità giurisdizionali<sup>127</sup>.

Nonostante lo scarso numero di sentenze, la Corte è riuscita a inserire anche nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale alcuni principi fondamentali previsti per il settore comunitario, tra cui l'affermazione del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze<sup>128</sup>. Emblematica la nota sentenza *Pupino*<sup>129</sup>, che sanciva la presenza ed efficacia vincolante del principio di leale collaborazione (previsto espressamente soltanto per il settore comunitario all'art. 10 TCE) tra le autorità nazionali e quelle dell'Unione<sup>130</sup>. L'efficace perseguimento degli obiettivi posti dal Trattato richiedeva infatti la necessaria collaborazione degli Stati, in particolare mediante l'obbligo in capo al giudice nazionale di interpretare il diritto interno in maniera conforme al testo ed allo scopo delle decisioni quadro. L'obbligo era stato pensato per operare come nel pilastro comunitario, andando a sanzionare comportamenti o atti *contra-legem* o non in rispetto dei principi generali dell'ordinamento europeo quali la certezza del diritto e la non retroattività delle leggi penali da parte degli Stati.<sup>131</sup>

Ancora, la Corte ha più volte avuto modo di pronunciarsi e rafforzare il principio del *ne bis in idem*<sup>132</sup>. Nessuna norma del Trattato, infatti, subordina l'applicazione di questo principio alla previa adozione di norme di ravvicinamento delle legislazioni penali, poiché nell'opinione della Corte il suo fondamento primo è la fiducia reciproca fra gli Stati membri circa i rispettivi sistemi di giustizia penale<sup>133</sup>.

---

<sup>127</sup> Un pregiudizio tanto più rilevante in considerazione della crescente produzione normativa dell'Unione in questo ambito, spesso contraddistinta da formulazioni di ampio respiro, idonee a fondare multiformi opzioni ermeneutiche e soluzioni applicative molto differenziate.

<sup>128</sup> V. AZOULAI, *Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence*, in *REVUE TRIMESTRELLE DE DROIT EUROPÉEN*, 2008, p. 44.

<sup>129</sup> Cfr. la sentenza 16 giugno 2005, *Pupino*, *cit.*

<sup>130</sup> Cfr. BAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *QUADERNI COSTITUZIONALI*, 2006, p. 884; MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione con orme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*, 2006, p. 563.

<sup>131</sup> La Corte infatti ha precisato a più riprese che l'obbligo di rispettare i principi generali del diritto ed i diritti fondamentali attiene a tutto il campo di attività dell'Unione, anche alla luce dell'art. 6 TUE. V. in tema di compatibilità della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo con il principio di legalità e con il divieto di discriminazione, la sentenza del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaaten voor de Wereld*, in *RACC.* p. I-3633. In dottrina, S. Manacorda, *L'exception à la double incrimination dans le mandat d'arr t européen et le principe de légalité*, in *CAHIERS DE DROIT EUROPÉEN*, 2007, p. 149.

<sup>132</sup> V. le sentenze 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brugge*, in *RACC.* p. I-1345 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P, C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a.*, in *RACC.* p. I-8375; 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, in *RACC.* p. I-2333; 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, in *RACC.* p. I-9327; 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, in *RACC.* p. 9199; 11 dicembre 2008, causa C-467/05, *Bourquain*, in *RACC.* p. I-5557; 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, in *RACC.* p. I-11039; 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, in *RACC.* p. I-11477.

<sup>133</sup> Non manca tuttavia chi rileva un forte divario tra la *confiance* professata dalla giurisprudenza e la *défiance mutuelle* fra gli Stati: v. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice?*, *cit.*, p. 26; NILSSON, *Mutual trust or mutual distrust?*, in DE KERCHOVE, WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle*, *cit.*, p. 133.

Oggi, grazie alle modifiche a seguito del Trattato di Lisbona, le materie del Titolo V TFUE sono tutte sottoposte alla competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia, la quale si esplica in tutti gli Stati dove le autorità giudiziarie interne hanno la facoltà o l'obbligo, in virtù del ruolo che è loro attribuito dalle norme interne, di formulare un rinvio. L'art. 267 TFUE stabilisce che possono essere oggetto di questione pregiudiziale tutti gli atti delle istituzioni, degli organi ed organismi dell'Unione, accogliendo così la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia sul punto e formalizzando ad esempio la possibilità di sollevare quesiti circa l'interpretazione o la validità di atti di *Eurojust* ed *Europol*<sup>134</sup>.

Questa nuova impostazione evita le possibili discrasie che potevano nascere da interpretazioni non conformi del diritto europeo da parte di autorità giudiziarie nazionali in Stati differenti, a vantaggio di una interpretazione e applicazione conforme del diritto dell'UE da parte della Corte di Giustizia, consentendo inoltre un rafforzamento della tutela giurisdizionale dei singoli. Questi ultimi godono oggi del rimedio indiretto del rinvio pregiudiziale di interpretazione e della possibilità di pressare il giudice interno perché formuli un rinvio di validità, senza il vincolo dei più rigidi termini dettati per il ricorso per annullamento<sup>135</sup>.

La durata delle procedure pregiudiziali, diciotto mesi in media, è stata diminuita anche per garantire le esigenze di tempestività dei procedimenti penali interni, già soggetti a severe critiche da parte dell'opinione pubblica. In particolare, nei casi di rinvii riguardanti soggetti in stato di detenzione, le procedure debbono essere instaurate e condotte nel più breve tempo possibile<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> L'art. 234 faceva richiamo ai soli atti delle istituzioni comunitarie, anche se, per via interpretativa, la Corte ne aveva esteso la portata a tutti i provvedimenti degli organi ed organismi dell'Unione. V. ad es. le sentenze 3 febbraio 1977, causa 62/76, *Strehl*, in *RACC.* p. 211; 6 ottobre 1987, causa 152/83, *Demonche*, in *RACC.* p. 3833; 16 dicembre 1992, causa C-237/91, *Kus*, in *RACC.* p. I-6781.

<sup>135</sup> Nel sistema previgente, in effetti, la lacuna più stridente atteneva proprio le ipotesi in cui il giudice nazionale non godesse di alcuna legittimazione a proporre in via pregiudiziale una censura di un atto ritenuto invalido. La dottrina proponeva tre soluzioni, ciascuna delle quali presentava tuttavia criticità. In primo luogo, si sarebbe potuta profilare la legittimazione diretta del giudice interno a rilevare i vizi del provvedimento europeo. Ciò tuttavia contrastava con la logica sottesa alla giurisprudenza *Foto-Frost*. V., fra gli altri, GAJA, *The growing variety of procedures concerning preliminary rulings*, in O'KEEFE, BAVASSO, *Judicial review in European Union law, cit.*, p. 147. Una seconda via di fuga si incentrava sull'estensione in via analogica della giurisprudenza *Foto-Frost* al terzo pilastro, consentendo alle autorità giurisdizionali interne di ovviare alle limitazioni alla proposizione di rinvii pregiudiziali di validità. La Corte, tuttavia, ha a più riprese evidenziato la necessità di assicurare *in primis* il rispetto delle competenze accordate agli organi giudiziari dell'UE dal Trattato, senza forzature ermeneutiche. Cfr. DE SCHUTTER, *La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle*, in DE KERCHOVE, WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle, cit.*, p. 84. Cfr. La sentenza 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *RACC.* p. 4195. La terza possibilità avrebbe comportato l'applicazione delle norme europee, anche a costo di confezionare provvedimenti giurisdizionali radicalmente ingiusti dal punto di vista sostanziale. Cfr. SKOURIS, *L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels*, in AA. VV., *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdor*, Bruxelles, 2007, p. 72.

<sup>136</sup> Il nuovo disposto del Trattato ricalca sul punto l'art. III-369 del Trattato costituzionale. Il richiamo all'esigenza di celerità, senza indicazione specifica della procedura da seguire, sembra deporre a favore del procedimento accelerato ove, al di fuori delle materie di cui allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il procedimento *a quo* incida sulla posizione di un soggetto in regime di restrizione della libertà personale. Per dato espresso della regolamento della Corte, infatti, la procedura d'urgenza non trova applicazione al di fuori dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Questa disposizione si inserisce in un più ampio novero di misure e soluzioni procedurali volte ad assicurare la crescente speditezza dell'*iter* dinnanzi ai giudici di Lussemburgo. Gli strumenti operativi a tal fine sono rappresentati anzitutto dall'art. 164-bis del regolamento di procedura della Corte<sup>137</sup>. Esso prevede un procedimento accelerato che può trovare applicazione qualora il Presidente, sentito l'avvocato generale ed il relatore ed a seguito di richiesta da parte del giudice del rinvio<sup>138</sup>, rilevi «un'urgenza straordinaria di statuire sulla questione proposta in via pregiudiziale». Ciò comporta l'immediata fissazione dell'udienza, durante la quale il Presidente può sollecitare le parti a concentrare le proprie memorie ed osservazioni sulle sole problematiche giuridiche essenziali per la deliberazione del Collegio.

Una seconda e ancor più incisiva deroga è prevista dall'art. 104 *ter* RP, dove si contempla un iter procedimentale autonomo applicabile in deroga a quello ordinario nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>139</sup>. Si tratta del procedimento pregiudiziale d'urgenza<sup>140</sup>, risultato del processo di "comunitarizzazione" del settore del Titolo V. Tale strumento viene utilizzato in casi di urgenza dove i pregiudizi per le posizioni giuridiche soggettive siano imminenti e al fine di non scoraggiare eventuali rinvii da parte delle autorità giurisdizionali interne<sup>141</sup>.

Tre sono i requisiti per attivare la procedura d'emergenza: essa trova applicazione solo in relazione allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (tale limite materiale deve essere interpretato rigorosamente e deve riflettere la nozione europea di cooperazione in materia civile o penale, a nulla rilevando le più ampie categorie del diritto in auge in sede nazionale<sup>142</sup>); è necessaria poi

---

<sup>137</sup> CONDINANZI, MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 432.

<sup>138</sup> L'art. 104 *bis* del regolamento di procedura prevede espressamente, all'ultimo paragrafo, che la deliberazione intervenga dopo che l'avvocato generale sia stato sentito. La presa di posizione dell'avvocato generale, pertanto, non è oggetto di presentazione pubblica nel corso della fase orale e non è oggetto di contraddittorio.

<sup>139</sup> L'esigenza di riformare il regolamento di procedura in relazione alle materie dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è stata rilevata dalla Corte stessa, che nel 2006 ha presentato un documento di riflessione, sollecitando due rimedi: l'apposizione di limiti all'intervento delle parti e lo sbarramento all'accesso alla fase orale, fatta salva la possibilità per tutti gli Stati di presentare memorie scritte. Con decisione 2008/79/CE del 20 dicembre 2007, in GU n. 24 del 29 gennaio 2008, p. 42, il Consiglio ha accolto quest'ultima opzione. Su questa base, il Consiglio ha adottato una coeva decisione di riforma del regolamento di procedura, in GU n. 24 del 29 gennaio 2008, p. 39, nel quale è stato inserito l'art. 104 *ter*.

<sup>140</sup> HONORATI, *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE, 2008, p. 625; TIZZANO, GENCARELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union Européenne*, in IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, 2009, p. 923.

<sup>141</sup> L'urgenza di celerità dei procedimenti è ben esemplificata dall'art. 11 par. 3 del regolamento CE 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in GU L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1. La norma prevede che un'autorità giurisdizionale cui sia rivolta una domanda per ottenere il ritorno di un minore statuisca entro sei settimane dall'introduzione del giudizio. Quanto alla durata della procedura pregiudiziale d'urgenza, il Consiglio ha adottato una ulteriore decisione, preannunciando un tempo compreso fra due e quattro mesi. Cfr. decisione 2008/79/CE, *cit.*, p. 44.

<sup>142</sup> L'ambito di operatività della procedura d'urgenza avrebbe confini molto meno stringenti se si accogliesse la *summa divisio* interna fra diritto civile e penale, indipendentemente dalla base giuridica rilevante del Trattato. Si tratterebbe, d'altra parte, di una indebita e grossolana sovrapposizione delle categorie nazionali del diritto su quelle sovranazionali, che peraltro registra un precedente nell'attività della Corte. Nella causa *Pontini*, infatti, il giudice italiano rimettente ha sollecitato la Corte a trattare secondo le forme del procedimento d'urgenza alcune questioni sollevate nell'ambito di un processo penale per truffa in danno dell'UE. Sebbene i quesiti interpretativi coinvolgessero la normativa comunitaria

una richiesta espressa da parte dell'autorità giurisdizionale *a quo*, fatta salva la possibilità per il Presidente, in ipotesi eccezionali, di invitare la camera competente a valutare la possibilità di procedere *ex art. 104 ter RP*<sup>143</sup>; ed infine è necessario sussistano effettive esigenze d'urgenza, che devono essere opportunamente motivate in fatto e in diritto dal giudice *a quo*. La Corte ha fornito alcune precisazioni<sup>144</sup>, indicando le ipotesi *ex art. 267, par., 4 TFUE*, di una persona detenuta o privata della libertà, qualora l'orientamento della stessa Corte sia determinante per valutare la situazione giuridica di tale persona, ovvero le controversie circa la potestà genitoriale o la custodia di figli minori.

La valutazione dell'urgenza è valutata rigorosamente nella prassi. I casi condotti a norma dell'*art. 145 ter RP* possono essere raggruppati in due categorie prospettate dalla Corte: controversie in tema di responsabilità genitoriale o che interessino la libertà personale individuale.

Lo strumento rappresenta una modalità di rinvio pregiudiziale snella ed estremamente allettante, non sembrando inoltre la Corte propensa a modificare gli schemi e le caratteristiche delle pronunce ordinarie della stessa<sup>146</sup>, senza minacciare una possibile minore qualità del ragionamento giuridico e del percorso motivazionale sottesi a supporto delle sentenze<sup>147</sup>.

La Corte ha senz'altro beneficiato della specificità delle materie devolute alla procedura in parola. Appare pertanto opportuno che il parametro dell'urgenza continui ad essere apprezzato

---

sulla PAC, il giudice *a quo* ha fondato la propria richiesta sulla natura penale del procedimento interno. V. l'ordinanza del Presidente della Corte del 29 settembre 2008, C-357/08, *Pontini e a.*, non pubbl. in *RACC*.

<sup>143</sup> Cfr. art. 104 *ter par. 3 RP*. La Corte, nelle indicazioni alle autorità giurisdizionali interne sulla formulazione dei rinvii pregiudiziali, ha precisato di poter applicare *ex officio* la procedura d'urgenza ove quest'ultimo sembri indispensabile. Cfr. doc. 2009/C 297/01, in *GU C 297* del 5 dicembre 2009, p. 1, par. 34.

<sup>144</sup> Cfr. nota informativa della Corte di giustizia, *cit.*, punto 36.

<sup>145</sup> Sulle criticità sollevate dalla procedura d'urgenza dal punto di vista procedurale v., in particolare, BORRACCETTI, *Il procedimento pregiudiziale d'urgenza*, esigenze di celerità e diritti fondamentali della persona, in AA.VV., *La unzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'incontro di studi tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, Napoli, 2010, p. 106. L'autore si sofferma in particolare sulla limitazione all'intervento di soggetti terzi rispetto alle parti. Solo le parti del procedimento principale, la Commissione, le istituzioni e lo Stato membro coinvolti hanno la possibilità di depositare memorie ed osservazioni.

<sup>146</sup> TIZZANO, GENCARELLI, *La procédure préjudicielle*, *cit.*, p. 935. Gli autori precisano però che, con il Trattato di Lisbona, la procedura potrebbe divenire vittima del suo stesso successo, con un aumento progressivo dei rinvii. Al riguardo, il Consiglio ha sollecitato la Corte a presentare, entro tre anni dal varo dell'istituto, una relazione di sintesi sulla prassi applicativa e sulle eventuali criticità.

<sup>147</sup> Appare emblematico, in questo senso, l'ammonimento dell'avvocato generale Jarabo-Colomer, nelle conclusioni del 5 marzo 2009, causa C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort SL*, in *RACC*. p. I-5439, nota 16: «*Il nuovo procedimento pregiudiziale di urgenza, adottato il 15 gennaio 2008 (GU L 24, pag. 39) e disciplinato dall'art. 104 ter del regolamento di procedura della Corte di giustizia, oltre a presentare inevitabili rischi per la coerenza e l'unità della giurisprudenza (per non parlare del venir meno di garanzie procedurali fondamentali come quelle legate alla trasparenza), può inoltre compromettere la capacità operativa di questa Corte, nel caso di future (probabili) valanghe di ricorsi. Nonostante l'esistenza di tali pericoli, nulla ha trattenuto i autori di tale procedimento*». In effetti la Commissione stessa, nel parere SEC(2007) 1540 del 20 novembre 2007, sulla domanda di modifica dello statuto della Corte di giustizia presentata dalla Corte ai sensi dell'articolo 245 comma 2 TCE e diretta a permettere l'introduzione, in determinati settori, di un procedimento pregiudiziale d'urgenza, ha previsto il progressivo incremento del ricorso a questo strumento.

in misura prudente e rigorosa, onde evitare che la dilatazione della sua portata pregiudichi sotto il profilo qualitativo l'operato del Collegio. Un aumento sensibile delle domande pregiudiziali, inoltre, potrebbe incidere sulla durata delle procedure, in contrasto con la loro stessa *ratio* e con aggravio organizzativo capace di riflettersi sull'attività complessiva della Corte<sup>148</sup>.

Con la riforma dei Trattati il ruolo della Corte di Giustizia nella cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale è stato quindi rafforzato notevolmente. In primis, si sottolinea che è stata estesa la sua competenza giurisdizionale a tutte le materie contenute nel Titolo V. Ulteriori sono tuttavia i fattori che incidono sull'operato della Corte ed il conseguente contributo che essa può assicurare al processo di integrazione nel settore in esame. Anzitutto si segnala il riconoscimento del valore giuridico pari ai Trattati della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, *ex art. 6 TUE*, norma che altresì preannuncia l'adesione dell'Unione alla CEDU. I principi del *ne bis in idem*, del principio di legalità, del diritto ad un giusto processo e del principio della proporzionalità delle pene rispetto al fatto commesso sono oggi punti di riferimento in direzione dei quali vanno orientate l'attività legislativa e la produzione giurisprudenziale. La Carta, ancorché codifichi prassi già in voga nell'ambito della giurisprudenza della Corte<sup>149</sup>, presenta una veste vincolante che rende ancor più incisiva la tutela dei diritti, tra i quali quelli sopra menzionati, dalla stessa contemplati.

Si pensi al principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 54 della Convenzione sull'Applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS)<sup>150</sup> ed ora anche previsto all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>151</sup>. La corte ha da sempre apprezzato la portata del principio in esame, facendo leva sulla fiducia tra gli Stati membri nel rispetto del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> La trattazione delle procedure d'urgenza - sia sotto il profilo dell'ammissibilità delle richieste che del merito - viene affidata a una sezione della Corte, individuata di anno in anno. Ciò permette di approntare le soluzioni organizzative per giungere a decisione in tempi molto ristretti.

<sup>149</sup> Al riguardo, si richiama l'efficace formula espressiva di Jacqu , che ritiene la Carta finalizzata a «rendre visible l'invisible». Cfr. JACQU , *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2010, p. 124. Ci  trova espressamente conferma anche nel Preambolo della Carta e nella Dichiarazione n. 1 sulla Carta dei diritti fondamentali, allegata al Trattato. V. la sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *RACC.*, p. I-5769, punto 38: «Se   pur vero che la carta non costituisce uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l'importanza [...]».

<sup>150</sup> Ai sensi dell'art. 54 CAAS «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non pu  essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa pi  essere eseguita».

<sup>151</sup> L'art. 50 recita: «Nessuno pu  essere perseguito o condannato per un reato per il quale   gi  stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». v. altres  l'art. 4 del Protocollo 7 CEDU «No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that States».

<sup>152</sup> L  F, *54 CISA and the principles of ne bis in idem*, in *EUROPEAN JOURNAL OF CRIME, CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE*, 2007, p. 316.



Si segnala, per esigenze di completezza, come solo la CAAS subordini l'operatività del *ne bis in idem* all'ipotesi in cui la condanna definitiva sia stata realmente eseguita, e non anche la Carta dei diritti fondamentali: chiarezza dovrà essere fatta.

Inoltre, sempre nella stessa direzione, la Convenzione fa uso della nozione di "fatto", mentre la Carta riporta il più specifico termine "reato". La Corte di Giustizia è intervenuta, nel caso *Van Esbroek*<sup>153</sup>, nel quale è stata eletta una concezione naturalistica del requisito, indipendentemente dunque dalla qualificazione giuridica delle vicende occorse. Nel caso d'esempio, il signor van Esbroek risultava imputato sia dinnanzi ad una autorità giudiziaria belga che dinnanzi ad una autorità giudiziaria norvegese, per uno stesso fatto ma qualificato giuridicamente in modo diverso e opposto: l'una corte considerando presente una esportazione di sostanze stupefacenti, l'altra una importazione<sup>154</sup>. Se la Corte avesse optato nell'identificare il criterio dell'*idem factum* con l'offesa, il divieto di duplice giudizio non avrebbe operato. Il Collegio ha inoltre fatto proprie le argomentazioni dell'avvocato generale, che riconduceva il divieto di doppio giudizio agli schemi ed alle finalità dell'ordinamento europeo, precisando come l'apprezzamento del criterio dell'*idem factum* imponga la piena consapevolezza del limitato grado di armonizzazione fra ordinamenti nazionali ad oggi conseguito dall'Unione europea<sup>155</sup>.

La Corte ha poi ribadito e rafforzato questo approccio nella pronuncia *Krajienbrink*, precisando peraltro che l'identità del fatto non impone la completa parificazione naturalistica delle vicende ed estendendo così tale principio anche a reati accessori o secondari rispetto a quelli già giudicati<sup>156</sup>. Il Collegio, sul punto, ha specificato che la possibilità di rilevare un collegamento inscindibile nel tempo, nello spazio e per oggetto tra i fatti - valutazione che spetta in ogni caso al giudice nazionale - è idonea a superare la non perfetta identità delle condotte, per abbracciare nell'effetto preclusivo del giudicato anche vicende ancillari a quelle effettivamente contestate<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> V. la sentenza 9 marzo 2006, causa C-436/04, *van Esbroek*, in *RACC.* p. I-2333.

<sup>154</sup> La Corte ha sottolineato come la CAAS, anche dal punto di vista letterale, si differenziasse rispetto al testo dell'art. 14, n. 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

<sup>155</sup> V. altresì la sentenza 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, in *RACC.* p. I-9327. In dottrina, RAFARACI, *Procedural safeguards and the principle of ne bis in idem in the European Union*, in BASSIOUNI, MILITELLO, SATZGER, *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008, p. 387.

<sup>156</sup> Cfr. la sentenza 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Krajienbrink*, in *RACC.* p. I-6619. Nel caso di specie, in effetti, la cittadina olandese in questione era stata sottoposta a duplice procedimento - nei Paesi Bassi ed in Belgio - per reati tributari. Alcune violazioni, di carattere ancillare in raffronto a quelle per le quali era già intercorsa sentenza di condanna e ad esse avvinte dall'unicità del disegno criminoso, erano state scoperte solo successivamente al passaggio in giudicato della pronuncia del giudice olandese ed erano state contestate dall'autorità belga.

<sup>157</sup> La Corte è da ultimo intervenuta sul punto in esame con la recente sentenza *Mantello*, nella quale, valorizzando la prospettiva sistematica, ha posto in relazione l'*idem factum* di cui all'art. 54 CAAS con la nozione di medesimi fatti prevista all'art. 3, par. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo. Cfr. la sentenza 16 novembre 2010, *Mantello*, *cit.*

La Carta dei diritti fondamentali sembra voler discostarsi dalla impostazione della CAAS e dalla giurisprudenza che su di essa si era creata. La scelta, che pare introdurre un regime più rigoroso, è dovuta alla nuova struttura risultante dalla riforma dei Trattati ed in particolare dagli attuali artt. 82 e 83 TFUE che tendono alla inaugurazione di una nuova stagione tesa a ravvicinare le norme penali e processuali tra gli Stati membri, non soltanto dunque ribadendo la centralità del reciproco riconoscimento<sup>158</sup>.

La Carta, elevata a rango primario, ha causato un ampio dibattito in ordine al bilanciamento tra le garanzie di tutela individuali e l'esigenza di perseguire e reprimere le condotte criminose da parte delle pubbliche autorità<sup>159</sup>. A tal proposito la giurisprudenza relativa ai casi di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo, dove vari diritti (tutela della vita familiare e privata del soggetto) ed esigenze pubbliche (consegna del condannato allo Stato richiedente; fine rieducativo e risocializzante della pena) si pongono in contrasto<sup>160</sup>.

Il problema riguarda in particolare l'interpretazione dell'art. 4, par. 6, in forza del quale l'autorità giudiziaria competente può negare la consegna di colui che dimori o risieda nel territorio dello Stato destinatario della richiesta. Il Collegio di Lussemburgo ha sul punto precisato che la nozione di dimora acquista rilevanza ai fini dell'opzione facoltativa di rifiuto di consegna in presenza di ogni fattore ed elemento indicativo oggettivamente apprezzabile. Fra di essi, in particolare, rivestono una significativa potenzialità probatoria la durata, la natura, le ragioni e le condizioni della presenza sul territorio dello Stato; il complesso dei legami affettivi e familiari; gli interessi economici o i rapporti di lavoro passati e in atto<sup>161</sup>.

Al riguardo, nei casi *Kozłowski* e *Wolzenburg* la Corte ha dato priorità all'efficace e completo funzionamento del meccanismo di consegna, nella discrezione degli Stati che debbono dare

---

<sup>158</sup> KLIP, *Improving mutual trust among European Union member States in the area of police and judicial cooperation in criminal matters*, Amsterdam, 2009.

<sup>159</sup> Sotto questo profilo, ad esclusivi fini di completezza, si segnala come il settore della cooperazione penale - in ragione della sua incisività su interessi statali fondamentali - è stato annoverato dalla Corte costituzionale tedesca fra le materie che costituiscono il nucleo essenziale dell'organizzazione costituzionale, rispetto alle quali occorre dunque rispettare i principi di democrazia e di autodeterminazione dei popoli. Cfr. la sentenza del 30 giugno 2009 del secondo Senato del Bundesverfassungsgericht, n. 2/08.

<sup>160</sup> L'esigenza di indicazioni ermeneutiche uniformi da parte della Corte è stata acuita dalle scelte effettuate da alcuni Stati membri, *in primis* l'Italia, nel recepire la decisione quadro: essi infatti hanno valorizzato nella massima estensione - se non in concreto infranto - il margine di discrezionalità loro accordato, prevedendo una serie significativa di cause di rifiuto o optando per formule normative di largo respiro, a beneficio dello spettro applicativo di queste clausole, ma a discapito dell'applicazione del mandato d'arresto europeo. Cfr. la decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, in GU L 190, 1,

<sup>161</sup> V. la sentenza 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, in RACC. p. I-6041, punto 46.

esecuzione al mandato d'arresto europeo, a discapito delle aspettative individuali all'accrescimento delle chances di risocializzazione<sup>162</sup>.

La Corte sembra esser stata influenzata dalla precedente giurisprudenza in tema di mercato interno e più in particolare dalle decisioni giurisprudenziali introno alla direttiva 2004/38 in tema di libera circolazione delle persone<sup>163</sup>. In effetti, il Collegio ha applicato alla materia penale l'*iter* logico-argomentativo tipico dei propri precedenti sul punto, con particolare riferimento per i requisiti di dimora o residenza destinati ad assicurare l'accesso a regimi normativi più favorevoli esclusivamente in favore di coloro che evidenzino un apprezzabile grado di integrazione nel tessuto sociale ospitante<sup>164</sup>. LA Corte, così comportandosi, subisce aspre critiche poiché mette sullo stesso piano posizioni giuridiche alquanto differenti e disomogenee. Tra gli argomenti in contrasto alla giurisprudenza di Lussemburgo si evidenzia quella dell'avvocato generale Bot, «... che l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza privative della libertà interrompa il meno possibile i legami del detenuto con la propria famiglia, nonché con il proprio ambiente sociale e professionale».

In tempi più recenti la Corte è sembrata avvicinarsi comunque alle esigenze di tutela della vita privata e familiare dell'individuo, così come può desumersi dall'orientamento tenuto nel caso Lopes, in occasione del quale è stato sottolineato che l'art. 4 comma 6 della decisione quadro sul mandato d'arresto, pur consentendo agli Stati di prevedere una disciplina restrittiva

---

<sup>162</sup> Cfr. La sentenza 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, in *RACC.* p. I-9621. La Corte ha ritenuto che la fissazione di un termine di cinque anni di presenza ininterrotta nello Stato ospitante quale presupposto per invocare l'ipotesi di non esecuzione di cui all'art. 4, comma 6 della decisione quadro rappresenti un esercizio corretto e proporzionato della potestà decisionale del legislatore statale, indipendentemente dalle eventuali circostanze di fatto capaci di comprovare i radicati legami di cui il soggetto goda nonostante il mancato rispetto di tale requisito. HERLIN-KARNELL, *The EAW and the principles of non-discrimination and EU citizenship*, in *Modern Law Review*, 2010, p. 460.

<sup>163</sup> La statuizione della Corte sul requisito di residenza si inserisce peraltro in un contesto alquanto frammentato di pronunce riconducibili a filoni giurisprudenziali connessi al problema della cittadinanza e della permanenza dell'individuo sul territorio nazionale. Il riferimento è anzitutto alle cause riunite *Ibrahim e Teixeira*, nelle quale le ricorrenti, cittadine extracomunitarie separate dal marito, miravano a conseguire a livello nazionale un contributo assistenziale e il diritto di risiedere nello Stato ospitante in forza del regolamento 68/1612, in quanto genitori ai quali erano stati affidati i rispettivi figli minorenni. La Corte ha infatti accordato il diritto di soggiorno, in ragione della necessità di assicurare sostentamento al minore e di consentirgli di completare il percorso di studi avviato. V. la sentenza 24 febbraio 2010, cause riunite C-310/08 e 480/08, *Ibrahim e Teixeira*, in *RACC.* p. I-1107. Merita altresì menzione la sentenza *Tsakouridis*, nella quale il giudice dell'Unione ha riconosciuto che motivi imperativi di ordine pubblico possono giustificare l'allontanamento del cittadino dal territorio dello Stato ospitante anche dopo dieci anni che questi vi risieda. In particolare, il provvedimento può essere emesso solo sulla base di una approfondita valutazione della situazione personale del soggetto coinvolto, che deve essere opportunamente bilanciata con l'eccezionale gravità del *vulnus* arrecato all'ordine pubblico di cui all'art. 28, comma 3, della direttiva 2004/38. V. la sentenza 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, in *RACC.* np. I-7403. Per approfondimenti v. HERLIN-KARNELL, *EU criminal law relocated*, in *UPPSALA FACULTY OF LAW WORKING PAPER*, n. 2011/6, p. 12.

<sup>164</sup> In questo senso, l'*iter* argomentativo della Corte presenta un accentuato parallelismo con le motivazioni della sentenza *Förster*, riguardante la subordinazione dell'erogazione di un contributo di mantenimento per studenti al parametro della residenza sul territorio nazionale per un lasso di tempo non inferiore a cinque anni. Anche in quella sede la condizione apposta dallo Stato membro è stata ritenuta proporzionata allo scopo di «garantire che il richiedente un sussidio agli studi in questione sia integrato nello Stato membro ospitante». Cfr. la sentenza 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*, in *RACC.* p. I-8507.

in ordine alle cause di rifiuto, non sono legittimati ad escludere in maniera assoluta e automatica l'applicazione di tale istituto ai cittadini di altri Stati membri che ivi dimorino o risiedano, indipendentemente dal loro grado di integrazione sociale e dalla situazione individuale<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> Cfr. la sentenza 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes*, non anc. pubbl. in *RACC*.

## CAPITOLO IV

### La cooperazione penale fra centralità del legislatore e *judicially driven integration*

Quanto visto sopra illustra come a seguito dell'eliminazione della struttura a pilastri operata dalla riforma dei Trattati, la Corte di Giustizia abbia ampliato la sua competenza giurisdizionale potendo oggi incidere, con le uniche limitazioni derivanti dalle norme transitorie e dagli *opting-out* di alcuni Stati membri (Irlanda, Regno Unito e Danimarca), nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale, precedentemente limitato nella sua sfera di competenza. È dunque opportuno soffermarsi sull'incisività del ruolo svolto dalla Corte di Giustizia nel settore penale, al fine di sviluppare una sempre più efficiente ed efficace cooperazione tra gli Stati nel settore.

Prima del Trattato di Lisbona la Corte aveva giocato un ruolo straordinario nel fissare, tramite le sue decisioni giurisdizionali spesso frutto di interpretazioni estensive o addirittura teleologiche, principi fondamentali del mercato unico e del pilastro comunitario nel suo complesso. Nell'ambito del settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale oggi, la Corte ha la possibilità di svolgere un ruolo analogo.

Se fino all'introduzione del Trattato di Lisbona la Corte, viste le sue competenze ristrette nel settore, non poteva andar oltre sforzi ermeneutici per tentare di "comunitarizzare" la materia penale, dal 2009 la Corte, come in realtà aveva già cominciato a fare con la sentenza *Pupino*, può pretendere un ruolo da protagonista nel processo di integrazione nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria penale.

In realtà, il novellato regime primario, da un lato, conserva una posizione di centralità a favore del legislatore<sup>166</sup>. A norma degli artt. 82 e 83 TFUE numerose sono le competenze affidate al Parlamento e al Consiglio che, peraltro, possono contare sul principio del reciproco riconoscimento delle sentenze fra gli Stati membri. Il principio del reciproco riconoscimento è stato infatti codificato formalmente nel Trattato, sollecitando il proliferarsi di atti di diritto derivato che, in linea con quanto previsto dall'art. 82 TFUE, sono lo strumento prioritario per accrescere la cooperazione fra gli Stati al fine di un avvicinamento degli ordinamenti penali

---

<sup>166</sup> Questa considerazione sorge dalla natura stessa degli obiettivi che la cooperazione giudiziaria e di polizia si prospetta. L'approfondimento della cooperazione sotto il profilo del diritto penale sostanziale e della definizione norme minime comuni agli Stati membri sulla definizione di talune fattispecie è materia rigorosamente presidiata dal principio di legalità e dalla conseguente necessità di trovare conforto in una previsione normativa, peraltro di stretta e rigorosa interpretazione.

sostanziali e procedurali<sup>167</sup>. L'espressa codificazione del principio e la portata dell'art. 82, fanno presumere molti in dottrina che un ruolo primario sia stato affidato al parlamento e allo strumento normativo, piuttosto che giurisdizionale, il compito di procedere all'integrazione nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale<sup>168</sup>. Proprio su questo aspetto si è consumata, dunque, una netta divaricazione tra gli sforzi della Corte nell'affermare il reciproco riconoscimento e la fiducia tra gli Stati membri e le concrete remore degli Stati stessi, discrasia ben esemplificata dalle vicende connesse all'adozione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo<sup>169</sup>.

In ogni caso tuttavia sarebbe sciocco fare a meno di un organo di elevatissima professionalità ed equilibrio, tanto più che la stessa Corte ha dimostrato di essere fondamentale nel processo di integrazione relativo alle materie dell'ex primo pilastro. È auspicabile quantomeno una “*strong judicially driven integration*”, proprio per non vanificare gli sforzi e l'alta competenza della Corte di Lussemburgo<sup>170</sup>.

Nondimeno, si torna a evidenziare che il Trattato di Lisbona ha esteso la competenza giurisdizionale della Corte all'ex terzo pilastro: la Corte riveste anzitutto un ruolo decisivo nel meccanismo di verifica dell'adempimento agli obblighi contratti dagli Stati, richiamando gli Stati agli obblighi contratti ed al loro rispetto, attraverso la procedura di infrazione, che, anche grazie all'accresciuta produzione normativa, potrà concorrere ad assicurare la piena applicazione ed effettività del diritto dell'Unione<sup>171</sup>.

Peraltro, il fatto stesso che il legislatore europeo sia incentivato nella produzione di numerose norme di diritto derivato, richiede la presenza di un organo giudiziario europeo attento nel sindacare la validità di atti, eventualmente, in possibile conflitto di competenza con gli Stati membri.

---

<sup>167</sup> Il Trattato, in effetti, si limita a precisare che la cooperazione in materia penale trova fondamento sul principio del reciproco riconoscimento, rimandando tuttavia a più puntuale normativa secondaria per definirne le specificità. In dottrina viene da questo punto di vista sottolineata un'inversione di prospettiva: nella cooperazione in materia penale, a differenza che nell'ambito del mercato unico, non sarebbero i limiti al reciproco riconoscimento a dover trovare giustificazione e specificazione, bensì il principio stesso, stante l'impossibilità di configurare in via generale un obbligo di reciproco riconoscimento che scaturisca direttamente dalle norme del Trattato. Cfr. MOSTL, *Preconditions and limits of mutual recognition*, in *COMMON MARKET LAW REVIEW*, 2010, p. 405.

<sup>168</sup> Cfr. LENAERTS, *The contribution of the Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *INTERNATIONAL COMPARATIVE LAW QUARTERLY*, 2009, p. 59; HINAREJOS, *Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice*, in *EUROPEAN LAW REVIEW*, 2011, p. 420.

<sup>169</sup> Su questa problematica v. KOMAREK, *European constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the contrapunctual principles limits*, in *COMMON MARKET LAW REVIEW*, 2007, p. 9; MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *COMMON MARKET LAW REVIEW*, 2007, p. 1277.

<sup>170</sup> Cfr. HINAREJOS, *Integration in criminal matters*, *cit.*, p. 425.

<sup>171</sup> Uno strumento tanto più rilevante se si considera che, negli anni, la Commissione ha a più riprese evidenziato i ritardi e le lacune degli Stati membri nel recepimento delle decisioni quadro adottate nell'ambito della cooperazione in materia penale, senza tuttavia beneficiare di rimedi idonei ad assicurare un'inversione di tendenza.

In secondo luogo, un aspetto di rilievo è rappresentato dall'applicazione nel settore penale dei criteri interpretativi avvalorati in via generale dalla Corte, al fine di garantire l'effetto utile delle disposizioni del Trattato e la massima portata operativa della normativa di rango secondario. A questo riguardo, in effetti, occorre ricordare come la Corte si sia già distinta in più occasioni per approdi ermeneutici di segno estensivo, destinati ad ampliare nella misura massima gli istituti ed i principi del diritto penale e processuale penale sovranazionale. Casi emblematici, in questo senso, sono rappresentati dalla menzionata giurisprudenza sui presupposti per l'operatività del divieto di doppio giudizio e sui motivi di rifiuto facoltativo di consegna del condannato destinatario di un mandato d'arresto europeo, che pure presentano nodi critici ancora da risolvere.

Lo stesso approccio può inoltre essere riscontrato nell'interpretazione delle norme di diritto derivato volte al ravvicinamento degli ordinamenti penali degli Stati membri, soprattutto nell'ipotesi in cui dette disposizioni presidiassero diritti processuali fondamentali. Basti pensare alla giurisprudenza sulla decisione quadro sulla tutela delle vittime nel processo penale, che manifesta con evidenza le ambizioni ed i limiti del ruolo della Corte nella cooperazione penale. Il Giudice dell'Unione ha suggerito infatti una visione estensiva della nozione di vittima e delle prerogative a questa connesse, ma, a conferma della perdurante centralità del formante legislativo, ha dovuto alzare bandiera bianca dinnanzi al dato positivo, evidenziando come lo stadio del processo di integrazione raggiunto dagli Stati membri imponga limiti oggi non valicabili all'evoluzione del diritto sovranazionale in materia penale<sup>172</sup>.

In ogni caso, la vocazione razionalizzatrice dell'attività interpretativa della Corte, se non direttamente foriera di un approfondimento del processo di integrazione, non può che avere un'incidenza indiretta sull'effettivo conseguimento degli obiettivi che questo si pone. La precisazione del significato del dato normativo realizza infatti un importante contributo al consolidamento della fiducia reciproca fra gli Stati ed alla coerente ed uniforme applicazione del diritto dell'Unione.

Ancora, ed infine, è possibile ipotizzare che la Corte giochi un sempre più crescente ruolo nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale grazie alla tutela dei diritti fondamentali e al controllo del rispetto dei principi generali dell'ordinamento europeo, compiti storicamente svolti dal Giudice d'Europa. A sostegno della ipotesi appena proposta si citano i casi *Pupino*, *Advocaten voor de Wereld*, *Gözütok e Brüggge* dove la Corte ha fatto leva sul

---

<sup>172</sup> Fra le altre, sentenza 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Sánchez*, non anc. in *RACC*.

richiamo al rispetto dei diritti fondamentali. Tuttavia le stesse sentenze mettono in luce il piano effettivo su cui opera la Corte: nonostante il coinvolgimento di diritti inalienabili dei singoli, il Giudice europeo non è sembrato in grado di imporsi quale protagonista assoluto nel processo di integrazione nel settore della cooperazione in ambito penale. La Corte, piuttosto, è il meccanismo che ne verifica il corretto funzionamento e, all'occasione, ne sostituisce, ammoderna o rende più efficaci le componenti, con le proprie soluzioni interpretative.

Si può in sintesi sostenere che, con tutta certezza, la Corte ha un ruolo centrale nel controllo sul processo di integrazione nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale, soprattutto imponendo il rispetto dei diritti fondamentali, ma i limiti che derivano dal ruolo e dagli interventi del legislatore europeo impediscono alla stessa Corte di giocare un ruolo esclusivo<sup>173</sup>. Sembra dunque non trovare applicazione quel contributo definito di “*majoritarian activism*” che ha reso protagonista indiscussa la Corte nel processo di integrazione nell'ambito del mercato unico; si è parlato in dottrina, semmai, di “*counter-majoritarian activism*”, consistente proprio nel ruolo di controllo ed indiretta propulsione, piuttosto che di un ruolo attivo e propositivo, attribuito alla Corte dalla nuova disciplina dei Trattati.

---

<sup>173</sup> La prioritaria attenzione per il ruolo di controllo della Corte può altresì trovare giustificazione nell'imminente prospettiva dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, con la conseguente necessità di assicurare fattivamente un grado di tutela dei diritti fondamentali nel settore in esame almeno pari a quello garantito dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo.



## Gli organi della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale

Il Trattato di Lisbona, al fine di rendere concreto lo sforzo di integrazione nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ha rafforzato, ampliandone le competenze, organismi già esistenti, soltanto in rari casi creandone di nuovi.

### 1. *Europol*

L'*Europol*, Ufficio europeo di Polizia, è stato istituito da una convenzione conclusa tra gli Stati membri sulla base dell'art. K. 3 del Trattato dell'Unione Europea, firmata a Cannes il 25 luglio 1995 ed entrata in vigore il 1° ottobre 1998. Più volte modificata la convenzione ha subito parziali riforme tramite sia emendamenti<sup>174</sup> che l'adozione di Protocolli *ad hoc*<sup>175</sup>. Una riforma sistematica ed organica al funzionamento e alle competenze dell'agenzia è stata introdotta a seguito del Trattato di Lisbona. Anche la decisione 2009/371/GAI del 6 aprile 2009 che sostituisce la Convenzione *Europol* e abroga tutte le sue misure di attuazione, va oggi presa in considerazione in combinato col Trattato di Lisbona. Secondo quanto previsto dall'art. 88 del TFUE *Europol* ha il compito di sostenere e potenziare l'azione delle autorità di polizia e degli altri servizi incaricati dell'applicazione della legge degli Stati membri e la reciproca collaborazione nella prevenzione e lotta contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri, il terrorismo e le forme di criminalità che ledono un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione.

La struttura ed i compiti di *Europol* sono fissati da regolamenti elaborati in seno al Parlamento europeo e al Consiglio. Tra i compiti, i principali sono la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle informazioni trasmesse, in particolare dalle autorità degli Stati membri o di paesi o organismi terzi ma anche il coordinamento, l'organizzazione e lo svolgimento di indagini e di azioni operative, condotte congiuntamente con le autorità competenti degli Stati membri o nel quadro di squadre investigative comuni, eventualmente coordinate con *Eurojust*.

Le stesse istituzioni europee hanno il compito di controllare l'attiva dell'Agenzia, a norma degli stessi regolamenti che essi stessi adottano. Inoltre, in ogni caso di attività operativa alla quale partecipi *Europol*, l'intesa con le autorità di polizia e giudiziarie penali è necessaria, poiché

---

<sup>174</sup> Atto del Consiglio del 30 novembre 2000.

<sup>175</sup> Del 28 novembre 2002, sempre per atto del Consiglio.

L'applicazione di qualsiasi misura coercitiva è eventualmente ed in ogni caso riservata alle autorità nazionali coinvolte. È evidente l'orientamento degli Stati membri che, nel concordare sulla stesura dell'art. 88 TFUE, non hanno voluto sbilanciarsi nell'attribuire rilevanti compiti operativi ad *Europol*, limitandosi, in linea con la decisione GAI del 6 aprile 2009, a confermare i tradizionali compiti di scambio e condivisione di informazioni e supporto alle attività d'indagine.

Anzitutto la natura stessa di *Europol* era ampiamente discussa. Parte della dottrina negava la natura di Agenzia ad *Europol* poiché riteneva che il controllo della Commissione fosse troppo labile e che prevalesse il carattere intergovernativo rispetto a quello comunitario, a differenza di quanto accade per le altre Agenzie che sono organismi strumentali all'attività della Commissione. In realtà, l'*Europol* deve essere considerato una vera e propria Agenzia, vediamo i motivi. Così come le altre Agenzie, l'art. 42 della decisione stabilisce che *Europol* è finanziato dal bilancio generale dell'Unione, a differenza di quanto avveniva in precedenza, in un contesto tipicamente intergovernativo, quando erano gli Stati a finanziare le attività di *Europol*. Il finanziamento è soggetto ad un accordo del Parlamento europeo e del Consiglio in linea con quanto stabilito nell'accordo inter-istituzionale del 17 maggio 2006 tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sulla disciplina di bilancio e la sana gestione finanziaria.

Inoltre, il par. 8 dell'art. 37 della decisione, stabilisce che *Europol* prende le sue decisioni a maggioranza qualificata e non all'unanimità, discostandosi dunque dal modello, l'ultimo, tipico dei meccanismi intergovernativi. Inoltre, un rappresentante della Commissione entra a far parte del Consiglio di amministrazione di *Europol*, accanto ad un rappresentante di ciascuno Stato membro, sempre ai sensi dell'art. 37, a conferma della volontà di inserire l'Ufficio all'interno dei rapporti tra le varie istituzioni della struttura dell'Unione. Anche il sistema dei privilegi e delle immunità, di cui all'art. 51 della decisione che sono garantite ai direttori, ai vicedirettori e al personale *Europol*, in conformità a quanto stabilito dal Protocollo sui privilegi e le immunità delle Comunità europee per i funzionari della Comunità, costituisce un elemento difficilmente compatibile e giustificabile con un eventuale assetto intergovernativo dell'Ufficio.

Tanto più che, sempre l'art. 51 al par. 2, riconosce alla stessa *Europol* l'applicazione del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee. Ancora, a seguito della riforma dei Trattati, il controllo del Parlamento europeo sull'attività di *Europol*, è stato notevolmente rafforzato. Il finanziamento stesso, per essere inserito nel bilancio generale dell'Unione, deve essere approvato dal Parlamento, in virtù dei nuovi poteri ad esso assegnati

dopo Lisbona nella procedura di approvazione del bilancio in ordine oramai a qualsiasi tipo di spesa. Ovviamente, il controllo esercitato dai parlamenti nazionali è quello descritto in precedenza.

Le attività di controllo vengono così democraticizzate, essendo ampliate le competenze dell'assemblea legislativa; in ogni caso la Commissione gioca la sua parte di verificatrice con la partecipazione al Consiglio di amministrazione con un suo membro e con i compiti ad essa assegnati in sede di approvazione del bilancio.

## 2. *Eurojust*

*Eurojust* è nato in seguito alla decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002 (2002/187) GAI<sup>176</sup>, al fine di rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità. Ha sede all'Aja ed è composto da ventotto membri nazionali che, per ciascuno Stato membro, devono essere scelti tra magistrati del pubblico ministero, giudici e funzionari di polizia con pari prerogative distaccati secondo quanto previsto dall'ordinamento nazionale di appartenenza. L'art. 85 TFUE stabilisce che l'Agenzia ha il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni, sulla scorta delle operazioni effettuate e delle informazioni fornite dalle autorità degli Stati membri e da *Europol*. Dall'avvio di indagini penali, la proposta di avvio di azioni penali esercitate dalle autorità nazionali competenti<sup>177</sup> e il loro coordinamento, fino al potenziamento della cooperazione giudiziaria, anche attraverso la composizione dei conflitti di competenza e tramite una stretta cooperazione con la Rete giudiziaria europea. Questi aspetti saranno dettagliatamente disciplinati con regolamenti<sup>178</sup>, adottati dal Parlamento europeo e dal Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria, che avranno cura di determinare la struttura, il funzionamento, la sfera d'azione e i compiti dell'Agenzia. La decisione del 28 febbraio 2002 (2002/187), istitutiva di *Eurojust*, già regolamentava le attribuzioni dell'unità e le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona devono essere analizzate alla luce della stessa decisione. Tra queste funzioni meritano di essere ricordate quella di promuovere e migliorare la cooperazione

---

<sup>176</sup> La decisione è stata recepita ed attuata nell'ordinamento italiano con legge n. 41 del 14 marzo 2005, che ha provveduto anche a regolare statuto e poteri del Membro Nazionale, in rappresentanza dell'Italia, che deve avere almeno vent'anni di anzianità di servizio.

<sup>177</sup> Nel contesto di tali azioni penali e fatto salvo quanto previsto, come vedremo, circa i compiti e le prerogative della futura procura europea, gli atti ufficiali di procedura giudiziaria sono eseguiti dai funzionari nazionali competenti, ai sensi del par. 2 dell'art. 85 TFUE.

<sup>178</sup> Regolamenti che fissano, inoltre, le modalità per associare il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali alla valutazione delle attività di *Eurojust*.

ed il coordinamento fra le autorità nazionali competenti in ciascuno Stato membro nell'ambito delle indagini sulla criminalità organizzata transfrontaliera, in particolare agevolando la prestazione dell'assistenza giudiziaria internazionale e l'esecuzione dei mandati d'arresto europei, l'assistenza alle autorità nazionali nella cooperazione tra Stati membri e la Commissione per reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, la cooperazione con le autorità nazionali nella lotta alla criminalità organizzata transfrontaliera e al terrorismo internazionale e più in generale il compito di assistere le autorità competenti al fine di aumentare l'efficacia delle indagini e dei procedimenti penali. Viste le prerogative di *Eurojust*, il principio di leale collaborazione *ex art. 4 TUE*, risulta di straordinaria rilevanza nella cooperazione tra la stessa unità e gli Stati membri.

### 3. *La Procura europea*

L'art. 86 TFUE attribuisce al Consiglio la facoltà di istituire una Procura europea, con delibera adottata all'unanimità e previa approvazione del Parlamento Europeo. Per l'adozione del regolamento istitutivo della Procura è tuttavia ammesso il ricorso alla cooperazione rafforzata, in mancanza di unanimità e con l'accordo di almeno nove Stati<sup>179</sup>. I compiti che dovrebbero essere attribuiti alla Procura europea sono principalmente quelli di combattere i reati che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione, ma è consentita un'estensione delle sue attribuzioni, sino a ricomprendervi la lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale. In questo caso però occorre una decisione del Consiglio europeo adottata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione.

Nel riprendere così la proposta di creare un Pubblico Ministero europeo, a suo tempo presentata nel libro verde della Commissione del dicembre del 2000, l'art. 86 TFUE specifica che la Procura europea sarà competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ricadono nella sue attribuzioni, esercitando l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri dell'UE. Il testo non contempla espressamente la necessità che vi sia una preventiva *richiesta* di rinvio a giudizio che, come anche accade nell'ordinamento italiano, permetterebbe un controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero europeo. Si potrebbe procedere direttamente al rinvio a giudizio senza

---

<sup>179</sup> Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (Bruxelles, 29.4.2010, COM 171 (2010) def/2 ) presentata al fine di "Creare uno spazio di libertà sicurezza e giustizia per i cittadini europei" nell'ambito del Piano di attuazione del programma di Stoccolma, la Commissione si impegna a proporre l'istituzione della Procura europea (p. 5).

“passare” per l’udienza preliminare. Tale soluzione, se venisse adottata, susciterebbe molte critiche a sostegno delle garanzie dell’imputato. In ogni caso tali riserve e le difformità che si verrebbero così a creare rispetto agli *standards* di garanzia previste nel nostro processo penale, potrebbero ben essere superati in fase di adozione dei regolamenti che definiscono lo statuto della futura procura europea. L’art. 86 TFUE al paragrafo 3 infatti prevede che tramite i regolamenti dovranno essere definiti, oltre che le condizioni di esercizio delle funzioni della procura, anche le “regole procedurali applicabili alle sue attività e all’ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell’esercizio delle sue funzioni”.

#### 4. Il Comitato Permanente per la Sicurezza Interna (COSI)

L’art. 71 TFUE istituisce in seno al Consiglio il Comitato Permanente per la Sicurezza Interna (COSI) che ha lo scopo di assicurare, all’interno dell’Unione, la promozione e il rafforzamento della cooperazione operativa in materia di sicurezza interna.

Tra i settori interessati che il COSI dovrebbe coordinare vi sono, tra gli altri, la cooperazione di polizia e doganale, la protezione delle frontiere esterne e la cooperazione giudiziaria in materia penale per quanto concerne la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna. La riunione del 25 e 26 febbraio 2010 del Consiglio Giustizia e Affari interni ha dato attuazione all’art. 71 del TFUE, prevedendo la presentazione periodica di una relazione sulle proprie attività svolte al Consiglio, il quale dovrà, per parte sua, informare di tali contenuti il Parlamento europeo ed i parlamenti nazionali. I rapporti con gli altri organi e strumenti della cooperazione sono garantiti grazie alla facoltà del COSI di invitare rappresentanti di *Eurojust*, di *Europol*, di *Frontex* e di ogni altro organismo interessato per poter assistere alle proprie riunioni.

Con tale modalità di partecipazione si vuole assicurare una sostanziale coerenza delle azioni intraprese dagli organismi richiamati, al fine di agevolare il raggiungimento degli obiettivi dello specifico settore in uno spirito, come si è detto, di leale cooperazione tra i diversi soggetti che ne sono protagonisti.

Inoltre, il COSI è chiamato ad assistere, insieme al comitato politico e di sicurezza (CPS), il Consiglio quando agisce in sede di attivazione della “clausola di solidarietà”<sup>180</sup>. La “clausola di solidarietà” prevede che l’UE “mobiliti tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a disposizione dagli Stati membri” per prestare assistenza ad uno Stato membro che sia

---

<sup>180</sup> Art. 222 TFUE.

oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. In questa ipotesi sia il CPS che il COSI possono sostenere le azioni e le decisioni del Consiglio, anche fornendo dei pareri congiunti. I rapporti con il Comitato dei rappresentanti permanenti, che riunisce gli ambasciatori degli Stati membri dell'UE (COREPER), possono essere più difficili. Il COSI non è chiamato a partecipare all'elaborazione degli atti legislativi, e quindi il COREPER rimane il solo responsabile della preparazione degli atti legislativi con l'aiuto dei diversi gruppi di lavoro del Consiglio.

La necessità di coordinamento con il COSI sussiste anche in relazione al Comitato *ex* articolo 36 (CATS) e al Comitato strategico sull'immigrazione, le frontiere e l'asilo (CSIFA) al fine di scongiurare sovrapposizioni di competenze ed attività. Il 1° gennaio 2012, il COREPER ha effettuato una nuova valutazione dei lavori del CATS e dello CSIFA tenendo conto della complessiva efficacia e coerenza delle strutture di lavoro del Consiglio. In attesa del "riordino" del settore entrambi i comitati dovranno focalizzare i propri lavori e i propri ambiti di discussione su quelle questioni strategiche in merito alle quali il COSI non sarebbe in grado di fornire un proprio contributo, non potendole affrontare nelle proprie riunioni.

Inoltre, essi potranno partecipare, ove ritenuto opportuno, al *drafting* legislativo sebbene il COREPER rimanga l'unico responsabile della preparazione degli atti legislativi.

Esistono altri due organi con funzioni di preparazione dei lavori del Consiglio nell'*ex* settore GAI che si affiancano ora, dopo Lisbona, agli organi citati in precedenza: il Gruppo "Terrorismo", con un campo d'azione generale, in grado di affrontare tutti gli aspetti trasversali del, e il Gruppo GAI-RELEX, versione permanente del precedente Gruppo di sostegno *ad hoc* GAI-RELEX. L'applicazione orizzontale del principio fondamentale di leale collaborazione (art. 4 TUE), ancora una volta, assume valenza fondamentale.

## CAPITOLO VI

### **La sentenza della Corte di Giustizia (Quarta Sezione) del 5 giugno 2014 (causa C-398/12: domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Fermo- *Procedimento penale a carico di M.*)**

La proposta della sentenza della Corte di Giustizia (Quarta Sezione) del 5 giugno 2014 (causa C-398/12, *Procedimento penale a carico di M.*), scelta tra numerose altre interessanti per il fatto di essere molto recente, dimostra il tentativo della Corte di interpretare le norme dei Trattati guardando agli interessi dei cittadini, i quali, secondo gli stessi orientamenti della Corte di Giustizia, devono poter fare affidamento in un sistema giurisdizionale unitario ed uniforme, nel quale le sentenze emesse in uno Stato siano fermamente rispettate negli altri e dove la collaborazione e la fiducia reciproca tra gli Stati siano a fondamento di uno spazio giudiziario comune.

La sentenza della Corte di Giustizia riferita alla causa C-398/12, del 5 giugno 2014 riguarda la decisione su una domanda pregiudiziale, in relazione all'interpretazione dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS), che positivizza il principio del *ne bis in idem*, codificato anche dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'analisi della pronuncia della Corte evidenzia il modo di operare della stessa in un contesto difficile quale quello della integrazione nelle materie di cooperazione di polizia e giudiziaria in ambito penale, *ex terzo pilastro*, dove, come già ampiamente illustrato, varie istituzioni europee (Parlamento e Consiglio *in primis*) e nazionali limitano il ruolo da protagonista della Corte di Giustizia.

L'oggetto del rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale italiano di Fermo consiste in un procedimento penale avviato nei confronti di M. per violenza sessuale su minore, medesimo fatto per il quale lo stesso M. era imputato in un altro procedimento penale in Belgio.

Nel 2004 M., cittadino italiano, subisce un procedimento penale in Belgio, luogo di residenza, per attentato al pudore nei confronti di una minorenni, a seguito della denuncia della nuora ma il processo si chiude con una sentenza di non luogo a procedere per insufficienza di prove emessa dal Tribunale di Mons (Belgio) e confermata dal giudice d'appello e dalla Corte di Cassazione.

Per il medesimo fatto, a seguito di denuncia presentata anche agli organi di polizia italiani, viene chiesto il rinvio a giudizio nei confronti di M. dinanzi al Tribunale di Fermo e costui, a sua difesa, invoca il principio del *ne bis in idem* ex art. 54 della CAAS.

Il pubblico ministero, ben consapevole dell'*iter* procedimentale belga, ritiene non violato suddetto principio, in mancanza di una sentenza di merito con valore di giudicato, idonea a precludere un nuovo giudizio sui medesimi fatti, stante una mera decisione di non luogo a procedere.

Così il Tribunale di Fermo ha proposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia con la seguente domanda: «*Se una sentenza definitiva di non luogo a procedere che sia stata emessa [dal giudice di] un paese dell'Unione europea che aderisce alla CAAS all'esito di un'ampia istruttoria svolta in sede di indagini nell'ambito di un procedimento che potrebbe essere riattivato in presenza di nuove prove, abbia efficacia preclusiva all'apertura o alla celebrazione di un processo per i medesimi fatti e nei confronti della stessa persona in un altro Stato contraente*».

L'art. 54 della CAAS adottata il 19 giugno 1990, ed inserita nell'Unione Europea ad opera del Trattato di Amsterdam in vigore dal 1° maggio 1999<sup>181</sup> prevede che “*una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o che sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente, o, secondo la legge della Parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita*”. L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali statuisce: “*Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*”<sup>182</sup>. Prima di tutto il rango delle fonti è quello di diritto derivato nel caso della CAAS e di diritto primario nel caso della Carta dei diritti fondamentali; l'art. 54, inoltre, richiede che la pena sia stata eseguita o quantomeno non possa più esserlo, a differenza dell'art. 50 della Carta che non ne fa menzione; ed, infine, il successivo art. 55 della CAAS prevede la possibilità di deroghe, il che è escluso in ambito UE.

In entrambi i casi, condizioni essenziali sono l'identità dei fatti, l'unità del contravventore e l'unità dell'interesse giuridico tutelato<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Protocollo n. 2 allegato, dal Trattato di Amsterdam, al Trattato sull'Unione europea e al Trattato istitutivo della Comunità europea, che ha disposto l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro istituzionale dell'Unione.

<sup>182</sup> L. LUPÁRIA, *La risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione e il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 243 ss.

<sup>183</sup> Tribunale, sentenza del 16 giugno 2011, causa T-235/07, *Bavaria NV c. Commissione*, in *RACCOLTA*, II-3229, par. 186; sentenza del 14 luglio 2011, causa T-189/06, *Arkema France SA c. Commissione*, in *RACCOLTA*, II-5455, par. 127; Corte di giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S e a. c. Commissione*, in *RACCOLTA*, I-123, par. 338.



In relazione all'identità del fatto, la Corte di giustizia ne ha più volte affermato la sussistenza in presenza di un insieme di fatti materiali inscindibilmente collegati tra loro<sup>184</sup> nel tempo, nello spazio e per oggetto, a prescindere dalla qualificazione giuridica, dall'interesse tutelato e dai soggetti coinvolti. Tale asserzione fa leva sulla nozione di "fatto" inteso in senso naturalistico<sup>185</sup>, piuttosto che giuridico ed implica, di conseguenza, che eventuali qualificazioni giuridiche divergenti delle medesime fattispecie, in due diversi Stati contraenti, non ostano all'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

Si discute inoltre se l'oggetto contemplato dal principio in esame siano esclusivamente provvedimenti di natura penale o anche altri tipi di decisioni, in particolare quelle amministrative.

Con riferimento alla cumulabilità di una sanzione penale ed una amministrativa ad esempio la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo si sono espresse in modo differente proprio in relazione al doppio binario sanzionatorio (*double-track system*). La prima, nel caso *Åklagaren* sostiene, infatti, che il *ne bis in idem* non osti alla cumulabilità di una sanzione penale effettiva, proporzionata e dissuasiva e di una sanzione amministrativa<sup>186</sup> mentre la seconda ritiene che l'inflizione di una sanzione amministrativa definitiva possa precludere l'avvio di un procedimento penale nei confronti della medesima persona ed in relazione alle stesse vicende

---

<sup>184</sup> Tra le tante sentenze, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Jean Leon Van Straaten c. Staat der Nederlanden e Repubblica italiana*, in *RACCOLTA*, I-9327, par. 51, nella quale si è stabilito che i fatti punibili consistenti nell'esportazione e nell'importazione degli stessi stupefacenti devono in via di principio essere considerati come "i medesimi fatti"; sentenza del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, in *RACCOLTA*, I-2333, par. 51. *Ivi*, le condotte di esportazione ed importazione degli stessi stupefacenti in Stati diversi sono considerate dalla Corte alla stregua di stessi fatti, anche se la valutazione finale viene affidata al giudice procedente; sentenza del 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, in *RACCOLTA*, I-6441, par. 35, in cui la Corte ritiene che fatti consistenti nel prendere possesso di tabacco estero di contrabbando in uno Stato contraente e nell'importazione e detenzione dello stesso tabacco in un altro Stato contraente, costituiscono comportamenti che possono rientrare nella nozione di medesimi fatti ai sensi dell'art. 54; sentenza del 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, in *RACCOLTA*, I-6619, par. 36.

<sup>185</sup> Circa il principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento italiano, ex art. 649 c.p.p., anche la Corte di Cassazione ha optato per una soluzione ermeneutica incentrata sul criterio dell'*"idem factum"*, intendendo per tale, il fatto in senso naturalistico e non già il fatto-reato in senso giuridico (V. *ex multis*, Cassazione penale, sez. II, sentenza del 21 marzo 2013, n. 18376; Cassazione penale, sez. VI, sentenza del 18 febbraio 2011, n. 7192; . Cassazione, sez. V, sentenza del 1° luglio 2010, n. 28548; Cassazione, sez. IV, sentenza del 20 febbraio 2006, n. 15578; Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 28 giugno 2005, n. 34655).

<sup>186</sup> Vedi, al riguardo, Corte giustizia (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, disponibile anche sul sito dell'Osservatorio sullo Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia - Università degli Studi di Salerno: <http://www.slsq.unisa.it/osservatorio/dir.persone>, par. 34: "A tale riguardo, occorre anzitutto rilevare che l'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali. Infatti, per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili (v., in tal senso, sentenze del 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia*, 68/88, RACC. pag. 2965, punto 24; del 7 dicembre 2000, *de Andrade*, causa C-213/99, RACC. pag. I-11083, punto 19, e del 16 ottobre 2003, *Hannl-Hofstetter*, causa C-91/02, RACC. pag. I-12077, par. 17). Esse possono, quindi, essere inflitte sotto forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due. Solo qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona". Cfr., N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *RIV. DIR. INT.*, 2013, fasc. 3, p. 883 ss.

quando risulti particolarmente afflittiva, tale da essere equiparabile ad una sanzione penale, come ribadito nella sentenza *Stevens*<sup>187</sup>.

Sul piano soggettivo il principio vieta di sanzionare “lo stesso soggetto” più di una volta per il medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico<sup>188</sup>.

È interessante notare come il principio del *ne bis in idem* non risulti dunque violato se autori del medesimo fatto siano persone fisiche o giuridiche differenti<sup>189</sup>.

Condizione essenziale perché il principio possa trovare applicazione è che la sentenza, secondo le norme interne dello Stato che la emette, possa essere considerata sostanzialmente definitiva.

Dunque rientrano nella sfera di applicabilità del principio anche provvedimenti non formalmente definitivi quali le procedure di estinzione dell'azione penale per intervenuta “transazione”, ad esempio a seguito di patteggiamento o comunque di un accordo con la pubblica accusa in forza del quale il pubblico ministero di uno Stato membro, senza l'intervento di un giudice, chiude un procedimento penale dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi, come il versamento di una somma di denaro stabilita dal P.M. stesso<sup>190</sup>. Si guarda cioè alla sostanza del provvedimento che deve consistere in un giudizio definitivo in merito alla

---

<sup>187</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Franzo Grande Stevens c. Italia*, ove la Corte, pronunciandosi sull'impugnazione contro la sanzione amministrativa inflitta dalla CONSOB ed il procedimento penale cui i ricorrenti sono soggetti, a seguito delle accuse mosse per la manipolazione del mercato nel contesto di un'operazione finanziaria che coinvolgeva la FIAT, ritiene violato l'art. 4 del Protocollo n. 7. Ciò in quanto la sanzione inflitta, pur essendo qualificata come amministrativa sul piano interno è di una severità tale da essere equiparabile a quella penale. G.M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte Edu condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *CASS. PEN.*, 2014, fasc. 9, p. 3039 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 giugno 2014; A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 marzo 2014; V. VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 giugno 2014. Tale sentenza, avendo la Corte rigettato la richiesta di rinvio alla Grande Camera formulata dal governo italiano, è divenuta definitiva ai sensi dell'art. 43 CEDU. Al riguardo, Corte europea dei diritti dell'uomo, comunicato stampa n. 203 (2014) dell'8 luglio 2014, con commento di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 luglio 2014. Così, anche, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, ricorso 7356/10 ove la Corte EDU ha condannato la Svezia per violazione del divieto di *ne bis in idem* di cui all'art. 4 prot. n. 7 della Convenzione in relazione al doppio binario penale-amministrativo previsto dal legislatore svedese in materia tributaria (v. commento di M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 dicembre 2014); Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*, ricorso n. 11828/11, che condanna lo Stato finlandese per violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione in relazione al doppio binario sanzionatorio (penale-amministrativo) presente nella legislazione tributaria finlandese.

<sup>188</sup> Tribunale, sentenza del 5 ottobre 2011, causa T-39/06, *Transcatlab SpA c. Commissione*, in *RACCOLTA*, II-6831, par. 254; Tribunale I grado, sentenza del 13 dicembre 2006, cause riunite T-217/03 e T-245/03, *FNCBV e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, II-4987, par. 340; Corte di giustizia, *Aalborg Portland e a., cit.*, par. 338.

<sup>189</sup> Corte di giustizia, sentenza del 18 dicembre 2008, cause riunite C-101/07 P e C-110/07 P, *Coop de France bétail et viande, già Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) e al. c. Commissione delle Comunità europee*, in *RACCOLTA*, I-10193.

<sup>190</sup> Corte di giustizia, sentenza dell'11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, in *RACCOLTA*, I-1345, par. 30. In base ad una procedura di estinzione dell'azione penale, “l'interessato deve essere considerato giudicato con una sentenza definitiva ai sensi dell'art. 54 C.A.A.S”.

condotta dell'imputato, ancorché non formalmente definitivo. Ciò che conta è che siffatta decisione colpisca il comportamento illecito contestato, con la conseguenza che l'imputato sia considerato come giudicato con "sentenza definitiva". Una valutazione nel merito, come confermato nel caso *Miraglia*<sup>191</sup>, è dunque decisiva.

Il principio non opera nel caso di annullamento per vizi di forma della pronuncia, poiché i fatti in tal caso non vengono esaminati nel merito; o qualora venga disposta la mera sospensione del procedimento che non ne comporti l'estinzione (caso *Turansky*)<sup>192</sup>; o ancora nel caso di una pronuncia solo formale dell'autorità giudiziaria che dichiari chiuso un procedimento dopo la decisione del P.M. di non proseguire l'azione penale per contestuale procedimento per lo stesso fatto in diverso Stato<sup>193</sup>. Il principio invece opera nel caso di una sentenza di condanna a pena condizionalmente sospesa<sup>194</sup>; oppure di una pronuncia di assoluzione per intervenuta prescrizione, purché sussista, ovviamente, l'accertamento dei fatti<sup>195</sup>; o, come nel caso di specie, a fronte di una sentenza di assoluzione per insufficienza di prove, come asserisce la Corte nel noto caso *Van Straaten*<sup>196</sup>.

Addirittura la Corte, come nella sentenza *Bourquain*<sup>197</sup>, stabilisce l'applicabilità del divieto di doppio giudizio anche nel caso di sentenze di condanna pronunciate in contumacia (dove la pena non sia mai stata eseguita per assenza del condannato nonostante l'obbligo, in base al diritto nazionale, di celebrare un nuovo processo se la persona venga successivamente arrestata).

---

<sup>191</sup> Corte di giustizia, sentenza del 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, in *RACCOLTA*, I-2009, par. 35; Corte di giustizia, *Gözütok e Brügge*, cit., par. 29.

<sup>192</sup> Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Vladimir Turansky*, in *RACCOLTA*, I-11039, par. 45. I criteri elaborati nel caso *Turansky* sono stati richiamati, altresì, dalla Corte con riferimento al mandato d'arresto europeo nella sentenza del 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, par. 45-47, ove si afferma che l'art. 3, par. 2, della decisione quadro 2002/584//GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri elenca il *ne bis in idem* tra i casi di non esecuzione obbligatoria di un mandato d'arresto europeo. Nella sentenza *Mantello*, la Corte (Grande Sezione) ha ritenuto (al par. 40) che "[a]lla luce dell'obbiettivo comune degli artt. 54 della CAAS e 3, n. 2, della decisione quadro (...) si deve riconoscere che l'interpretazione di tale nozione fornita nell'ambito della CAAS si applica parimenti nel contesto della decisione quadro".

<sup>193</sup> Corte di giustizia, *Miraglia*, 10 marzo 2015, causa C-469/03.

<sup>194</sup> Corte di giustizia, *Kretzinger*, 17 luglio 2007, causa C-288/05.

<sup>195</sup> Corte di giustizia, *Gasparini*, 28 settembre 2006, causa C-467/04.

<sup>196</sup> Corte di giustizia, *Van Straaten*, 28 settembre 2006, causa C-150/05.

<sup>197</sup> Corte di giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2008, *Bourquain*, causa C-297/07, in *RACCOLTA*, I-9425, par. 45: "[...] la sentenza di condanna pronunciata in contumacia deve ritenersi "definitiva" agli effetti dell'applicazione dell'art. 54 della Convenzione». Cfr., inoltre, nota di E. SELVAGGI, *Osservazioni a Corte Giustizia CE, sez. II, 11 dicembre 2008 n. 297*, in *CASS. PEN.*, 2009, n. 3, p. 1283 ss. Circa la questione relativa alla definitività o meno della sentenza contumaciale in ordinamenti nei quali è prevista una forma di purgazione della stessa (comunque un "rifacimento" del processo nel caso il condannato si presenti o sia rintracciato), la Corte afferma, richiamando la *ratio* sottesa alla previsione dell'art. 54 di Schengen che, in uno spazio comune, intende assicurare il fondamentale diritto alla libera circolazione, che una sentenza contumaciale, quale quella rilevante nel caso di specie, deve essere considerata come definitiva. Secondo la Corte, la garanzia alla libera circolazione nel territorio europeo è un diritto che verrebbe svilito o leso ove la definitività di una decisione penale venisse fatta dipendere dalle particolarità dei vari ordinamenti giuridici.

L'orientamento della Corte risulta dunque sostanzialista poiché va ad analizzare il merito delle decisioni ed espansivo nei riguardi delle garanzie dei soggetti passivi, imputati o condannati in uno Stato membro.

Tornando al caso in esame, la Corte di giustizia, chiamata a fornire un'esatta interpretazione dell'art. 54 della CAAS, passa in rassegna talune delle sentenze sopra esaminate, per vagliare l'applicabilità o meno, al caso di specie, del principio del *ne bis in idem*.

I principi affermati nei precedenti casi *Miraglia* e *Van Straaten* sono richiamati quando la sentenza, al par. 30, stabilisce che una decisione di non luogo a procedere pronunciata a seguito di istruttoria, nel corso della quale sono stati raccolti ed esaminati diversi mezzi di prova, sottende una valutazione nel merito, in quanto contiene una statuizione definitiva sul carattere insufficiente delle prove ed esclude qualsiasi possibilità che la causa venga riaperta sulla base del medesimo complesso di indizi.

In secondo luogo, richiamando il caso *Turansky*, ai parr. 31 e 32 asserisce che una persona intanto può essere considerata “*giudicata con sentenza definitiva*” ex art. 54 della CAAS, in quanto l'azione penale debba considerarsi definitivamente estinta, producendo l'effetto di costituire un ostacolo procedurale all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per i medesimi fatti, a carico della stessa, in un altro Paese membro. Ebbene, nella fattispecie in esame, risulta che la decisione di non luogo a procedere sia passata in giudicato e, pertanto, deve considerarsi estinta e, dunque, tale da ostare all'avvio di un secondo giudizio.

Oltretutto, la Corte, rievocando il citato caso *Bourquain*, reso in merito ad una sentenza pronunciata in contumacia, puntualizza che la sola circostanza che la procedura penale comporti, ai sensi del diritto nazionale, la riapertura del processo, non esclude, di per sé, il carattere definitivo della sentenza ex art. 54 della CAAS.

In particolare, al par. 35, la Corte precisa che, poiché il diritto a non essere perseguiti o condannati due volte per il medesimo reato è sancito anche dal sopracitato art. 50 della Carta, l'art. 54 della CAAS deve essere interpretato alla luce di quest'ultimo. Ciò detto, ne discende che la valutazione del carattere “definitivo” della decisione penale in oggetto deve essere effettuata in base alla disciplina dello Stato membro da cui questa promana; che il principio del *ne bis in idem* ex art. 50 si fonda, altresì, sull'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU, il quale non impedisce la possibilità di riaprire il processo “*se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni*” sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta; che, quindi, tale principio in ambito UE ha portata e significato identici a quello corrispondente nel sistema CEDU; pertanto, va ritenuta applicabile,

altresì, la sentenza della Corte europea *Zolotonukhine*, la quale statuisce che l'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU “*assume rilevanza quando è avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione di assoluzione o di condanna è già passata in giudicato.*”

La Corte di Giustizia al par. 40 dichiara che la possibilità di riaprire l'istruttoria per sopravvenienza di nuovi elementi a carico, come prevista agli artt. 246-248 del Codice di procedura penale belga, non può pregiudicare il carattere definitivo della decisione di non luogo a procedere di cui al procedimento principale<sup>198</sup>. Essa implica semmai l'avvio eccezionale, e in base ad elementi probatori differenti, di un procedimento distinto, piuttosto che la mera continuazione del procedimento già concluso. Inoltre il Collegio precisa che vista la necessità di valutare l'effettiva novità delle nuove risultanze probatorie, un nuovo procedimento basato su tale possibilità, contro la stessa persona e per i medesimi fatti, può essere avviato unicamente nello Stato contraente sul cui territorio tale decisione è stata emessa.

In definitiva, la Corte, in sede di rinvio pregiudiziale, alla stregua di siffatte argomentazioni ed, altresì, delle conclusioni dell'Avvocato generale, interpreta l'art. 54 nel senso che “*una decisione di non luogo a procedere che osta, nello Stato contraente in cui tale decisione è stata emessa, a un nuovo procedimento penale per i medesimi fatti contro la stessa persona che ha beneficiato di detta decisione, salvo sopravvenienza di nuovi elementi a carico di quest'ultima, deve essere considerata una decisione che reca una sentenza definitiva, ai sensi di tale articolo, e che preclude pertanto un nuovo procedimento contro la stessa persona per i medesimi fatti in un altro Stato contraente*”.

La Corte, con la sentenza in questione, definisce la portata del principio del *ne bis in idem*, in particolare con riguardo alle decisioni di non luogo a procedere passate in giudicato e all'eventuale sopravvenienza di nuovi elementi di prova.

La definizione del principio, applicabile oggi a tutti gli Stati membri, risulta di straordinaria importanza nell'ottica di incrementare il coordinamento e la fiducia nel settore giudiziario penale tra gli Stati. Esaurita, infatti, l'azione penale in un Paese UE, le altrui giurisdizioni devono astenersi da un nuovo esame, qualunque sia il tenore della sentenza, di condanna o di

---

<sup>198</sup> V., in Italia, Tribunale Tivoli, sentenza del 13 novembre 2011: la sentenza di non luogo a procedere non più suscettibile di impugnazione rientra, in virtù del grado di stabilità che tendenzialmente la caratterizza, tra le “sentenze definitive” cui si connette un effetto preclusivo della instaurazione di un nuovo giudizio per il medesimo fatto, in applicazione del principio generale del *ne bis in idem* e secondo quanto previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dall'art. 50 della cd. Carta di Nizza e dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985. Ne deriva che, nel caso di processo instaurato nei confronti di imputato già prosciolto per il medesimo fatto con sentenza resa *ex art.* 425 c.p.p. dal giudice dell'udienza preliminare di altra sede giudiziaria, in cui l'anomalia derivante dalla duplicazione dell'azione penale non è eliminabile attraverso il conflitto di competenza *ex art.* 28 c.p.p., dovrà emettersi sentenza di non doversi procedere per violazione del divieto di *bis in idem*.

assoluzione<sup>199</sup>. All'interno di uno spazio giudiziario che la Corte cerca di rendere sempre più comune<sup>200</sup>, fondato sulla libera circolazione e il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie<sup>201</sup>, le sentenze definitive dei diversi Stati sono equiparate, così che le garanzie ed i diritti fondamentali dei cittadini europei possano trovare una effettiva tutela transnazionale<sup>202</sup>. Secondo la Corte, il principio del *ne bis in idem* implica, dunque, che ciascuno degli Stati contraenti accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Paesi membri, anche qualora il ricorso al diritto nazionale dovesse condurre a soluzioni diverse, senza esigere, dunque, che il reato riceva analogo o identico trattamento sanzionatorio nell'ordinamento nazionale ed in quello straniero, in assenza di armonizzazione.

Sulla base di tali valutazioni, la Corte nel caso di specie precisa, dunque, che una decisione di non luogo a procedere, passata in giudicato all'interno di un Paese Ue impedisce l'avvio di un procedimento penale in un altro Stato membro, anche qualora i tribunali di quest'ultimo raggiungano una diversa conclusione sulla base, essenzialmente, degli stessi elementi di prova, a patto però che la pronuncia resa abbia carattere definitivo secondo le regole proprie e consti di un accertamento di merito. Nell'eventualità, invece, di sopravvenienza di elementi probatori, solo lo Stato che si è pronunciato per primo potrebbe aprire nuovamente l'istruttoria.

Nel caso in esame, la pronuncia di non luogo a procedere per insufficienza di prove emessa in Belgio rispecchia i requisiti enunciati dalla Corte di giustizia, pertanto, i giudici italiani non possono avviare un procedimento penale nei confronti della stessa persona e per i medesimi fatti, essendo la stessa considerata "definitiva".

---

<sup>199</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale, D. RUIZ-JARABO COLOMER, presentate l'8 giugno 2006, in causa C-150/05, *Van Straaten c. Staat der Nederlanden e Repubblica italiana*, par. 52: "Il punto cruciale è l'esercizio dello ius puniendi, tramite una valutazione di tutti gli elementi concorrenti, mentre la portata del verdetto non è rilevante".

<sup>200</sup> Cassazione penale, sez. VI, sentenza del 18 giugno 2008, n. 34793. L'applicazione del divieto di "bis in idem", sancito dall'art. 54 e ss. della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, ratificata con L. 30 settembre 1993 n. 388, non richiede il pregresso riconoscimento nello Stato della sentenza straniera.

<sup>201</sup> Art. 82 del TFUE: "La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni". Ciò è stato confermato dalle disposizioni programmatiche contenute nel punto 2.3 del Programma del reciproco riconoscimento del 29 novembre 2000 e nel punto 3.3 del Programma dell'Aja del 4-5 novembre 2004, relativo al rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea. Si segnala, inoltre, la Comunicazione n. 495 del 26 luglio 2000 della Commissione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale.

<sup>202</sup> Vedi Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 su un approccio dell'UE in materia di diritto penale (2010/2310 (INI)). Con tale atto, il Parlamento riconosce l'importanza dei principi generali che regolano il diritto penale tra i quali: il principio del *ne bis in idem*, ovvero il divieto di perseguire o punire nuovamente in un altro Stato membro nell'ambito di un processo penale una persona che per quel reato e ai sensi della legge di uno Stato membro è già stata condannata o assolta.

È evidente lo sforzo del giudice europeo nel rendere l'integrazione nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale sempre più efficace, con la finalità di tutelare i diritti e le garanzie dei cittadini dell'UE. Il diritto alla libera circolazione delle persone è al centro del processo di integrazione e la sentenza *Turanský* ha evidenziato appunto l'importanza di garantire siffatta libertà, mantenendo al contempo misure appropriate per la prevenzione e il contrasto della criminalità; il che, come enunciato dall'art. 3, par. 2 TUE, costituisce lo scopo delle disposizioni del Titolo V che istituisce uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

In tal modo, la Corte, con tale pronuncia, chiarendo i termini della questione, contribuisce a salvaguardare lo scopo autentico dell'art. 54 della CAAS, volto ad evitare che chiunque eserciti il proprio diritto alla libera circolazione, perda la tutela del *ne bis in idem* di cui altrimenti godrebbe, ponendo ancora una volta la "persona" al centro del costituendo "spazio comune europeo di giustizia", fondato su una reciproca fiducia "negli Stati membri" e "tra gli Stati membri".

## CONCLUSIONE

Benché numerosi passi avanti siano stati fatti soprattutto a seguito delle modifiche ai Trattati introdotte dal Trattato di Lisbona, il processo di integrazione nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed in particolare nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, non può considerarsi esaurito.

Il nuovo ruolo di co-legislatore affidato al Parlamento anche in tali materie, l'eliminazione della struttura a pilastri e l'estensione della competenza della Corte di Giustizia sono gli strumenti attraverso i quali si sta cercando di creare uno spazio comune ed uniforme di libertà, sicurezza e giustizia, dove la fiducia reciproca tra gli Stati membri ed in particolare tra i rispettivi sistemi di polizia e giudiziari ed una sempre maggior collaborazione, possano garantire ad ogni cittadino il godimento pieno dei diritti fondamentali senza alcun limite geografico all'interno dell'Unione.

Come si è accennato peraltro, la cooperazione condotta nel quadro del Titolo V implica anche un ravvicinamento delle norme di diritto penale degli Stati membri e l'attuazione di meccanismi di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale. Le misure volte a tal fine, ad esclusione della cooperazione amministrativa, sono adottate oggi dal Consiglio e dal Parlamento europeo secondo la procedura legislativa ordinaria.

Come ampiamente sostenuto nel corso della trattazione tuttavia, viste le remore con le quali talvolta gli Stati hanno recepito e dato esecuzione agli obblighi derivanti da norme di principio dell'UE, sembra augurabile che la Corte di Giustizia, organo giurisdizionale di assoluta e comprovata professionalità, giochi un ruolo non dissimile a quello rivestito già in relazione all'applicazione ed interpretazione della disciplina comunitaria relativa all'*ex primo* pilastro.

La circoscrizione e la definizione puntuale delle leggi scritte nei Trattati, ampliandone o restringendone la portata a seconda dei casi, sembra la via che i giudici europei debbano percorrere per imporre quella strong "*judicially driven integration*" che è stata esaminata al capitolo IV e che possa tracciare il sentiero da percorrere agli organi legislativi (il Parlamento su tutti).

L'esame dei ruoli di volta in volta assunti dalla Corte di Giustizia e le modalità di interpretazione delle leggi dei Trattati, spesso estensive, che la stessa ha usato ha messo in luce come l'obiettivo finale del giudice di Lussemburgo sia sempre stato quello di assicurare il rispetto dei principi fondamentali a tutela dei cittadini: l'analisi del principio del *ne bis in idem*



dimostra proprio gli sforzi della Corte per tutelare le garanzie processuali dei cittadini europei in qualunque Stato membro.

Grazie all'elevazione della Carta dei diritti fondamentali, alla eliminazione della struttura a pilastri e al rafforzamento dei compiti della Corte di Giustizia, oggi la tutela dei diritti fondamentali è al centro dell'interesse delle istituzioni e delle norme europee che costituiscono il parametro di legalità entro il quale giudicare l'operato delle istituzioni nazionali.

La proposta della sentenza della Corte di Giustizia (Quarta Sezione) del 5 giugno 2014 (causa C-398/12, *Procedimento penale a carico di M.*), scelta tra numerose altre semplicemente per il fatto di essere molto recente, dimostra appunto il tentativo della Corte di interpretare le norme dei Trattati guardando agli interessi dei cittadini, i quali, secondo gli stessi orientamenti della Corte di Giustizia, devono poter fare affidamento in un sistema giurisdizionale unitario ed uniforme, nel quale le sentenze emesse in uno Stato siano fermamente rispettate negli altri e dove la collaborazione e la fiducia reciproca tra gli Stati siano a fondamento di uno spazio giudiziario comune.

## Bibliografia

- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino 2010;
- ADAM R., *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1994;
- ADINOLFI A., *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010;
- ARNULL A., *Private applicants and the action for annulment since «Codorniu»*, in *Common Market Law Review*, 2001;
- AZOULAI L., *Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 2008;
- BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1/2008;
- BARTOLONI M.A., *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009;
- BAZZOCCHI V., *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006;
- BILANCIA F.-D'AMICO G., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 225;
- BORGERS V., *Implementing framework decisions*, in *Common Market Law Review*, 2007;
- CAGGIANO G., *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008; dello stesso autore *Il programma di Stoccolma dello Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia (2010-2014)*, in *Sud in Europa*, 2009/5 (on line);
- CANNIZZARO E. – BARTOLONI M.A., *La costituzionalizzazione del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007;
- CARTA M., *Deficit democratico e tutela dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della U.E.*, in *Questioni costituzionali del Governo europeo*, a cura di G. GUZZETTA, Padova, 2003;
- CASOLARI F., *La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007;

- CURTI GIALDINO C., *Prime riflessioni sul Trattato di Lisbona*, in M.C. BARUFFI, (a cura di) *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova 2008;
- CURTI GIALDINO C., *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1998 SPENCER, *States of injustice: a guide to human rights and civil liberties in the European Union*, Londra, 1995;
- CONDINANZI M., *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle Convenzioni concluse dagli Stati membri ai sensi dell'articolo K3., lett. c) del Trattato sull'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996;
- CONDINANZI M – MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009;
- CRAIG P., *The road to the 1996 Intergovernmental Conference. The contribution of the European Court of Justice and the Court of First Instance*, in *Public Law*, 1996;
- DANIELE L., *Commentaire de l'article 35 UE*, in TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004;
- DAVIES G., *Segi and the future of judicial rights protection in the Third Pillar of the EU*, in *European Public Law* 2009;
- DE BIOLLEY V. – WEYEMBERGH L., *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Bruxelles, 2006;
- DE BIOLLEY V. – WEYEMBERGH L., *Comment évaluer, op. cit.*, p. 78.
- DE HERT P. – RIEHLE C.– PAPAKONSTANTINO R., *Data protection in the Third Pillar: cautious pessimism*, in MARTIN, *Rights and the EU: the future of police and judicial cooperation*, Londra, 2008;
- DE HERT P. – RIEHLE C. – PAPAKONSTANTINO R., *Data protection in the Third Pillar: cautious pessimism*, in MARTIN, *Rights and the EU: the future of police and judicial cooperation*, Londra, 2008;
- DE PASQUALE P., *Il terzo pilastro dell'unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009;
- DRAETTA U., *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2007;
- EECKHOUT F., *The European Court of Justice and the "Area of Freedom, Security and Justice": challenges and problems*, in O'KEEFE, *Judicial review in European Union law. Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Londra, 2000;

- FENNELLY N., *Preserving the legal coherence within the new treaty: the ECJ after the treaty of Amsterdam*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998;
- FONTANA G., *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010;
- FONTANA G., *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010;
- FORSTER M., *Britain and the negotiation of the Maastricht Treaty: a critique of liberal intergovernmentalism*, in *Journal of Common Market Studies*, 1998;
- GARBAGNATI K., *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007;
- GUILD E., BALDACCINI A., *Terrorism and the foreigner: a decade of tension around the rule of law in Europe*, Leiden, 2007;
- HERLIN-KARNELL E., *The EAW and the principles of non-discrimination and EU citizenship*, in *Modern Law Review*, 2010;
- HERLIN-KARNELL E., *EU criminal law relocated*, in *Uppsala Faculty of Law Working Paper n. 2011/6*;
- HONORATI C., *Il nuovo procedimento pregiudiziale d'urgenza per i rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*;
- KLIP A., *Improving mutual trust among European Union member States in the area of police and judicial cooperation in criminal matters*, Amsterdam, 2009;
- INGHELDRAM J., *Judicial review of investigative acts of the European Anti-Fraud Office (OLAF): a search for a balance*, in *Common Market Law Review*, 2012;
- JACQUÉ Z., *Droit institutionnel de l'Unione européenne*, Parigi, 2010;
- LABAYLE H., *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, in MANIN, *La révision du Traité sur l'Union européenne. Perspectives et réalités*, Rapport del Groupe français d'études pour la Conférence intergouvernementale, Parigi 1996;
- LADEMBURGER C. – VERWILGHEN M., *Policies relating to the Area of Freedom, Security and Justice*, in AMATO, BRIBOSIA – DE WITTE, *Genèse et destinée de la Constitution européenne – Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruxelles, 2007;
- LANGRISH S., *The Treaty of Amsterdam: selected highlights*, in *European Law Review*;
- LAZZERINI N., *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010;

- LÖÖF R., *54 CISA and the principles of ne bis in idem*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007;
- MARCHEGIANI L., *L'obbligo di interpretazione con orme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006;
- MASTROIANNI R., *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008;
- NASCIMBENE B., LANG A., *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?* in *Il Corriere giuridico*, 1/ 2008;
- PEEK N., *International police cooperation within justified political and judicial frameworks: five theses on TREVI*, in MONAR, *The Third Pillar of the European Union: cooperation in the fields of Justice and Home Affairs*, Bruxelles, 1994;
- PEERS V., *Who's judging the watchmen? The judicial system on the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1998;
- PEERS V., *Salvation outside the church? Judicial protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi judgments*, in *Common Market Law Review*, 2007;
- PEERS V., *Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2008;
- PISTOIA V., *La questione del carattere self-executing delle norme in materia di diritto penale adottate nel quadro del terzo pilastro*, in PICCHIO – PALMISANO, *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004;
- POPOV A., *What's wrong with OLAF? Accountability, due process and criminal justice in European anti-fraud policy*, in *Common Market Law Review*, 2010;
- PORCHIA O., *Principi dell'ordinamento europeo, La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008
- RAFARACI T., *Procedural safeguards and the principle of ne bis in idem in the European Union*, in BASSIOUNI – MILITELLO – SATZGER, *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Padova, 2008;
- ROSSETTO V., *Le contrôle judiciaire dans la Convention de Schengen et dans le troisième pilier*, in DEN BOER, *The implementation of Schengen: first the widening, now the deepening*, Maastricht, 1997
- ROSSI L.S., *Verso una parziale "comunitarizzazione" del terzo pilastro*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1997;
- ROSSOLINI R., *La competenza del giudice comunitario per l'annullamento degli atti delle agenzie europee*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2009;

- ROTTOLA A., *La Corte di giustizia è competente ma, ... non lo è*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001;
- RUIZ-JARABO D., *La réorm de la Cour de justice opérée par le traité de ice et sa mise en oeuvre future*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 2001;
- SALAZAR L., *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel "terzo pilastro": prime applicazioni dell'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione europea*, in *Studi in onore di G.F. Mancini. Diritto dell'Unione europea*, Milano 1998;
- SKOURIS V., *L'urgence dans la procédure applicable aux renvoies préjudiciels*, in AA. VV., *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdor*, Bruxelles, 2007;
- SPAVENTA E., *Remembrance of principles lost. Fundamental rights, the Third Pillar and the scope of Union law*, in *Yearbook of European Law*, 2007;
- STEUNENBERG B., *Is big brother watching? Commission oversight of the national implementation of EU directives*, in *European Union Politics*, 2010;
- STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea*, Torino 2009;
- TIZZANO A., *La Costituzione europea e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2003;
- TIZZANO A., *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*;
- TIZZANO A. – GENCARELLI F., *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union Européenne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009;
- USHER J.A., *Direct and individual concern. An effective remedy or a conventional solution?*, in *European Law Review*, 2003;
- VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2004;
- VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari 2010;
- WALDHOFF H.P., *Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ*, in *Common Market Law Review*, 2009;
- WEYEMBERGH A. – RICCI G.M., *Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in BRAUM-WEYEMBERGH, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009;
- ZANGHÌ C., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino 2010;
- ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.