



CENTRO STUDI SUL FEDERALISMO

ricerca scientifico
informazione e diffusione
delle conoscenze
documentazione
e didattica

***I RECENTI PASSI AVANTI
COMPIUTI DALL'UNIONE EUROPEA
NELLA DIREZIONE DI UN'ARMONIZZAZIONE
DEI SISTEMI PENALI
ASPETTI POSITIVI, PROFILI PROBLEMATICI
E PROSPETTIVE DI RIFORMA***

Gloria Marchetti

Novembre 2012

Research Paper



ISSN: 2038-0623
ISBN 9788896871409

Copyright © Centro Studi sul Federalismo 2012

Tutti i diritti sono riservati. Parti di questa pubblicazione possono essere citate nei termini previsti dalla legge che tutela il diritto d'autore e con l'indicazione della fonte.

All rights reserved. Quotations from documents in this site can be made according to copyright law, providing information on the source.

ABSTRACT

Nella ricerca, dopo aver messo in luce la necessità di potenziare un processo di armonizzazione dei sistemi giuridici degli Stati membri – al fine di realizzare, in concreto, uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – vengono esaminate le competenze attribuite all’Unione che si muovono nella direzione di un rafforzamento del coordinamento tra autorità e di un riavvicinamento delle normative statali. In particolare, viene condotta un’analisi delle novità contenute nel TFUE in materia di armonizzazione del diritto penale – sia sostanziale che processuale – e di cooperazione nell’amministrazione della giustizia penale (“Cooperazione giudiziaria in materia penale” e “Cooperazione di polizia”). In questo contesto, viene esaminato il recente processo europeo di ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale degli Stati membri in alcuni settori, attraverso specifiche direttive volte ad armonizzare la disciplina di quei reati ritenuti particolarmente gravi, quali la tratta di esseri umani (direttiva 2011/36/UE) e la pedopornografia (direttiva 2011/92/UE). Vengono, infine, messi in luce gli effetti positivi di un maggiore coordinamento degli Stati membri e di una concreta armonizzazione normativa – finalizzati a contrastare gravi fenomeni criminali caratterizzati dalla transnazionalità – nonché gli aspetti problematici che derivano, tra l’altro, dall’esigenza di realizzare un bilanciamento fra sicurezza e protezione della privacy, nel nuovo contesto dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Gloria Marchetti è Ricercatrice di Diritto Costituzionale al Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici dell'Università degli Studi di Milano.

E-mail: gloria.marchetti@unimi.it

1. L'effettiva realizzazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia attraverso un'armonizzazione dei sistemi giuridici. – 2. Le competenze dell'Unione europea funzionali alla realizzazione dello SLSG nella nuova ottica di coordinamento e armonizzazione.- 3. In particolare: il rafforzamento della competenza penale dell'Unione dopo Lisbona. – 4. Il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale degli Stati membri attraverso le direttive. – 4.1. Le tipologie di direttive volte ad armonizzare il diritto penale. – 5. I passi avanti nel processo di armonizzazione di alcuni settori del diritto penale mediante specifiche direttive. – 5.1. La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime. – 5.2. La direttiva 2011/92/UE sulla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. – 6. Aspetti positivi e criticità del processo di armonizzazione del diritto penale. - 6.1. In particolare: la problematica questione del bilanciamento tra l'esigenza di una più stretta cooperazione in materia penale e quella di tutelare il trattamento dei dati personali. – 6.2. La garanzia della tutela del trattamento dei dati personali nell'ambito della cooperazione di giustizia e di polizia.

1. L'effettiva realizzazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia attraverso una armonizzazione dei sistemi giuridici

È noto che tra i principali obiettivi del Trattato di Lisbona vi è l'effettiva realizzazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 3 Trattato)¹. È stata pertanto confermata quella tendenza che, a partire dal Trattato di Maastricht, ha visto un superamento dell'originario approccio meramente mercantile: l'Unione, dunque, non è più solamente uno "spazio economico" ma uno "spazio" in cui alle persone deve essere effettivamente riconosciuta la possibilità di potersi muovere liberamente in condizioni di sicurezza, attraverso la creazione, appunto, di uno "spazio giuridico" armonizzato². Di conseguenza, diventa indispensabile potenziare un processo di armonizzazione delle norme, al fine di estendere determinati principi e valori a tutti gli Stati membri e di garantire ai cittadini europei la medesima possibilità di accedere

¹ A conferma che la realizzazione di un effettivo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia costituisce una delle principali priorità dell'Unione europea depongono anche il Programma di Stoccolma, approvato dal Consiglio europeo nel dicembre del 2009, il quale ha determinato gli obiettivi di questo settore per il periodo 2010-2014. È solo il caso di rammentare, per quanto qui più interessa, che il Programma di Stoccolma si focalizza sulle seguenti priorità: la promozione della cittadinanza e i diritti fondamentali (attraverso: il reale godimento delle libertà sancite dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; la tutela della sfera privata del cittadino oltre le frontiere nazionali, specie attraverso la protezione dei dati personali; il pieno esercizio dei diritti specifici dei cittadini europei e non anche al di fuori dell'Unione; il rispetto delle particolari esigenze delle persone vulnerabili); l'istituzione di meccanismi che agevolino l'accesso alla giustizia (attraverso l'eliminazione degli ostacoli al riconoscimento delle decisioni giuridiche in altri Stati membri e il miglioramento della formazione dei professionisti del settore); lo sviluppo di una strategia di sicurezza interna in grado di affrontare la criminalità organizzata e il terrorismo, rafforzando, tra l'altro la cooperazione in materia di applicazione della legge e la cooperazione giudiziaria in materia penale; la garanzia di un accesso all'Europa più efficiente (attraverso politiche di gestione integrata delle frontiere e una più adeguata politica in materia di visti); lo sviluppo di una più efficiente politica europea migratoria (politica che deve essere fondata sulla solidarietà e la responsabilità e basata sul Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo); una maggiore integrazione della dimensione esterna della politica dell'UE nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia nell'ambito delle politiche generali dell'Unione europea.

² Su questo aspetto, si veda D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (in collaborazione con N. PARISI), in U. DRAETTA, N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Milano, 2010, p. 5 ss.

alla giustizia. Ciò significa non solo creare una base giuridica comune, ovviamente sulla scorta delle tradizioni giuridiche e culturali dei singoli Stati, ma anche rafforzare il “senso di identità” dei cittadini europei, il quale non può certo esaurirsi in un “senso di mera appartenenza”. In questo contesto, è importante che venga sviluppato e rafforzato quello che può essere definito un “comune senso di giustizia”, il quale implica una sostanziale parità di trattamento dei cittadini dell’Unione³.

In questa prospettiva, con l’approvazione del Trattato di Lisbona si compie un passo decisivo nella direzione di un’effettiva realizzazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (di seguito SLSG).

In primo luogo, essendo stata abolita la divisione dei settori in pilastri, è ora possibile adottare, anche in questo settore, decisioni caratterizzate da una maggiore democraticità, trasparenza ed efficacia. Il processo decisionale in questo settore, infatti, è basato sulla procedura di “codecisione” tra Consiglio e Parlamento europeo ed è finalizzato anche all’adozione di strumenti normativi vincolanti. Si vuole qui soltanto porre l’attenzione sul fatto che l’estensione della procedura legislativa ordinaria (iniziativa legislativa della Commissione, procedura di codecisione tra Consiglio e Parlamento europeo e maggioranza qualificata in Consiglio), nell’ambito dello SLSG, alla maggior parte delle decisioni, contribuirà a renderne più facile la realizzazione. È solo il caso di ricordare, in proposito, che in passato non è stato agevole perseguire l’obiettivo di fare dell’Unione uno SLSG, in quanto tale obiettivo era ripartito, dal Trattato di Amsterdam del 1999, tra primo pilastro (costituito dalle preesistenti tre Comunità) e terzo (cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale)⁴. Mentre nel settore della cooperazione in materia di giustizia e affari interni – introdotta come finalità dell’Unione europea dal Trattato di Maastricht, che la collocava all’interno del terzo pilastro – sono stati compiuti significativi passi avanti nella direzione di una maggiore integrazione, grazie soprattutto al passaggio - previsto dal Trattato di Amsterdam - dal terzo al primo pilastro di importanti materie (quali quelle relative ai visti, all’asilo, all’immigrazione e alla cooperazione giudiziaria in materia civile), nei settori relativi alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale il processo di cooperazione ha incontrato

³ Si cfr., in proposito, G. GRASSO, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 375; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it.

⁴ Sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, a partire dal Trattato di Amsterdam, si vedano: G. CAGGIANO, *L’evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un’Unione basata sul diritto*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2007, p. 335; U. DRAETTA, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, Napoli, 2007; T. RAFARACI (a cura di), *L’area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007; R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, 2008, p. 19 ss.; L. SALAZAR, *Presente e futuro nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: dal Piano d’azione dell’Aja alla «visione» della Commissione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2009, p. 625; P. BILANCIA, *The area of Freedom, Security and Justice beyond the inter-governmental approach in the new European perspective*, in P. BILANCIA, *The dynamics of the UE integration and the impact on the National Constitutional Law. The European Union after the Lisbon Treaties*, Milano, 2012, p. 119 ss.

maggiori ostacoli⁵. Tali settori, infatti, sono rimasti a lungo nell'ambito del terzo pilastro, affidati pertanto alla cooperazione intergovernativa fra Stati, che si traduceva in atti adottati dal Consiglio all'unanimità e privi di efficacia diretta all'interno degli stessi. Per tali ragioni, la realizzazione di una effettiva cooperazione nel settore in esame è stata finora difficile da realizzare e risulta essere a tutt'oggi incompleta. Appare evidente che l'unificazione (anche se non completa) dei tre pilastri, che sono ora assoggettati ad un unico sistema decisionale - il quale, come si è visto, è più democratico e trasparente - rende più semplice perseguire un'effettiva integrazione.

In secondo luogo, l'Unione, al fine realizzare uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è stata dotata di ampi poteri. È previsto, innanzitutto, che la relativa realizzazione sia affidata alla competenza concorrente tra Unione europea e Stati membri⁶. Ciò significa che, in virtù del principio di sussidiarietà sancito all'art. 5.3 TUE, l'intervento dell'Unione in tale settore è condizionato al fatto che "gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri (...), ma possono (...) essere conseguiti meglio a livello di Unione". Ma soprattutto viene riconosciuta all'Unione la possibilità di estendere i propri poteri nell'ambito di settori cruciali⁷ quali: la politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne⁸; la cooperazione giudiziaria in materia civile⁹, la cooperazione giudiziaria in materia penale¹⁰ e la cooperazione di polizia¹¹.

2. Le competenze dell'Unione europea funzionali alla realizzazione dello SLSC nella nuova ottica di coordinamento e armonizzazione

Appare quindi opportuno soffermarsi, seppur brevemente, ad esaminare le competenze attribuite all'Unione che sono prettamente funzionali a realizzare lo SLSC e che si muovono nella

⁵ Sulla cooperazione in materia penale, sia dal punto di vista processuale che da quello sostanziale, si vedano: N. BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003; L. SALAZAR, *L'Unità di cooperazione giudiziaria «Eurojust» in seno al Trattato di Nizza*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003, p. 299; A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; B. NASCIMBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1295 ss.; M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005; S. CANESTRARI, L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?*, Milano, 2005; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005; E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Padova, 2007; G. GRASSO, R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2008; M.C. BASSIOUNI, V. MILITELLO, H. SATZGER (eds.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Padova, 2008; U. GUERINI (a cura di), *Il diritto penale dell'Unione europea*, Torino, 2008; N. PARISI, *Su taluni limiti nell'attività di ricerca e acquisizione della prova penale di reati informatici*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Vol. II, *Diritto processuale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, Piacenza, 2010.

⁶ Art. 4, par. 2, lett. j, TFUE. La realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è oggi disciplinato dal Titolo V del TFUE.

⁷ Previsti dall'art. 67 TFUE e precisati nelle disposizioni che aprono i quattro titoli che specificano le competenze.

⁸ Capo 2.

⁹ Capo 3.

¹⁰ Capo 4.

¹¹ Capo 5.

direzione di un maggiore coordinamento tra autorità e di una concreta armonizzazione normativa.

In un primo gruppo di competenze rientrano quelle strettamente legate alle garanzie dei cittadini di circolare liberamente e di esercitare le proprie attività nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali¹². È significativo, al riguardo, che legata a questa competenza vi è l'azione volta ad adottare misure in materia di cooperazione giudiziaria civile, “fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie”, inclusa “l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”¹³.

Un secondo ambito di competenze attribuite all'Unione è correlato all'esigenza di “garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti, nonché tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali”¹⁴. L'azione dell'Unione volta a assicurare un elevato livello di sicurezza ai cittadini si sviluppa attraverso l'esercizio di tre tipologie di competenze. Una prima tipologia riguarda lo sviluppo di una cooperazione fra le autorità giudiziarie penali, attraverso il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie delle autorità nazionali e l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. A tal fine, il TFUE prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare una serie di misure volte ad armonizzare il diritto penale processuale¹⁵. Una seconda tipologia di competenze attiene invece allo sviluppo di “una cooperazione di polizia che associa tutte le autorità competenti degli Stati membri, compresi i servizi di polizia, i servizi delle dogane e altri servizi incaricati dell'applicazione della legge specializzati nel settore della prevenzione o dell'individuazione dei reati e delle relative indagini”¹⁶. Una terza tipologia di competenza riguarda

¹² In questo quadro, si inseriscono le competenze dell'Unione volte ad evitare che vi siano “controlli sulle persone alle frontiere interne” (artt. 67, par. 2, e 77, par. 1, TFUE), a “(...) garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace all'attraversamento delle frontiere esterne” e a “instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne”. Vengono poi espressamente stabilite una serie di misure volte a perseguire tali obiettivi quali: “a) la politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata; b) i controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne; c) le condizioni alle quali i cittadini dei Paesi terzi possono circolare liberamente nell'Unione per un breve periodo; d) qualsiasi misura necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne; e) l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne” (art. 77, par. 2).

¹³ Art. 81, par. 1. Tali misure devono essere indirizzate a garantire “a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione; b) la notificazione e la comunicazione transnazionali degli atti giudiziari ed extragiudiziali; c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione; d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; e) un accesso effettivo alla giustizia; f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri; g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie; h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari” (art. 81, par. 2).

¹⁴ Art. 67, par. 3, TFUE.

¹⁵ Art. 82, par. 1, TFUE, sul quale si veda infra.

¹⁶ Art. 87, par. 1, TFUE. Anche in questo caso è previsto che l'Unione, attraverso la procedura decisionale ordinaria, adotti le adeguate misure, che riguardano: “a) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle pertinenti informazioni; b) un sostegno alla formazione del personale e la cooperazione relativa

l'azione dell'Unione volta a "incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità"¹⁷. Si tratta, in questo caso, di una competenza dell'Unione che si sostanzia in "azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza" e, pertanto, impedisce ad essa di procedere ad un processo di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari nazionali¹⁸.

Un terzo gruppo di competenze dell'Unione è invece connesso all'esigenza di garantire uno spazio giuridico all'interno del quale venga garantito a ciascun cittadino europeo il diritto di rivolgersi ai Tribunali e alle autorità di uno Stato membro diverso dal proprio, in condizioni non meno favorevoli rispetto a quelle assicurate ai cittadini nazionali.

3. In particolare: il rafforzamento della competenza penale dell'Unione dopo Lisbona

Il titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) contiene diverse disposizioni che assumono una significativa rilevanza sotto il profilo penalistico¹⁹. In proposito, è solo il caso di ricordare che, nel quadro previgente, l'azione dell'Unione, sia nel settore comunitario che in quello del terzo pilastro, si poteva concretizzare esclusivamente in interventi di tipo indiretto, mentre ora si potrebbe arrivare a ritenere che sia ad essa riconosciuta una competenza penale "quasi diretta"; competenza che si sostanzia nella possibilità di prevedere direttamente norme incriminatrici. Sembra infatti muoversi in questa direzione l'art. 86 TFUE, di cui si darà conto compiutamente a breve. Per altro verso, il rafforzamento della competenza dell'Unione in materia penale deriva anche dall'inclusione, attraverso la "trattatizzazione" della Carta di Nizza e della CEDU, del principio di legalità penale nei trattati²⁰. Su un piano generale, merita sottolineare che l'estensione a tutte le materie afferenti allo SLSG del metodo comunitario ha esteso le relative competenze al giudizio della Corte di Giustizia e ha – merita sottolinearlo ancora una volta - rafforzato i poteri dell'Unione in capo penale e mutato le modalità di azione della stessa. In particolare, sono stati introdotti innovativi strumenti e modalità attraverso i quali l'Unione può agire in materia penale²¹.

Un primo strumento è costituito dal riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie delle autorità nazionali, nel quale trova – come si è sopra visto – un fondamento la

allo scambio di personale, alle attrezzature e alla ricerca in campo criminologico; c) le tecniche investigative comuni ai fini dell'individuazione di forme gravi di criminalità organizzata".

¹⁷ Art. 84 TFUE.

¹⁸ Art. 2, par. 5, TFUE.

¹⁹ Sulle principali innovazioni contenute nel TFUE si vedano: U. GUERINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale dell'unione europea*, cit., p. XX; E. APRILE, F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009; C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 137 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, cit.; F. ROMOLI, *Il nuovo volto dell'Europa dopo il Trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica "multilivello"*, in *archiviopenale.it*, 2011, p. 155 ss.

²⁰ Su questo aspetto, si rinvia alle considerazioni svolte da M. D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionali"*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 74 ss. Sul punto, V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in www.forumcostituzionale.it, considera "una decisione storica" quella relativa all'adesione dell'UE alla Convenzione.

²¹ Art. 82, par. 1, TFUE.

cooperazione fra le autorità giudiziarie penali. Il principio del reciproco riconoscimento permette un coordinamento fra ordinamenti che si sostanzia, a seconda dei casi, in un'attività volta a ravvicinare le legislazioni nazionali in materia penale, ad istituire procedure uniche e imporre agli Stati di adottare in maniera quasi automatica le decisioni giudiziarie degli altri Stati.

Il secondo strumento si sostanzia nell'attività di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in specifici settori della materia penale, sia riguardo agli aspetti processuali²² che quelli sostanziali²³, nella misura minima possibile, nel rispetto del principio di proporzionalità²⁴, il quale limita l'azione dell'Unione a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati²⁵.

In una terza tipologia di strumenti rientrano, invece, quelle modalità di cooperazione integrata di amministrazione della giustizia penale, attraverso l'attività di organi e agenzie dell'Unione (ad esempio l'Eurojust e la Procura europea che saranno di seguito oggetto di trattazione).

Tali strumenti, espressamente individuati al fine di potenziare il ruolo dell'Unione in campo penale, sono finalizzati a garantire il perseguimento di specifici obiettivi ma devono essere considerati in un'ottica di complementarità; il perseguimento di un obiettivo favorisce il conseguimento di un altro, in quanto strettamente connessi²⁶.

Si ritiene pertanto opportuno procedere ad un'analisi degli aspetti salienti della normativa in materia penale, contenuta nei trattati, e delle novità che riguardano, nello specifico, la "Cooperazione giudiziaria in materia penale" e la "Cooperazione di polizia" contenute nel TFUE²⁷. In particolare, l'analisi sarà condotta con particolare riferimento al tema dell'armonizzazione del diritto penale e alla cooperazione nell'amministrazione della giustizia penale.

Nell'ambito di un innovato contesto legislativo, il TFUE fissa quali principi "fondanti" il "riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie" e, in posizione subordinata, il "ravvicinamento delle legislazioni nazionali", al fine di garantire un elevato livello di sicurezza ai cittadini²⁸. In maniera peraltro speculare a questa previsione, lo stesso Trattato stabilisce che la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nelle ipotesi di criminalità ritenute particolarmente gravi²⁹ quali: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei

²² Art. 82, par. 2, TFUE.

²³ Art. 83, TFUE.

²⁴ Di cui all'art. 5.4 TUE.

²⁵ Si cfr., su questo aspetto, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 48.

²⁶ In tal senso, D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 62, il quale sostiene che "non emerge dalla lettura del Trattato di Unione un ordine gerarchico, ovvero una priorità logica fra queste diverse vie", ossia delle vie messe a disposizione dell'Unione per perseguire gli obiettivi nel campo penale. Di diverso avviso è, invece, F. ROMOLI, *Il nuovo volto dell'Europa dopo il Trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica "multilivello"*, cit., p. 168, il quale ritiene che il Trattato "stabilisce in *primis* una sorta di gerarchia tra principi e obiettivi, attribuendo una posizione di preminenza al principio del mutuo riconoscimento".

²⁷ Nei capi 1 (contenente una serie di disposizioni generali: artt. 67-76), 4 ("Cooperazione giudiziaria in materia penale": artt. 82-86) e 5 ("Cooperazione di polizia": artt. 87-89) del Titolo V del TFUE.

²⁸ Art. 67, par. 3, TFUE (si cfr. supra).

²⁹ Art. 82, par. 1, TFUE.

minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata³⁰.

Sulla scorta delle positive esperienze finora maturate - che hanno permesso ai Paesi di conoscere i sistemi di amministrazione della giustizia penale di altri - ci sia è altresì mossi nella direzione di un potenziamento di forme di collaborazione fra le autorità nazionali in materia penale. A tal fine sono stati rafforzati i compiti e i poteri di Eurojust³¹. Oltre ad ampliare i presupposti che legittimano l'intervento di tale organismo di cooperazione giudiziaria³², è stata ad esso attribuita la possibilità di avviare autonomamente indagini penali e di proporre l'avvio di azioni penali esercitate dalle autorità nazionali competenti, in particolare in relazione ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Nella direzione di un rafforzamento della cooperazione giudiziaria in materia penale si muove anche la previsione dell'istituzione da parte del Consiglio - attraverso regolamenti adottati secondo una procedura speciale - di un nuovo organo: la "Procura europea". Ad essa è principalmente attribuita la competenza ad individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati che "ledono gli interessi finanziari dell'Unione", nonché di esercitare la relativa azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri³³. Ma ciò che appare più significativa è la possibilità di estendere le competenze di tale organo - attraverso una decisione del Consiglio europeo - "alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale"³⁴.

In merito, invece, alla "cooperazione di polizia" viene prevista una serie di misure dirette ad una cooperazione ed uno scambio di informazioni tra le polizie degli Stati membri³⁵ e viene disposto che - attraverso regolamenti - dovrà essere determinata "la struttura, il funzionamento, la sfera d'azione e i compiti di Europol"; compiti finalizzati a sostenere e potenziare l'azione delle autorità di polizia e "la reciproca collaborazione nella prevenzione e lotta contro la criminalità grave che

³⁰ Settori specificati all'art. 83 TFUE.

³¹ Art. 85 TFUE. L'Eurojust è stato previsto dal Trattato di Nizza (art. 31 TUE). Va ricordato, tuttavia, che ancor prima che entrasse in vigore il Trattato di Nizza, l'istituzione di tale organismo fu anticipata da una decisione del Consiglio dell'Unione del 14 dicembre 2000.

³² I cui compiti di sostanziano principalmente in una serie di attività volte a migliorare l'assistenza giudiziaria e il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali che hanno avviato indagini o un'azione penale nei confronti di forme di criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che necessita di un'azione penale su basi comuni.

³³ Art. 86, par. 2, TFUE.

³⁴ Art. 86, par. 4, TFUE. Sull'interpretazione dell'art. 86 nel senso di ritenere che quest'ultimo rimetta al Consiglio una potestà normativa penale "diretta", almeno riguardo ai reati che riguardano interessi finanziari dell'Unione, si veda F. ROMOLI, *Il nuovo volto dell'Europa dopo il Trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica "multilivello"*, cit. Nel senso di un riconoscimento di una potestà penale diretta dell'UE, seppure in riferimento alle precedenti disposizioni contemplate dal Trattato costituzionale, si erano espressi: L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di costituzione per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, p. 62 ss.; A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 8. Si veda, più recentemente, C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 66 ss. e ID., *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit., p. 154 ss.; U. GUERINI, *Introduzione*, cit., p. XVIII. In senso contrario, G. GRASSO, *La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo*, in *Criminalia*, 2006, p. 118 ss. e R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 294 ss.

³⁵ Art. 87 TFUE.

interessa due o più Stati membri, il terrorismo e le forme di criminalità che ledono un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione³⁶.

Per altro verso, poi, il legislatore comunitario si è mosso nella direzione di offrire maggiori tutele ai cittadini anche sul fronte del diritto alla difesa, prevedendo che “i diritti della persona nella procedura penale” possono essere oggetto di direttive che stabiliscono norme minime comuni³⁷. Inoltre, non va trascurato che, grazie anche alla trattatizzazione della Carta di Nizza e alla prossima adesione alla CEDU, l'Unione europea dovrà sempre più impegnarsi a garantire la protezione del diritto di difesa.

Ciò premesso, si può senz'altro affermare che ci si trova di fronte ad un quadro normativo che ha visto fortemente valorizzato il ruolo dell'Unione in materia penale. Ciò implicherà, di conseguenza, un forte impegno nell'adozione di politiche volte ad un riavvicinamento delle legislazioni statali in materia penale e alla cooperazione tra le autorità di polizia, soprattutto per quanto attiene a determinati reati. Si profila, pertanto, un processo di integrazione sovranazionale in materia penale.

4. Il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale degli Stati membri attraverso le direttive

Si è sopra visto come il TFUE prevede un'armonizzazione del diritto penale sostanziale³⁸ e processuale³⁹

Per quanto attiene al profilo processuale, l'armonizzazione avviene prevalentemente mediante 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”⁴⁰

Ma l'azione dell'Unione europea volta all'armonizzazione processuale non si esaurisce nella sola adozione di misure a ciò finalizzate. È infatti previsto che, al fine di facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, l'Unione può adottare, attraverso una procedura legislativa ordinaria, direttive contenenti “norme minime” in materia di “a) ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) diritti della persona nella procedura penale; c) diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale”⁴¹.

Per altro verso, poi, va sottolineato come il Trattato di Lisbona abbia introdotto la base normativa per avviare un vero e proprio processo di armonizzazione del diritto penale sostanziale,

³⁶ Art. 88 TFUE.

³⁷ Art. 82, par. 2, lett. b), TFUE.

³⁸ Art. 83.

³⁹ Art. 82.

⁴⁰ Art. 82, par. 1), TFUE.

⁴¹ Art. 82, par. 2), TFUE.

introducendo una serie di novità che porteranno inevitabilmente ad un rafforzamento dell'intervento dell'Unione in questo settore.

Vengono innanzitutto ampliati gli ambiti di intervento dell'UE: rispetto al precedente testo del TUE, che faceva riferimento alla sola criminalità organizzata; ora il TFUE prevede l'intervento, in termini generali, nell'ambito delle "sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale" e, più nello specifico, relativamente ad una serie di condotte che, pur essendo caratterizzate da una certa gravità, possono comunque essere lette in maniera abbastanza estensiva.

L'innovazione più significativa, tuttavia, consiste nella previsione di uno strumento nuovo per l'implementazione del processo di ravvicinamento degli ordinamenti degli Stati: la direttiva. Direttiva che può contenere "norme minime" che possono riguardare la definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale⁴². Ciò significa che l'Unione può prevedere, attraverso la direttiva, fattispecie di reati che vengono estesi in tutto il proprio territorio. È solo il caso di ricordare, in proposito, che in passato lo strumento previsto per l'adozione di norme minime in campo penale era quello della decisione quadro⁴³: attraverso tale atto l'Unione aveva instaurato la prassi di adottare norme incriminatrici e di armonizzazione delle sanzioni. D'altro canto, il Consiglio, dando probabilmente interpretazione estensiva del preesistente quadro normativo, aveva adottato anche in passato misure minime in alcuni settori della criminalità. Ciò nonostante mancasse quella base normativa ora fornita proprio dal Trattato di Lisbona⁴⁴.

4.1. Le tipologie di direttive volte ad armonizzare il diritto penale

Ai fini del presente studio, pare opportuno soffermarsi ad esaminare più nel dettaglio le peculiarità delle direttive contemplate dal nuovo quadro normativo europeo. Appare degna di nota la previsione secondo la quale il processo di armonizzazione del diritto penale avviene attraverso lo strumento della direttiva che, come è noto, obbliga gli Stati membri a dare attuazione alle disposizioni in essa contenute. Preme evidenziare, tuttavia, che le due tipologie di direttive previste, pur essendo entrambe volte ad armonizzare il diritto penale, rispondono ad esigenze diverse, perseguono obiettivi differenti e potranno in futuro consentire interpretazioni e sviluppi difformi, riguardo la loro concreta possibilità di adozione, al momento non del tutto prevedibili.

A) Le direttive volte a contrastare la criminalità transnazionale

Uno degli aspetti salienti contenuti nel TFUE riguarda la possibilità, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio di stabilire "norme minime" – contenute in direttive - relative alla definizione dei reati e delle sanzioni riguardo gravi forme di criminalità transnazionale o che richiede un'azione comune per combatterle.

⁴² Art. 83, par. 1, TFUE. La dimensione transnazionale può derivare dal carattere o dalle implicazioni di determinati reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

⁴³ Art. 34, n. 2, lett. b) TUE.

⁴⁴ In tal senso, D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 77.

Il riconoscimento della possibilità di adottare direttive contenenti “norme minime” risponde all’esigenza di dare all’Unione un importante strumento – quale, appunto, quello della direttiva – per contrastare in maniera coordinata gravi forme di reato caratterizzate dalla transnazionalità. Direttive che permettono all’Unione di adottare criteri e misure comuni per la lotta alla criminalità, sviluppare azioni di prevenzione dei fenomeni e rafforzare la tutela delle vittime, oltre che, come si è visto, ad individuare le fattispecie di reato e stabilire le relative sanzioni. L’obiettivo di queste direttive è quello di contrastare reati che assumono sempre più spesso un carattere transnazionale, anche perché talora commessi attraverso strumenti informatici. Appare significativo, dunque, che si sia dotata l’Unione di uno strumento volto a uniformare le leggi degli Stati, al fine di evitare il sorgere di difficoltà che potrebbero bloccare l’incriminazione del presunto colpevole, da un lato, e a facilitare la cooperazione tra le forze di polizia e le autorità giudiziarie, dall’altro⁴⁵.

Tale previsione è coerente con la maggiore presa di coscienza che la libera circolazione delle persone nell’ambito dell’UE determina l’estensione dell’ambito di operatività della criminalità e che l’utilizzo di strumenti informatici facilita lo scambio di dati e informazioni da parte degli autori dei reati. Per altro verso, poi, come si è già ricordato, la realizzazione dello SLSG mira ad offrire un livello elevato di protezione ai cittadini, che, nel caso specifico, deve riguardare la tutela dei diritti delle vittime di reato. In altri termini, si è sviluppata la consapevolezza che il riconoscimento della libera circolazione delle persone deve essere accompagnato da misure che garantiscano la sicurezza dei cittadini, attraverso la cooperazione tra le forze di polizia nazionali per combattere gravi reati e la possibilità di accedere alla giustizia in condizioni di parità nell’ambito dell’Unione. Di fronte a determinati reati che rappresentano una minaccia per la sicurezza e la libertà dei cittadini e che hanno assunto proporzioni tali da non poter più essere contrastati esclusivamente sul piano nazionale, il Trattato di Lisbona ha assunto un approccio globale che consente all’Unione, attraverso l’adozione di criteri e misure comuni, di sviluppare azioni di prevenzione, di contrasto, di protezione delle vittime, nonché un’azione sul piano giudiziario, che implica il potenziamento di adeguate forme di cooperazione giudiziaria e che ha portato al rafforzamento di specifici organi (quali Eurojust). Cooperazione giudiziaria che, come si è visto, si fonda sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie da parte degli Stati membri e include, appunto, il riavvicinamento delle disposizioni legislative nazionali oltre che l’applicazione di norme minime comuni. Si profila, dunque, un’importante ruolo dell’UE nel processo di rafforzamento della protezione dei cittadini contro gravi forme di reato.

Quanto agli ambiti in cui l’UE può intervenire attraverso tali direttive, si può affermare, in termini generali, che questi sembrano destinati ad essere particolarmente ampi. È vero che gli ambiti di

⁴⁵ In proposito, la dottrina ha parlato di “carattere autonomo” della competenza penale dell’Unione poiché a quest’ultima è riconosciuta la possibilità di intervenire in qualsiasi momento a dettare una disciplina relativa alla lotta contro gravi forme di reato; intervento che, peraltro, non risponde più soltanto all’esigenza di coordinamento delle autorità nazionali che contrastano i reati, ma si estende al perseguimento di obiettivi volti ad affermare il principio di eguaglianza tra i cittadini, attraverso una maggiore tutela dei loro diritti, e la garanzia di una loro maggiore sicurezza. In tal senso, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, cit., p. 2 ss. Sull’argomento, si vedano, inoltre: L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 395; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 1150.

competenza dell'Unione sono ancora incerti e saranno soggetti ad interpretazioni che potrebbero restringere o ampliare la propria possibilità di intervento. Ma è altrettanto vero che le fattispecie di reati previste hanno una portata generale e vasta; ciò potrebbe garantire all'UE un'ampia competenza penale. Competenza che, peraltro, sembra essere destinata ad ampliarsi ulteriormente, nel caso in cui il Consiglio adotta all'unanimità una decisione volta ad individuare altre sfere di criminalità che rientrerebbero, in questo modo, nella propria competenza⁴⁶

B) Le direttive finalizzate a garantire l'attuazione della politica dell'UE

Il TFUE stabilisce che sempre attraverso lo strumento della direttiva possono essere introdotte norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nei settori che sono stati oggetto di misure di armonizzazione, qualora “il riavvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rilevi indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione”⁴⁷.

In questo caso, dunque, la competenza non è stabilita *ratione materiae* ma attiene, più in generale, al riavvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari in un settore che è già stato, comunque, oggetto di misure di armonizzazione⁴⁸, allorché il riavvicinamento si rileva indispensabile per il perseguimento di una determinata politica⁴⁹. L'obiettivo di tale direttive, dunque, è quello di garantire il perseguimento di una specifica politica dell'UE in maniera efficace. Riguardo agli ambiti di competenza che spettano all'Unione in questo particolare contesto, anche in questo caso, essi verranno a dipendere dall'interpretazione che verrà data alle disposizioni in esame. Certo sono numerosi gli interrogativi, lasciati irrisolti, che sorgono in merito alla possibilità di estendere tale competenza. Nello specifico, ci si chiede se i requisiti previsti, al fine di adottare norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, possano essere letti in maniera più o meno estensiva. È evidente che dalla risposta che verrà data a questa domanda dipenderà, in concreto, la portata della competenza penale europea. Ci si limita a evidenziare, al riguardo, che se le disposizioni relative alle condizioni imposte per l'adozione delle direttive in parola venissero lette in maniera estensiva, si potrebbe addirittura prefigurare un intervento dell'Unione sia nei settori di competenza esclusiva, nei quali peraltro non vengono adottate misure di armonizzazione, sia nei settori di competenza concorrente che prevedono altresì misure di unificazione⁵⁰.

⁴⁶ Art. 83, TFUE.

⁴⁷ Art. 83, par. 2, TFUE.

⁴⁸ In proposito, C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit., p. 148, ritiene che “questa clausola di limitazione settoriale svolgerà una funzione selettiva molto marginale, per non dire nulla”. In tal senso, anche G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in ID., R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 695, il quale sottolinea come la condizione circa la necessaria precedente azione di armonizzazione dovrà essere letta estensivamente. Sul riparto delle competenze tra Unione europea e Stati membri, si veda per tutti, P. BILANCIA, *La ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit. p. 99 ss.

⁴⁹ Sulle problematiche relative al requisito di indispensabilità, si vedano le considerazioni di C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit., p. 148

⁵⁰ Al riguardo, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, cit., p. 5 ritiene che “Sarebbe (...) del tutto irragionevole escludere la possibilità per l'Unione di armonizzare le risposte penali vuoi nei settori di competenza (non già concorrente, ma) esclusiva, nei quali come si sa l'Unione

5. I passi avanti nel processo di armonizzazione di alcuni settori del diritto penale mediante specifiche direttive

Sulla base del nuovo quadro normativo, l'Unione ha recentemente compiuto importanti passi avanti nel processo di armonizzazione di alcuni settori del diritto penale, al fine di evitare che le eventuali differenze nelle definizioni dei reati possano incidere negativamente sulla possibilità di garantire una cooperazione giudiziaria e una maggiore tutela della sicurezza dei cittadini.

In particolare, sono state adottate due importanti direttive volte ad armonizzare la disciplina di quei reati, ritenuti particolarmente gravi, legati alla tratta di esseri umani e alla pedopornografia.

5.1. La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime

La direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (che ha sostituito la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI) – che dovrà essere adottata dagli Stati membri entro il 6 aprile 2013 - definisce norme minime comuni per determinare i reati connessi alla tratta di esseri umani e fissare le relative pene. Essa si pone principalmente come obiettivi la prevenzione, la tutela dei minori e la protezione dei diritti delle vittime e si inserisce nel quadro di un'operazione globale contro la tratta di esseri umani, che include azioni che coinvolgono Paesi terzi, come dichiarato nel “Libro bianco sulle iniziative per rafforzare la dimensione esterna dell'Unione nelle iniziative contro la tratta di esseri umani: verso un'azione dell'Unione europea a livello mondiale contro la tratta di esseri umani”, approvato dal Consiglio il 30 novembre 2009⁵¹.

La direttiva stabilisce regole comuni minime sulla definizione del reato e il livello delle sanzioni e pone una particolare attenzione alla protezione delle vittime⁵².

Sotto il profilo dell'armonizzazione dei reati, la nuova disciplina considera punibili il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su tali persone, a fini di sfruttamento⁵³. Lo sfruttamento comprende, come minimo: lo sfruttamento della prostituzione o altre forme di sfruttamento sessuale; il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi⁵⁴. Si configura lo sfruttamento quando è stata esercitata una forma di coercizione sulla persona (minaccia dell'uso o l'uso stesso della forza, il rapimento, la frode, l'inganno, ecc.) indipendentemente dall'eventuale consenso della vittima. Nel caso in cui la vittima sia un minore, tali atti di sfruttamento configurano, comunque, in maniera automatica, la tratta di esseri umani, anche se non vi è stato l'uso di mezzi di coercizione.

non adotta misure di armonizzazione, vuoi nei settori di competenza concorrente soggetti a misure (non già di mera armonizzazione, ma addirittura) di unificazione”.

⁵¹ Considerando n. 2 della direttiva.

⁵² Art. 1.

⁵³ Art. 2, par. 1

⁵⁴ Art. 2, par. 3.

Sono altresì considerati comportamenti punibili: l'istigazione alla tratta di esseri umani e il favoreggiamento, il concorso e il tentativo⁵⁵.

Sotto il profilo dell'armonizzazione delle discipline statali relative alle sanzioni, la direttiva prevede che i reati in questione siano punibili con la reclusione di almeno cinque anni e, qualora vi siano circostanze aggravanti - ad esempio se il reato è stato commesso nei confronti di vittime particolarmente vulnerabili, quali i minori - di almeno dieci anni⁵⁶. Allo scopo di inasprire il sistema sanzionatorio, è altresì previsto che gli Stati si impegnino ad adottare necessarie misure affinché, in determinati casi, possono essere comminate sanzioni pecuniarie penali o non penali, nonché altre sanzioni quali l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria o lo scioglimento anche nei confronti delle persone giuridiche⁵⁷. Al fine di migliorare l'azione penale contro chi ha commesso reati connessi alla tratta di esseri umani è inoltre prevista la possibilità per gli Stati membri di perseguire i rispettivi cittadini per reati commessi in un altro Paese dell'UE e di ricorrere agli strumenti investigativi usati contro la criminalità organizzata, come le intercettazioni telefoniche⁵⁸.

Quanto, invece, alla protezione delle vittime, è previsto che gli Stati membri vigilino affinché alle vittime siano fornita assistenza e sostegno prima, durante e per un congruo periodo di tempo successivamente alla conclusione dei procedimenti penali⁵⁹. Allo stesso modo, gli Stati devono provvedere affinché le vittime ricevano una protezione adeguata nel corso delle indagini e dei procedimenti penali, che preveda la consulenza e l'assistenza legale, se necessario gratuite e, all'occorrenza, un programma di protezione dei testimoni⁶⁰. Anche in questo contesto, si riscontra un'attenzione particolare per la protezione dei minori, in qualità di vittime particolarmente vulnerabili, i quali devono poter beneficiare di misure complementari di assistenza⁶¹ e di misure specifiche di protezione nel corso delle indagini e dei procedimenti penali⁶². Oltre alle modalità di sostegno alle vittime sono previste anche forme di compensazione

⁵⁵ Art. 3.

⁵⁶ Altre circostanze aggravanti sono le seguenti: il reato è stato commesso nel contesto di un'organizzazione criminale; il reato ha messo in pericolo la vita della vittima intenzionalmente o per colpa grave; il reato è stato commesso ricorrendo a violenze gravi o ha causato alla vittima un pregiudizio particolarmente grave (art. 4, par. 2).

⁵⁷ Art. 6. Ciò nel caso in cui i reati vengano commessi, a vantaggio di una persona giuridica, da un soggetto che agisce a titolo individuale o in quanto membro di un organismo che detiene una posizione dominante in seno alla stessa o qualora la mancata sorveglianza o il mancato controllo da parte di tale soggetto abbia consentito la commissione di reati (art. 5). In proposito, va ricordato che, sebbene l'art. 27 della nostra Costituzione sancisce che la responsabilità penale è personale, con il d. lgs. n. 231 del 2001 il legislatore ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa/penale delle persone giuridiche per i reati commessi dai soggetti che operano in seno alle stesse. Pertanto, rispondono della commissione di alcuni reati, oltre al soggetto che li ha commessi, anche l'ente presso il quale tale soggetto lavora, sempre che i reati siano stati compiuti a vantaggio e comunque nell'interesse dell'ente stesso. Ovviamente l'ente non è imputabile del reato commesso dal proprio lavoratore nel caso in cui esso abbia predisposto le misure idonee a prevenire i reati.

⁵⁸ Art. 10.

⁵⁹ Art. 11. Le misure di sostegno possono in particolare consistere nella fornitura di un alloggio, di cure mediche (compresa l'assistenza psicologica) nonché di informazioni e servizi di interpretariato e traduzione, se necessario (art. 11, par. 5).

⁶⁰ Art. 12, par. 2 e 3.

⁶¹ Quali l'assistenza fisica e psico-sociale, l'accesso all'istruzione e, all'occorrenza, la possibilità di designare un tutore o un rappresentante.

⁶² Soprattutto in relazione alle loro audizioni. In particolare, è previsto che i minori siano interrogati senza ritardo in locali predisposti e da parte di operatori formati a tale scopo.

per le stesse: è infatti prevista la possibilità di sequestrare e confiscare i proventi ai criminali e utilizzarli per sostenere ulteriori forme di assistenza⁶³.

È solo il caso di rilevare, infine, che, nell'ottica di rafforzare la lotta alla tratta di esseri umani, la direttiva non trascura né l'aspetto della prevenzione dei reati né quello della cooperazione tra gli Stati membri; cooperazione finalizzata ad uno scambio di informazioni e ad un coordinamento delle indagini⁶⁴.

5.2. La direttiva 2011/92/UE sulla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile

La direttiva 2011/92/UE, adottata dal Parlamento e dal Consiglio il 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile – che dovrà essere adottata dagli Stati membri entro il 6 aprile 2013 - rafforza in modo significativo la disciplina europea di contrasto a questi fenomeni. Essa - che sostituisce la Decisione Quadro 2004/68/GAI, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile – ha l'obiettivo di garantire una legislazione più incisiva contro gli abusi sessuali a danno dei minori. Partendo dalla constatazione che le nuove forme di abuso e sfruttamento sessuale, quali la pedopornografia ed il turismo sessuale, assumono sempre di più un carattere “transnazionale”, la direttiva è volta a far fronte alle difficoltà, da parte di ciascun Stato, che derivano dai rispettivi limiti giurisdizionali, attraverso l'introduzione di norme dirette ad armonizzare le discipline nazionali. Per un verso, quindi, la direttiva contiene “norme minime” relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in materia di abuso e sfruttamento sessuale dei minori, pornografia minorile e adescamento di minori per scopi sessuali. Per altro verso, essa, avendo come obiettivi il rafforzamento della prevenzione di tali reati e la protezione delle vittime, prevede una serie di disposizioni a ciò finalizzate.

La direttiva armonizza circa una ventina di reati e prevede un sistema sanzionatorio più severo rispetto al passato, rendendo perseguibili un elevato numero di situazioni di abuso e

⁶³ Considerando n. 13 e art. 7. È inoltre stabilito che le vittime della tratta di esseri umani devono avere accesso ai sistemi di risarcimento delle vittime di reati dolosi violenti (art. 17).

⁶⁴ Al fine di prevenire la tratta di esseri umani, la direttiva richiede agli Stati membri di: adottare misure necessarie, ad esempio nel settore dell'istruzione e della formazione, anche in collaborazione con le organizzazioni della società civile, per scoraggiare e ridurre la domanda; adottare azioni, anche tramite internet, adeguate, quali campagne di informazione e sensibilizzazione; promuovere la formazione dei funzionari che possono entrare in contatto con le vittime della tratta; adottare le misure che dispongano che costituisca reato la condotta di chi ricorre a servizi (sessuali o di altro tipo) di persone vittime della tratta (art. 18). Sempre con l'intento di rendere più efficace l'attività preventiva, la direttiva prevede l'istituzione, da parte degli Stati membri, di Relatori nazionali, organismi o meccanismi di monitoraggio, al fine di valutare le tendenze della tratta di esseri umani e i risultati delle attività anti-traffico e di preparare relazioni periodiche, nonché promuovere una cooperazione transnazionale ed un coordinamento delle indagini (art. 19). In proposito, è solo il caso di ricordare che tali Relatori nazionali ed altri organismi di monitoraggio sono già costituiti in una Rete informale dell'Unione, istituita dalle conclusioni del Consiglio sull'istituzione di una Rete europea di relatori nazionali o meccanismi equivalenti sul traffico di esseri umani del 4 giugno 2009. Al fine di garantire una strategia coordinata al contrasto della tratta di esseri umani viene prevista la figura di un Coordinatore europeo per la lotta contro la tratta di esseri umani, il quale è chiamato, peraltro, a partecipare ai lavori della sopra citata rete, che offre all'Unione e agli Stati membri “informazioni strategiche obiettive, affidabili, raffrontabili e aggiornate” riguardo il fenomeno in parola e uno “scambio di esperienze e migliori prassi nel settore della prevenzione e repressione” dello stesso (considerando n. 27 e art. 20).

sfruttamento sessuale di minore, tra le quali, in particolare, quelle legate allo sviluppo e all'utilizzo delle nuove tecnologie informatiche. La nuova disciplina considera, in termini generali: i reati di abuso e sfruttamento sessuale, la pornografia minorile⁶⁵, l'adescamento di minori per scopi sessuali e l'istigazione, il favoreggiamento e concorso nella commissione di tali reati⁶⁶. Tra le nuove fattispecie di reato, non ancora previste nel diritto dell'Unione europea, è stato introdotto il reato di adescamento di minore anche attraverso l'utilizzo della rete Internet, il cosiddetto "grooming" on line. Nella direzione di contrastare i fenomeni legati all'uso delle nuove tecnologie, si inseriscono anche quelle disposizioni che prevedono pene detentive per coloro che visualizzano materiale pedopornografico tramite webcam e sulla rete. Allo scopo di contrastare la circolazione di materiale pedopornografico sul web è previsto che gli Stati membri adottino le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione delle pagine web che contengono o diffondono materiale pedopornografico ospitate nel loro territorio e si adoperino per ottenere la rimozione di tali pagine ospitate al di fuori dei propri confini nazionali o, quando questo non sia possibile, di bloccare l'accesso a queste pagine dal proprio territorio⁶⁷. Un ampio spazio viene dedicato anche ad un altro grave fenomeno, peraltro in crescente aumento negli ultimi anni, quello del turismo sessuale. Particolarmente degno di nota è che la direttiva, non solo contiene la definizione del reato di "turismo sessuale"⁶⁸, ma preveda anche il rafforzamento degli strumenti volti a combattere il fenomeno dell'abuso e dello sfruttamento sessuale a danno di minori in quei Paesi in cui la prostituzione è legale o in quelli dove, pur essendo illegale, viene comunque tollerata. È evidente che in questi casi è fondamentale l'esigenza di prevedere e potenziare le norme sull'extraterritorialità, finalizzate a garantire la possibilità per uno Stato di perseguire un proprio cittadino per reati commessi anche al di fuori dei propri confini. Al fine di porre rimedio a questo problema e di rafforzare la lotta contro il turismo sessuale, la recente disciplina contiene due importanti disposizioni. Una prima disposizione prevede che le autorità nazionali possano perseguire i propri cittadini che abusano di minori all'estero e organizzano viaggi a tale scopo e vietare di pubblicizzare occasioni per abusi sessuali⁶⁹. Una seconda disposizione impone agli Stati di adottare le misure necessarie a stabilire la propria giurisdizione per i reati in essa previsti nei casi in cui il reato è stato commesso in tutto o in parte sul loro territorio, oppure l'autore del reato è un loro cittadino⁷⁰. Ciò significa, dunque, che gli Stati dovranno introdurre nelle proprie

⁶⁵ La direttiva dedica una particolare attenzione ai reati legati alla pornografia minorile. Essa contiene, infatti, una puntuale definizione di "pornografia minorile" o "materiale pedopornografico" che riguarda: il materiale che ritrae visivamente un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati; la rappresentazione degli organi sessuali di un minore per scopi prevalentemente sessuali; il materiale che ritrae visivamente una persona che sembra un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure la rappresentazione per scopi prevalentemente sessuali, degli organi sessuali di una persona che sembra un minore; immagini realistiche di un minore in atteggiamenti sessuali espliciti o immagine realistiche degli organi sessuali di un minore, per scopi prevalentemente sessuali (art. 2, lett. c). Vengono altresì configurati come reati gli atti connessi alla realizzazione di spettacoli pornografici in cui è coinvolto un minore, cioè ad un'esibizione organizzata e diretta ad un pubblico cui si assiste dal vivo o anche a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione (art. 2, lett. c).

⁶⁶ Artt. 3, 4, 5, 6 e 7.

⁶⁷ Art. 25, par. 1.

⁶⁸ Il considerando n. 29 prevede che "Per turismo sessuale a danno di minori si dovrebbe intendere lo sfruttamento sessuale dei minori da parte di una o più persone che viaggiano dal loro ambiente abituale verso una destinazione all'estero in cui hanno contatti sessuali con minori".

⁶⁹ Art. 21.

⁷⁰ Art. 17, par. 1.

legislazioni il principio della punibilità di un determinato comportamento sulla base della nazionalità dell'autore del reato.

Si è finora ribadita l'importanza di una normativa europea di definizione dei reati per poter meglio contrastare l'abuso e lo sfruttamento sessuale nei confronti dei minori. In proposito, tuttavia, non va trascurato che in alcuni casi non viene imposto un processo di armonizzazione delle discipline statali, dato che viene lasciata agli Stati la possibilità di considerare o meno un determinato comportamento come reato⁷¹. In particolare, viene lasciata alla discrezionalità degli Stati la decisione di punire le alcune condotte – che la direttiva fa rientrare nelle ipotesi di abuso, sfruttamento sessuale e pornografia minorile – nel caso in cui gli atti sessuali sono consensuali e avvengono tra coetanei o coinvolgono minori che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale (anch'essa determinata da ciascun Stato) e in quello in cui la detenzione di materiale pedopornografico avviene con il consenso del minore – sempre che abbia raggiunto l'età del consenso sessuale – e per uso esclusivamente privato⁷².

Sul fronte dell'armonizzazione delle discipline statali relative alle sanzioni, la direttiva prevede, in termini generali, l'obbligo, da parte degli Stati membri, di adottare le misure necessarie per assicurare che la persona che ha commesso i reati di abuso e sfruttamento sessuale nei confronti di minori sia punita con “sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive”, che comprendono sanzioni pecuniarie penali e non penali determinate in base alla gravità dei reati commessi⁷³. Vengono quindi previsti livelli differenziati di pene, che vanno da uno a dieci anni di reclusione, da applicarsi fatte salve le specifiche politiche penali di ciascuno Stato membro in materia di reati minorili. È appena il caso di rilevare che essa contiene una differenziazione delle pene (sei livelli di pene) superiori rispetto a quanto normalmente previsto dall'Unione; ciò in ragione del numero eccezionalmente elevato di reati differenti contemplati dalla direttiva che impone di graduarne la gravità⁷⁴. Per garantire il principio di proporzionalità della pena in maniera uniforme all'interno dei singoli ordinamenti statali, vengono presi in considerazione determinati fattori che devono essere considerati nel valutare la gravità del reato. La direttiva prevede la possibilità di un aumento della

⁷¹ In linea con la Convenzione di Lanzarote (Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, adottata dal Consiglio d'Europa nel Comitato dei Ministri il 12 luglio 2007 ed entrata in vigore il 1° luglio 2010) e così come precedentemente stabilito dalla decisione quadro 2004/68/GAI.

⁷² In particolare, la direttiva prevede innanzitutto la discrezionalità degli Stati membri di decidere se debba essere considerato reato: la detenzione di materiale che ritrae una persona in atteggiamenti sessuali o rappresenta i propri organi sessuali che, pur sembrando un minore, abbia avuto in realtà diciotto anni al momento in cui è stata ritratta; il possesso di immagini realistiche di un minore in atteggiamenti sessuali o dei propri organi sessuali, se è prodotto e posseduto da un soggetto unicamente a uso privato (art. 5, paragrafi 7 e 8). È prevista la possibilità degli Stati di decidere se far rientrare tra i reati di abuso e di sfruttamento sessuale l'induzione di un minore ad assistere anche senza partecipare ad atti sessuali, il compimento di atti sessuali o la visione di spettacoli pornografici ai quali partecipano minori, nel caso in cui tali atti sessuali siano consensuali tra coetanei o se il minore ha raggiunto l'età del consenso sessuale (art. 8, paragrafi 1 e 2). Un'altra ipotesi di discrezionalità, da parte degli Stati, è specificatamente prevista in relazione all'applicazione della disciplina relativa ai reati legati all'acquisto, possesso e produzione di materiale pedopornografico, se sono coinvolti minori che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale e se tale materiale sia prodotto e posseduto e con il consenso degli stessi e per uso privato (art. 8, par. 3).

⁷³ Art. 13, par. 1.

⁷⁴ Va tenuto conto, al riguardo, che le Conclusioni del Consiglio del 24 e del 25 aprile 2002, sull'approccio da adottare per l'armonizzazione delle pene, prevedono quattro livelli di pene (così come sottolineato dal considerando n. 11 della direttiva).

pena massima nel caso in cui la produzione di materiale pedopornografico sia stata preceduta da un comportamento volto ad adescare il minore attraverso l'utilizzo della rete a fini sessuali (*grooming*). È altresì prevista un'aggravante quando gli abusi avvengono su minori particolarmente vulnerabili (es. minori con disabilità) o il reato viene commesso da familiari o da persone che godono della fiducia dei bambini o che abbiano abusato della propria autorità⁷⁵. Al contempo, essa non trascura nemmeno l'ipotesi di riduzioni della pena nel caso in cui il minore coinvolto abbia raggiunto l'età del consenso sessuale, secondo quanto stabilito dalla legislazione nazionale.

Potrebbe invece suscitare perplessità, in relazione alla protezione della *privacy*, la previsione secondo cui gli Stati membri possono prendere in considerazione l'adozione di misure amministrative supplementari nei confronti degli autori dei reati di abuso e sfruttamento sessuale nei confronti dei minori, quali l'iscrizione delle persone condannate per tali reati in appositi registri di autori di reati sessuali. L'accesso a tali registri dovrebbe però essere soggetto alle limitazioni di cui ai principi costituzionali nazionali e alle norme applicabili in materia di protezione dei dati, ad esempio limitandone l'accesso alla magistratura e/o alle autorità di polizia⁷⁶.

Per altro verso, poi, la direttiva prevede una serie di misure dirette a migliorare l'azione penale contro chi ha commesso reati sessuali nei confronti dei minori: essa prevede la possibilità di avviare procedimenti in tutti gli Stati membri fino al raggiungimento della maggiore età da parte della vittima e di ricorrere ad efficaci strumenti d'indagine ed istituire apposite unità speciali per l'identificazione delle vittime (in particolare della pedopornografia).

Merita attenzione, al riguardo, l'obbligo, da parte degli Stati, di adottare misure necessarie per assicurare che le regole di riservatezza imposte dal diritto nazionale non costituiscano un ostacolo a che gli operatori che lavorano con minori segnalino il sospetto di abuso o sfruttamento sessuale. In altri termini, le norme statali in materia di riservatezza non impediranno più agli operatori che lavorano con i minori di segnalare tali reati. È appena il caso di ricordare, in proposito, che tale previsione è in conflitto con le disposizioni italiane che garantiscono e tutelano il diritto alla riservatezza e al segreto professionale⁷⁷. Per altro verso, poi, viene previsto che gli Stati adottino le misure necessarie per incoraggiare chiunque sia a conoscenza di determinati reati o, in buona fede, sospetti di episodi di abuso e sfruttamento sessuale a riferirli alle autorità competenti⁷⁸.

⁷⁵ Art. 9.

⁷⁶ Considerando n. 43, direttiva 2011/92/UE. Al riguardo, è interessante osservare che, nella relazione alla proposta di direttiva, viene sottolineato come le disposizioni sulla qualifica di reato per nuovi tipi di abuso a mezzo Internet, sull'introduzione di tecniche investigative speciali, sul divieto di alcune attività e sullo scambio di informazioni siano state studiate con la massima attenzione alla luce del diritto al rispetto della vita privata e familiare e alla protezione dei dati personali (articolo 8 CEDU, articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

⁷⁷ L'art. 200 del codice di procedura penale stabilisce che non possono essere obbligati a deporre in merito di quanto siano venuti a conoscenza in ragione del proprio ministero, ufficio o professione, le seguenti figure: i ministri di culto, gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai, coloro che esercitano una professione sanitaria. Tuttavia, se il giudice dubita della bontà della motivazione adotta per sottrarsi alla deposizione e ne accerta l'infondatezza può ordinare che il testimone sia tenuto a deporre. Per altro verso, poi, nel nostro sistema il segreto professionale trova un limite nell'obbligo di referto o di denuncia.

⁷⁸ Art. 16.

Un altro aspetto al quale viene dato un particolare rilievo è quello della protezione delle vittime. È previsto che gli Stati membri adottino le misure necessarie per assicurare assistenza, sostegno e protezione alle vittime minorenni non solo durante tutto l'iter giudiziario, dalle indagini fino alla conclusione del procedimento penale, ma anche prima e per un congruo periodo di tempo dopo la conclusione di quest'ultimo⁷⁹.

Riguardo, invece, alla disciplina relativa alla prevenzione dei reati in esame, ci si limita a sottolineare che l'azione preventiva costituisce uno degli obiettivi strategici contenuti nella direttiva. In questo contesto, è prevista l'adozione di misure di prevenzione quali campagne di informazione e sensibilizzazione e programmi di istruzione⁸⁰. Mentre alcune misure riguardano, più specificatamente, la prevenzione del rischio di recidiva. Si inseriscono in questo contesto, ad esempio, le disposizioni che prevedono l'adozione, da parte degli Stati, di misure volte all'interdizione della persona condannata per i reati di abuso e sfruttamento sessuale nei confronti dei minori, in via temporanea o permanente, almeno "dall'esercizio di attività professionali che comportano contatti diretti e regolari con minori". A tal fine, gli Stati devono adottare le misure necessarie per assicurare ai datori di lavoro che reclutano personale che svolgono tali attività, il diritto di richiedere informazioni sull'esistenza di eventuali condanne per reati sessuali a danno dei minori, attraverso l'accesso ai casellari giudiziari nazionali⁸¹. Altre misure sono invece dirette a introdurre programmi riservati agli autori di tali tipologie di reato; si tratta di programmi su base volontaria che devono essere accessibili durante il procedimento penale e in un periodo successivo⁸².

6. Aspetti positivi e criticità del processo di armonizzazione del diritto penale

Sono senz'altro da apprezzare gli sforzi compiuti dall'Unione nel procedere nella direzione di un'armonizzazione della disciplina dei reati relativi alla tratta di esseri umani e alla pedopornografia, attraverso le due significative direttive che sono state finora esaminate. Si ritiene, infatti, che queste ultime possano, in concreto, produrre effetti positivi sull'impegno degli Stati a contrastare in maniera coordinata questi gravi fenomeni caratterizzati dalla transnazionalità.

Appare significativo, al riguardo, che la direttiva volta a rafforzare il livello di protezione dei minori nei confronti dei reati sessuali venga considerata complementare a quella concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani, dal momento che alcune vittime minorenni di tratta sono talora anche vittime di reati sessuali⁸³. L'orientamento sembra quindi essere quello di un approccio comune e globale nella lotta alle diverse forme di criminalità. Del

⁷⁹ Art. 19, par. 1. Le specifiche misure necessarie per assicurare la tutela delle vittime minori nelle indagini e nei procedimenti penali sono previste all'art. 20. Tali misure, tuttavia, non possono essere subordinate alla volontà del minore di collaborare nel quadro delle indagini, dell'azione penale o del processo (art. 19, par. 2).

⁸⁰ In particolare, è previsto che gli Stati membri adottino, anche tramite *internet*, azioni adeguate, quali la promozione di campagne di informazione e sensibilizzazione e di interventi di formazione per coloro che possono trovarsi ad operare a contatto con vittime minorenni di abuso e sfruttamento sessuale, affinché siano in grado di individuare eventuali casi di reato (art. 23, par. 2 e 3).

⁸¹ Art. 10, par. 1 e 2.

⁸² Art. 24.

⁸³ Considerando n. 7.

resto, depone in tal senso, il fatto che le strategie d'azione, previste dalle due direttive per fronteggiare le diverse tipologie di reato, sono sostanzialmente omogenee. Difatti, entrambe le direttive, come si è sottolineato, oltre a contenere "norme minime" relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, perseguono come obiettivi il rafforzamento della prevenzione dei reati e la protezione delle vittime. Ed invero, sembra, almeno ad una prima lettura dei testi in esame, che in questi settori si possa raggiungere un adeguato grado di armonizzazione, ai fini di garantire, una certa omogeneità delle discipline statali relative alla prevenzione e repressione dei reati e alla protezione delle vittime. È persino pleonastico sottolineare, in proposito, che queste direttive avranno un impatto differente nei diversi Paesi: i Paesi che hanno una legislazione interna che si discosta in modo significativo da queste ultime saranno chiamati ad intervenire efficacemente in merito alle condotte punibili e al sistema sanzionatorio, mentre quelli che, invece, hanno una legislazione in gran parte coincidente con quanto previsto a livello comunitario interverranno in modo meno radicale⁸⁴.

Allo stesso modo, si ritiene che le due direttive possano essere in grado di garantire, al contempo, il corretto funzionamento dei meccanismi di cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri. Cooperazione che spesso in passato è stata ostacolata da atteggiamenti riluttanti, da parte delle autorità nazionali, a scambiare le informazioni in loro possesso con organismi e autorità comunitari⁸⁵. Proprio il carattere trasversale delle tipologie di reato, contemplate dalle due direttive, impone il rafforzamento di una cooperazione transnazionale, basata su una collaborazione tra le autorità di polizia e giudiziarie, al fine di facilitare il coordinamento delle indagini e delle azioni penali che coinvolga Europol e Eurojust. Le direttive in esame, infatti, non trascurano questo aspetto. La direttiva sulla tratta di esseri umani insiste proprio sulla collaborazione tra gli Stati membri per rafforzare la lotta contro tale fenomeno, in particolare per lo scambio delle informazioni. A ciò si aggiunga la previsione che il coordinamento delle indagini e delle azioni penali dovrebbe essere agevolato da una cooperazione rafforzata di Europol ed Eurojust, dall'istituzione di squadre investigative comuni e dall'attuazione della decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali⁸⁶. Allo stesso modo la direttiva sull'abuso e lo sfruttamento dei minori prevede che il coordinamento dell'azione penale, nei casi di questi reati, dovrebbe essere agevolato dall'attuazione della decisione quadro 2009/948/GAI⁸⁷. Tale cooperazione deve basarsi su un rapporto di fiducia, di collaborazione e dialogo costante tra le autorità di polizia e giudiziarie degli Stati membri e deve essere supportata, in particolare, da uno scambio di informazioni tra le stesse.

⁸⁴ La disciplina europea relativa alla protezione delle vittime di tratta di esseri umani prefigura, ad esempio, un livello di tutela superiore rispetto a quello assicurato dalla legislazione italiana (dagli artt. 18, d. lgs. n. 286/1998 e 13, l. n. 228/2003). Quanto, invece, al trattamento sanzionatorio, quello previsto dal nostro ordinamento è più severo - prevedendo una pena base da otto a vent'anni di reclusione per tali reati (l. n. 228/2003) - anche nelle ipotesi di circostanze aggravanti. Quanto, poi, alla normativa italiana in materia di abuso e sfruttamento sessuale è una delle più avanzate fra i Paesi europei ed è in gran parte allineata ai principali contenuti nella recente direttiva in materia.

⁸⁵ Sull'argomento, si vedano le considerazioni di L. SALAZAR, *Proposte operative per l'efficienza della cooperazione penale*, in *Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Paper elaborato dal Gruppo di Astrid coordinato da E. Paciotti e G. Amato (settembre 2004), reperibile sul sito www.astridonline.it, p. 26 ss.

⁸⁶ Considerando n. 5.

⁸⁷ Considerando n. 4.

6.1. In particolare: la problematica questione del bilanciamento tra l'esigenza di una più stretta cooperazione in materia penale e quella di tutelare il trattamento dei dati personali

È evidente che lo sviluppo di una forte cooperazione in materia giudiziaria e di sicurezza deve tener conto della tutela dei dati personali, che trova peraltro un fondamento nella Carta dei diritti fondamentali⁸⁸, richiamata ora dal Trattato di Lisbona⁸⁹.

Le attività di cooperazione si basano sullo scambio di informazioni e comportano il trattamento di dati personali ai fini della prevenzione e repressione dei reati. Le autorità giudiziarie e di polizia non solo hanno la possibilità di attingere alle informazioni ma anche quella di creare archivi elettronici, i quali, in ragione dello sviluppo tecnologico, possono raccogliere grandi quantità di dati. Vanno quindi evitati i rischi di un uso improprio di tali dati anche se la loro raccolta e conservazione sono strumentali alla prevenzione di gravi crimini e alla garanzia della sicurezza. Si è quindi di fronte ad una duplice esigenza: l'esigenza che le informazioni siano archiviate e circolino velocemente e quella della tutela della *privacy*: fondamentale appare, quindi, un bilanciamento fra sicurezza e protezione della *privacy*⁹⁰ nel nuovo contesto dello SLSC.

E, del resto, non si può negare che l'Unione sia stata finora particolarmente attenta a considerare l'aspetto della protezione dei dati personali. Aspetto che è stato al centro dell'attenzione, soprattutto negli ultimi anni, anche, e soprattutto, in relazione all'esigenza di realizzare una più stretta cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale⁹¹. A tal fine, la normativa europea si è mossa nella direzione di prevedere che la raccolta e la conservazione di informazioni personali debba avvenire nel rispetto dei principi di pertinenza – possono essere raccolti e conservati soli i dati che hanno rilevanza ai fini delle indagini - non eccedenza – i dati raccolti non devono essere eccedenti rispetto quelli strettamente necessari - e proporzionalità tra il fine che si vuole perseguire e il trattamento dei dati. In altri termini, il ricorso ai dati personali è ammesso solo se è

⁸⁸ L'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Protezione dei dati di carattere personale, prevede che:

1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano.

2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica.

3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

⁸⁹ Sulle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di protezione dei dati personali, si veda: F. PIZZETTI, *La privacy come diritto fondamentale alla protezione dei dati personali nel Trattato di Lisbona*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 93 ss. Sull'argomento, si vedano, inoltre: A. TERRASI, *La protezione dei dati personali tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2008; G. TIBERI, *Il diritto alla protezione dei dati personali nelle Carte e nelle Corti sovranazionali (in attesa del Trattato di Lisbona) (I parte)*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 4467 ss.; ID., *Il diritto alla protezione dei dati personali nelle Carte e nelle Corti sovranazionali (II parte)*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 355 ss.

⁹⁰ In proposito, si vedano le osservazioni di G. BUSIA, *La protezione dei dati personali*, in *Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, Paper elaborato dal Gruppo di Astrid coordinato da E. Paciotti e G. Amato*, cit., p. 48 ss.

⁹¹ Sulle problematiche relative alla tutela dei dati personali nell'ambito dell'attività di Europol, si vedano le riflessioni di P. BILANCIA, *Tutela della privacy e banca dati Europol. I nuovi strumenti previsti per il III pilastro*, in P. BILANCIA, F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 271 ss.

effettivamente necessario per perseguire determinati fini (quali appunto la tutela della sicurezza) che non sono perseguibili con altri strumenti e deve riguardare solamente le informazioni strettamente necessarie.

6.2. La garanzia della tutela del trattamento dei dati personali nell'ambito della cooperazione di giustizia e di polizia

L'azione dell'Unione volta a rafforzare la cooperazione transnazionale, anche nei particolari casi di lotta alla tratta di esseri umani e all'abuso e allo sfruttamento sessuale nei confronti dei minori, deve tener conto due importanti provvedimenti. Provvedimenti che sono espressamente volti a contemperare l'esigenza di rafforzare la cooperazione con quella di garantire una tutela dei dati personali⁹².

La decisione 2008/615/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera⁹³, sottolinea l'importanza, ai fini di realizzare una cooperazione internazionale efficiente, di poter scambiare informazioni precise in modo rapido ed efficace⁹⁴. A tal fine, si è proceduto, quindi, ad introdurre procedure che promuovono mezzi rapidi, efficaci ed economici di scambio delle informazioni⁹⁵ ed è stata evidenziata la necessità di una disciplina di forme di collaborazione più strette tra le autorità di polizia⁹⁶. Appare degno di nota, i nostri fini, che la decisione mira ad assicurare un livello adeguato di protezione dei dati personali⁹⁷. Essa sottolinea, innanzitutto, come la più stretta cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale debba andare di pari passo con il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare il diritto al rispetto della

⁹² In proposito, l'art. 10, par. 3, della direttiva sull'abuso e lo sfruttamento sessuale nei confronti dei minori prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie per assicurare le informazioni sull'esistenza di condanne o di eventuali misure interdittive dell'esercizio di attività che comportano contatti diretti e regolari con minori derivanti da tali condanne penali siano trasmesse in conformità delle procedure previste dalla decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario quando la richiesta è rivolta con il consenso dell'interessato.

⁹³ Nella quale vengono incorporati i contenuti del Trattato di Prüm del 27 maggio 2005, sottoscritto da Germania, Francia, Belgio Lussemburgo, Olanda, Spagna e Austria che mirava a raggiungere un elevato grado di cooperazione tra le autorità giudiziarie e le forze di polizia in materia penale.

⁹⁴ Sul tema della cooperazione informativa nel settore penale, si rinvia ai contributi di F. PERONI, M. GIALUZ, *Introduzione*; M. GIALUZ, *La cooperazione informativa quale motore del sistema europeo di sicurezza*; ID., *Principio di accessibilità e banche dati di "primo pilastro"*; ID., *Il casellario giudiziario europeo: una frontiera all'integrazione in materia penale*; ID., *Banche dati europee e procedimento penale italiano*; S. CIAMPI, *Principio di disponibilità e protezione dei dati personali nel "terzo pilastro" dell'Unione europea*; F. DECLI, G. MARANDO, *Le banche dati dell'Unione europea istituite per finalità di sicurezza e giustizia*; A. MARANDOLA, *Information sharing nella prospettiva del Trattato di Prüm e della decisione di recepimento nel quadro giuridico dell'Unione*, tutti contenuti in F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009, reperibili sul sito www.openstarts.units.it.

⁹⁵ Considerando n. 8 della decisione 2008/615/GAI.

⁹⁶ Considerando n. 16 della decisione 2008/615/GAI.

⁹⁷ Cui è dedicato il Capo 6. Livello di protezione che deve essere almeno equivalente a quello della Convenzione del Consiglio d'Europa n. 108 del 28 gennaio 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, dal relativo protocollo aggiuntivo dell'8 novembre 2001 e della raccomandazione R (87) 15 del Consiglio d'Europa sull'uso di dati personali da parte delle forze di polizia (considerando n. 19 della decisione 2008/615/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008).

riservatezza e la protezione dei dati personali. Viene anche segnalata la necessità di adottare “disposizioni speciali relative alla protezione dei dati, appositamente concepite per tener conto della particolare natura di varie forme di scambio di dati”⁹⁸. La decisione, oltre a prevedere un rinvio ad altre fonti, contiene alcune previsioni specifiche, che riguardano i doveri che le autorità competenti sono tenute a rispettare⁹⁹, le misure che devono essere adottate¹⁰⁰ e una serie di garanzie per l’interessato¹⁰¹.

Più specificatamente, la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 si occupa della protezione dei dati personali trattati nell’ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale. Tale decisione è espressamente volta a proteggere i diritti e le libertà fondamentali delle persone quando i loro dati personali sono trattati ai fini della prevenzione, dell’indagine, dell’accertamento o del perseguimento dei reati o dell’esecuzione delle sanzioni penali¹⁰².

La decisione si occupa sostanzialmente del trattamento dei dati personali; del trasferimento, in taluni casi, dei dati personali a Paesi terzi o a organismi internazionali; del riconoscimento dei diritti della persona interessata al trattamento; della garanzia della sicurezza dei dati personali.

Quanto al trattamento dei dati personali, è previsto, in termini generali, che i soggetti che sono a ciò preposti rispettino i principi di liceità, proporzionalità e finalità. I dati personali, salvo alcune ipotesi specifiche, possono essere raccolti dalle autorità competenti degli Stati membri, rispettando determinati obblighi¹⁰³, soltanto per finalità specifiche, esplicite e legittime, e possono essere trattati solo per la finalità per la quale sono stati raccolti¹⁰⁴.

⁹⁸ Vieni altresì specificato che “Tali disposizioni specifiche in materia di protezione dei dati dovrebbe tener conto in particolare della natura specifica dell’accesso in linea transfrontaliero a banche dati. Poiché l’accesso in linea non consente allo Stato membro che gestisce lo schedario di effettuare controlli preliminari, dovrebbe essere istituito un sistema che garantisca una verifica a posteriori” (considerando n. 17 della decisione 2008/615/GAI del Consiglio del 23 giugno 2008).

⁹⁹ Dovere di assicurare l’esattezza, l’attualità e un’adeguata durata della memorizzazione dei dati (art. 28).

¹⁰⁰ Misure tecniche e organizzative per garantire la protezione e la sicurezza dei dati, per evitare intrusioni o manipolazioni (art. 29) e limiti all’utilizzo delle informazioni archiviate.

¹⁰¹ Diritto delle persone interessate a essere informate sui dati trattati che li riguardano, a far rettificare i dati inesatti o a far cancellare i dati trattati illecitamente, nonché ad essere risarcito in caso di violazione dei diritti in materia di protezione dei dati (art. 31).

¹⁰² La decisione si applica al trattamento di dati personali, interamente o parzialmente automatizzato, nonché al trattamento non automatizzato di dati personali presenti negli archivi.

¹⁰³ Quali l’obbligo di garantire la loro cancellazione, l’anonimato o, in alcuni casi, il blocco se i dati non sono più necessari per le finalità per le quali sono stati raccolti o se vi sono motivi ragionevoli di ritenere che la cancellazione possa compromettere gli interessi legittimi della persona interessata (art. 4) e quello di verificare che i dati da trasmettere o resi disponibili siano esatti, aggiornati e completi (art. 8). Devono, inoltre essere previsti adeguati termini per la cancellazione dei dati personali o per un esame periodico della necessità della memorizzazione dei dati e che tutte le trasmissioni di dati personali debbano essere registrate o documentate (artt. 9 e 10).

¹⁰⁴ Il trattamento per un’altra finalità è ammesso solo a talune condizioni o in presenza di adeguate garanzie (art. 3, par. 1 e 2). L’ulteriore trattamento per un’altra finalità è ammesso a condizione che: a) non sia incompatibile con le finalità per le quali i dati sono stati raccolti; b) le autorità competenti siano autorizzate a trattare tali dati per dette altre finalità in conformità della normativa a esse applicabile; c) il trattamento sia necessario e proporzionato a tale altra finalità. Viene anche contemplata l’ipotesi di trattamento di categorie particolari di dati, ritenuti sensibile, il quale è ammesso soltanto se strettamente necessario e se la legislazione nazionale prevede adeguate garanzie. Si tratta di dati che rivelano l’origine razziale o etnica, le opinioni

In merito alla trasmissione dei dati, è previsto, in linea di principio, che i dati personali ricevuti da un altro Stato membro devono essere trattati solo per le finalità per le quali sono stati trasmessi, ad eccezione di alcuni casi, in cui possono essere trattati per finalità diverse, ad esempio per la prevenzione, l'indagine, l'accertamento o il perseguimento di altri reati, l'esecuzione di altre sanzioni penali o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica¹⁰⁵.

Per altro verso, inoltre, la decisione riconosce una serie di diritti della persona interessata al trattamento dei dati personali che spaziano dal diritto di informazione (circa la raccolta o il trattamento di dati personali che la riguardano, la trasmissione dei dati e i destinatari), a quello di richiedere che i dati vengano rettificati, cancellati o bloccati, a quello, infine, di chiedere un risarcimento, in caso di danno cagionato da un trattamento illegale dei dati personali, e di proporre un ricorso giurisdizionale, in caso di violazione dei suoi diritti¹⁰⁶.

L'atto, in esame, infine, impone alle autorità competenti degli Stati membri di adottare le misure di sicurezza necessarie per proteggere i dati personali da qualsiasi forma illegittima di trattamento, nonché dalla perdita accidentale, alterazione, divulgazione o accesso non autorizzati¹⁰⁷.

Si ritiene pertanto positiva l'azione intrapresa dall'Unione volta ad armonizzare le legislazioni statali in materia penale e a rafforzare la cooperazione giudiziaria, imponendo, al contempo, il rispetto della tutela della *privacy*.

Va ricordato, infine, che tale tutela è destinata ad essere maggiormente rafforzata qualora venga approvata la proposta di direttiva della Commissione che dovrebbe sostituire la decisione 2008/977/GAI e dettare una nuova disciplina sui trattamenti dei dati personali per finalità di giustizia e di polizia¹⁰⁸. È appena il caso di rilevare che la proposta innoverebbe in maniera significativa il quadro normativo esistente in relazione a due aspetti. Un primo aspetto riguarda l'ambito di applicazione: a differenza della decisione-quadro che andrebbe a sostituire – la quale disciplina esclusivamente lo scambio di dati fra autorità competenti degli Stati membri ed il successivo trattamento dei dati scambiati - le disposizioni della direttiva si applicherebbero, in via

politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché i dati relativi alla salute e alla vita sessuale di una persona (art. 6).

¹⁰⁵ In questo caso, lo Stato membro ricevente deve rispettare le eventuali restrizioni allo scambio di dati, previste dalla legge dello Stato membro che ha trasmesso i dati (art. 11). È altresì contemplata, in taluni casi, la possibilità per lo Stato membro ricevente di trasferire i dati personali a Paesi terzi o a organismi internazionali, previo consenso dello Stato membro che per primo ha reso disponibili i dati, ad eccezione dei casi che presentano una particolare urgenza (art. 13). I dati personali possono anche essere trasmessi a privati negli Stati membri per finalità esclusive, a condizione che l'autorità competente dello Stato membro presso cui i dati sono stati ottenuti abbia acconsentito (art. 14).

¹⁰⁶ Art. 16, 17, 18 e 19.

¹⁰⁷ Art. 22.

¹⁰⁸ Il 25 gennaio 2012 la Commissione europea ha presentato due proposte di revisione delle norme sulla protezione dei dati personali. Una proposta riguarda, appunto, una direttiva che dovrebbe sostituire la decisione 2008/977/GAI (decisione quadro sulla protezione dati nell'ex III pilastro). L'altra proposta riguarda un regolamento che andrebbe a sostituire la direttiva 95/46/CE, la quale disciplina, in termini generali, la tutela delle persone fisiche rispetto al trattamento dei dati personali. Regolamento che andrà quindi a disciplinare i trattamenti nell'ambito dell'ex I pilastro dell'Unione.

generale, a tutti i trattamenti di dati personali svolti in uno Stato membro per tali finalità "istituzionali". Un secondo aspetto riguarda i contenuti. La proposta di direttiva - pur riprendendo l'impostazione del precedente regolamento che richiama, ad esempio, in merito alle definizioni di soggetto interessato, dato personale, trattamento e titolare del trattamento - contiene disposizioni specifiche sulle responsabilità e gli obblighi dei titolari del trattamento¹⁰⁹, stabilisce i criteri di legittimità dello stesso e - rispetto a quanto genericamente previsto nella decisione quadro - detta una disciplina particolarmente dettagliata sulle misure di sicurezza che devono essere adottate e sulla possibilità di trasferimenti dei dati personali, da parte di uno Stato membro, a un Paese terzo¹¹⁰.

È evidente, quindi, che il quadro giuridico sulla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione in materia penale è destinato a evolversi ulteriormente e a subire profonde modifiche, nel senso di una maggiore garanzia dei diritti dei cittadini.

¹⁰⁹ Soprattutto riguardo alla garanzia della trasparenza e dell'accesso.

¹¹⁰ È prevista la possibilità di trasferimenti dei dati personali, da parte di uno Stato membro, a un Paese terzo in presenza del criterio di adeguatezza, oppure al fine di soddisfare specifiche condizioni (interesse pubblico, interessi vitali, interessi superiori dello Stato richiedente) che devono però essere fissate con legge nazionale.

CENTRO STUDI SUL FEDERALISMO

Via Real Collegio 30
10024 Moncalieri (TO)
Tel. +39 011 670 5024
Fax. +39 011 670 5081
www.csfederalismo.it
info@csfederalismo.it