Università degli Studi di Milano-Bicocca

Scuola di Dottorato

in Scienze Giuridiche

Curriculum in Diritto Internazionale

I trattati contro la criminalità organizzata

Vittorio Corasaniti

Matricola n. 071547

XXVI Ciclo

Ringraziamenti

Si ringrazia l'Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del delincuente (ILANUD) e il suo direttore Elías Carranza, per aver patrocinato un seminario presso l'Università di Milano-Bicocca su alcuni dei temi oggetto di questo lavoro.

Dedico un ringraziamento particolare al mio Maestro Tullio Scovazzi e alla Prof.ssa Gabriella Citroni, per l'opportunità della Corte Interamericana dei Diritti Umani e tutto ciò che ne è derivato.

Un ringraziamento va, inoltre, a tutte le persone che hanno dato il loro apporto a questa tesi o che mi hanno accompagnato durante la fase di redazione.

A mis tatas…

INDICE

Introduzione 1

Capitolo I
Il fenomeno della criminalità organizzata

1. Verso una definizione condivisa di criminalità organizzata 13
2. La Conferenza di Napoli 24
3. Verso la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale 31
4. La definizione di gruppo criminale organizzato nella Convenzione di Palermo 42
5. I Protocolli alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata 53
6. Il traffico illecito di migranti 54
6.1. Considerazioni previe all'adozione del Protocollo contro il traffico illecito di migranti per terra, mare o aria 56
6.2. I diritti dei migranti 58
6.3. La funzione repressiva 61
6.4. Gli elementi costitutivi del traffico illecito di migranti 62
A) Il beneficio finanziario o materiale 62
B) La facilitazione dell'entrata illegale di una persona nel territorio di uno Stato parte al Protocollo 64
6.5. Le altre condotte criminali connesse al traffico illecito di migranti 69
6.5.1. Un caso particolare. La disciplina dei visti e il traffico di migranti all'interno dell'Unione Europea 70

6.6. Il traffico illecito di migranti via mare. Il problema della giurisdizione in alto mare 73
7. La tratta di persone 83
7.1. La definizione della tratta di persone: struttura dell'art. 3, lett. *a)* 84
7.2. La definizione delle forme di sfruttamento 87
A) La prostituzione 87
B) Il lavoro forzato 89
C) La schiavitù 90
D) La servitù 93
7.3. L'assistenza e la protezione alle vittime 95
7.4. Le vittime e la condizione di vulnerabilità 96
7.5. La prevenzione e la cooperazione nel Protocollo di Palermo 102
A) L'armonizzazione legislativa e l'obbligo di interventi strutturali sulla domanda e l'offerta 102
B) Lo scambio di informazioni e la formazione dei funzionari pubblici 104
C) L'adozione delle misure per la sicurezza delle frontiere e il coinvolgimento delle imprese 108
8. Il traffico illecito di armi 110
8.1. Il protocollo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata 111
8.2. La Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio illegale di armi leggere e di piccolo calibro in tutti i suoi aspetto 115
8.3. Verso la redazione di un trattato sul commercio di armi 117
8.4. Il trattato sul commercio di armi 118
A) Struttura del trattato 120
B) Definizione delle armi 120
C) I registri 121
D) Le proibizioni 121
E) Le esportazioni 125

F) Le deviazioni 126
8.5. La cooperazione tra Stati 128
8.6. Iniziative regionali 130
9. Il traffico illecito di droga..... 131
9.1 La Conferenza di Shangai del 1909..... 132
9.2 La Convenzione internazionale sull'oppio del 1912 133
9.3 Il Comitato consultivo sul traffico dell'oppio e delle altre droghe nocive e il Comitato della salute 136
9.4 La Convenzione del 1925 136
9.5 La Convenzione del 1931 137
9.6 La Convenzione del 1936 139
9.7 Il Protocollo del 1953 139
9.8 Le Convenzioni vigenti..... 141
9.9 La prevenzione e il sistema di controllo e vigilanza 142
9.9.1 Gli organi preposti al controllo delle droghe 142
A) La Commissione delle Nazioni Unite sugli stupefacenti..... 142
B) Il Comitato internazionale per il controllo dei narcotici 144
9.9.2 Le liste delle droghe e la loro amministrazione 145
9.9.3 Gli altri strumenti di controllo delle droghe . 151
A) Il controllo degli stupefacenti 151
B) Il controllo delle sostanze psicotropiche..... 154
C) Il controllo dei precursori..... 154
9.10 La repressione 155
9.10.1 La criminalizzazione e la sanzione del traffico illecito..... 157

Capitolo II
Corruzione e riciclaggio come entrata nelle istituzioni e nell'economia legale

1. Descrizione della corruzione come reato-mezzo e risposte del diritto internazionale 164
2. La Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali 170
2.1 La definizione di corruzione nella Convenzione OCSE: corruzione attiva e "*grease payments"* 172
2.2 Altri aspetti rilevanti della Convenzione OCSE 177
3. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata 180
4. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione 183
4.1 Le misure previste dal capitolo II della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione: l'obbligo di tipizzare i reati negli ordinamenti interni 185
4.1.1 Gli autori del reato: il funzionario pubblico . 185
4.1.2 Il bene giuridico tutelato 191
A) La corruzione 194
B) La corruzione di funzionari pubblici stranieri e di funzionari pubblici di organizzazioni internazionali pubbliche 201
C) La penalizzazione delle condotte del pubblico ufficiale previste dall'art. 17 205
C.1) La malversazione e il peculato 205
C.2) L'appropriazione indebita 208
C. 3) Le altre forme di deviazione e la distinzione tra le diverse fattispecie 211

C.4) Le deviazioni dei fondi dell'Unione europea 214
D) Il traffico di influenze 226
E) L'abuso delle funzioni 237
F) L'arricchimento illecito 240
F.1) I soggetti rilevanti 242
F.2) Il periodo di rilevanza 243
F.3) L'incremento significativo del patrimonio .. 249
F.4) L'assenza di giustificazione 250
G) La penalizzazione delle condotte di corruzione nel settore privato 259
G.1 Osservazioni generali 259
G.2) Il bene giuridico tutelato 260
G. 3 La corruzione privata 266
G.3.1 Corruzione in camicia e corruzione in pantaloncini 271
G.4) La responsabilità degli enti privati 279
5. La prevenzione della corruzione 281
5.1 Politiche e pratiche di prevenzione della corruzione 287
5.2 La partecipazione della società 288
5.3 Rispetto del principio di trasparenza e ruolo dell'informazione 296
5.4 Il finanziamento ai partiti politici 298
6. Il riciclaggio 315
6.1 Le norme internazionali in materia di riciclaggio 321
6.2 La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope 324
6.3 Il Gruppo di azione finanziaria internazionale ... 328
6.4 La Convenzione di Strasburgo 331
6.5 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata 334

6.6 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione 340
6.7 Il contrasto al riciclaggio nell'Unione Europea. A) La direttiva 91/38/CEE 342
B) La direttiva 2001/97/CE..... 345
C) La direttiva 2005/60/CE..... 350

Capitolo III
Conclusioni

1. Per un approccio integrale al contrasto alla criminalità organizzata..... 356
2. La prevenzione della criminalità organizzata 361
3. Il ruolo della cultura 367
4. Analisi giuridica di un problema psico-socio-economico..... 369
4.1. Le contraddizioni alla base criminalità organizzata e della sua definizione: eziologia dell'art. 2 della Convenzione di Palermo..... 372
4.2 Contraddizioni mafiogene alla base del traffico illecito di migranti..... 381
4.3 Contraddizioni mafiogene alla base della tratta di persone 391
A) Sotto il profilo storico..... 391
B) Sotto il profilo psicosociale 392
B.1) Un esempio su tutti: la discriminazione femminile e tratta di persone con la finalità dello sfruttamento sessuale..... 394
C) Sotto il profilo economico 399
4.4 Contraddizioni mafiogene alla base del traffico illecito di droga 400

4.5 Contraddizioni mafiogene alla base del traffico di armi 408
4.6 Le contraddizioni mafiogene alla base della corruzione 410
5. Di chi è la responsabilità dello Stato? 411

Documentazione consultata 415
Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite 421
Assemblea Generale delle Nazioni Unite 421
Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite 422
Strumenti internazionali 423
A) Diritti umani 423
B) Criminalità organizzata 423
C) Traffico illecito di migranti 423
D) Tratta di persone 424
E) Traffico illecito di armi 425
F) Traffico illecito di droga 426
G) Corruzione e riciclaggio 427
H) Altri strumenti internazionali 429
Iniziative dell'Unione Europea 429
Altri documenti consultati 430
Giurisprudenza internazionale 430
A) Corte Europea dei Diritti Umani 430
B) Corte Interamericana dei Diritti Umani 431
C) Altri Tribunali internazionali 431
D) Corte di giustizia dell'Unione europea 432
Tribunali nazionali 432
A) Argentina 432
B) Colombia 433
C) Costa Rica 433
D) Francia 434
E) Italia 434
F) Regno Unito 437
G) Perù 437

H) Spagna 438
I) Stati Uniti 439
J) Venezuela 439
Legislazioni nazionali 440
A) Argentina 440
B) Brasile 440
C) Costa Rica 440
D) Francia 441
E) Italia 441
F) Messico 441
G) Perù 442
H) Portogallo 442
I) Spagna 443
J) Altre legislazioni nazionali 443
Unione europea 444

BIBLIOGRAFIA 449

Introduzione

Quando negli anni Novanta la Radio Televisione Italiana trasmetteva la serie televisiva La Piovra, diventata famosa per aver fatto conoscere al mondo intero i problemi dello Stato italiano, i criminali organizzati erano quelli con i tratti somatici del balordo, l'accento siciliano e il modo di vestire non troppo elegante, sempre pronti all'azione per uccidere questo o quel poliziotto, magistrato o traditore. Anni, quelli, in cui la violenza sostituiva le parole, e gli scontri politici tra lo Stato e i poteri occulti si svolgevano sul piano politico-militare più che su quello politico[1].

In seguito, i mafiosi, quelli vecchi, sono stati imprigionati e i loro figli (rappresentanti di una generazione diversa, con meno necessità e anche per questo meno violenta) hanno deciso che sarebbe stato meglio instaurare un altro tipo di relazione con lo Stato, fondata sul negoziato e sullo scambio, più che sulla violenza.

Sono passati vent'anni e i protagonisti criminali di allora hanno cambiato volto e soprattutto accento: non tanto perché si siano spostati verso il nord Italia[2], quanto (e soprattutto) perché hanno cominciato ad agire sul piano internazionale.

Lo hanno fatto emigrando all'estero, dove hanno rifondato le loro mafie entrando in contatto con le

---

[1] COWELL, *Nations Confer in Italy on Rise in Global Crime*, in *International Herald Tribune, New York Times*, 1994, disponibile sulla rete interconnessa.

[2] DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA, *Relazione annuale sulle attività svolte da Procuratore nazionale antimafie dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata dii tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2009 – 30 giugno 2010*, Roma, 2010, p.86.

organizzazioni criminali degli altri Stati del mondo che venti anni fa non erano famose quanto oggi, sia perché i mezzi di comunicazione di massa non erano così potenti (all'epoca internet si trovava in una fase di vita embrionale) sia perché le altre mafie nazionali non avevano né un atteggiamento particolarmente aggressivo come quella italiana né una presenza altrettanto forte negli apparati statali.

Se la RAI decidesse di trasmettere un nuovo film sulla mafia oggi, dovrebbe probabilmente cambiare mollusco e trovarne uno che abbia molti più tentacoli, nuoti per i sette mari, parli più di una lingua e abbia tanti, anzi tantissimi alleati e collaboratori.

Tra le cause che hanno contribuito allo sviluppo del crimine organizzato vi sono la natura dei beni commercializzati dalle organizzazioni criminali, tra cui sostanze stupefacenti, armi, rifiuti tossici e materiale pornografico (tutti generati in luoghi diversi da quelli dove sono utilizzati, il cui passaggio avviene eludendo controlli e corrompendo chi deve vigilare sui transiti); la globalizzazione dell'economia e il progressivo depotenziamento delle barriere doganali che ha reso possibile una più libera circolazione delle merci e dei capitali, anche di quelli illegali; i flussi migratori dell'inizio del XX secolo, che hanno contribuito a costituire nuclei mafiosi in diversi Stati del mondo; la diffusione del traffico degli stupefacenti negli anni '70 del secolo scorso.

A queste cause se ne potrebbero aggiungere altre due: l'affermarsi del neoliberismo economico come conseguenza diretta della globalizzazione e del depotenziamento delle barriere doganali e la crisi economica, che, molto probabilmente, la storia confermerà come prodotto del neoliberismo economico selvaggio.

I sempre più bassi livelli di tutela dei lavoratori (soprattutto quelli che sono appena entrati nel mondo del lavoro), il depotenziamento degli strumenti di garanzia dei diritti civili e politici e dei diritti economici, sociali e culturali; la sostituzione di una logica finanziaria a quella dell'economia reale: sono tutti fattori che concorrono a un allontanamento progressivo dei cittadini dallo Stato e dalla consapevolezza dello stesso, portandoli a esigere servizi, invece che garanzie e beni, al posto di diritti, sostituendo il benessere sociale alla proprietà personale. È da questa logica che nascono e si sviluppano i grandi commerci illegali che alimentano i proventi della criminalità organizzata transnazionale: la contraffazione dei marchi, il traffico dei rifiuti, la tratta di persone, il traffico di droga, il riciclaggio.

La preoccupazione degli Stati su questo fenomeno è in continuo aumento, soprattutto perché i gruppi criminali dimostrano di poter risolvere quelle esigenze sociali ed economiche a cui gli Stati (volontariamente o involontariamente) non riescono a trovare una soluzione.

Ne deriva un atteggiamento ambiguo da parte degli individui, che tendono ad assumere comportamenti contrari alla logica statale, a volte dolosamente; a volte semplicemente per omissione.

Si pensa alla politica come "altro" rispetto alla vita personale o si eleggono rappresentanti politici al servizio di poteri occulti che contribuiscono ogni giorno a una scorretta redistribuzione delle risorse, impoverendo settori della popolazione destinati a far parte dello stesso crimine organizzato[3]: un cerchio perfetto, disegnato spesso dalla mano della consuetudine[4].

---

[3] "L'espansione dell'illegalità nella vita pubblica ha riguardato, negli anni passati, tutti i partiti, l'amministrazione pubblica,

Secondo i dati forniti dal Fondo Monetario Internazionale (FMI), i proventi derivanti dalle attività illecite transnazionali ammontano al 2% del prodotto interno lordo (PIL) mondiale[5]. Si tratta di una percentuale molto approssimata, perché, in realtà, non si conoscono tutti i traffici e le cifre esatte cui ammontano i profitti illegali[6]. La criminalità organizzata transnazionale

---

l'impresariato, il sistema bancario e, allo stesso tempo, molti strati della popolazione legati al mondo della politica per strette relazioni clientelari, per connivenza o addirittura solo per rassegnazione, il tutto nella pratica della corruzione. Così, dietro la facciata dello stato di diritto, si è sviluppato un infrastato clandestino, con i suoi propri codici e le sue proprie imposte, organizzato in centri di potere mafiosi e, conseguentemente, in contraddizione con tutti i principi della democrazia: da quello della legalità a quello della pubblicità della trasparenza, da quello della rappresentatività a quello della responsabilità politica e del controllo popolare del funzionamento del potere": FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Bari,1995, p. 9.

[4] Si tratta delle contraddizioni mafiogene che, come si vedrà, generano un meccanismo consuetudinario in cui gli individui adottano dei comportamenti mafiosi perché abituati o educati in questo senso.

[5] CAPOLUPO, CARBONE, STURZO, *Antiriciclaggio, obblighi per professionisti, intermediari e altri soggetti*, Roma, 2008, p. 46.

[6] "Oggigiorno, dobbiamo far fronte a criminali creativi che utilizzano mezzi potenti e difficilmente individuabili. Pertanto, la nostra risposta deve essere una risposta altamente creativa. Inoltre, ci troviamo dinanzi ad una sfida globale che richiede un'analisi globale, un impegno globale ed una risposta globale. La sua sofisticazione è senza precedenti in quanto la sfida consiste in una combinazione di un numero crescente di fattori strategici, economici, sociali e persino climatici": Segmento di alto livello ONU sulla Convenzione di Palermo, *intervento del Ministro della Giustizia italiano*, New York, 17 giugno 2010, testo disponibile sulla rete interconnessa.

costituisce, dunque, una minaccia alla sicurezza nazionale e un pericolo per la stabilità internazionale, compromette lo stato di diritto e inquina l'economia[7].

É evidente che le barriere economiche sono state rimosse troppo in fretta (soprattutto in seguito alla caduta del muro di Berlino) e i gruppi criminali organizzati ne hanno potuto approfittare, potendosi muovere più velocemente in un contesto di rapida deregolamentazione, non solo dei mercati, ma anche dei ruoli sociali, istituzionali e criminali.

Proprio perché le organizzazioni criminali sono riuscite a penetrare negli apparati statali e nella società, la distinzione tra i buoni e i cattivi non è così netta. Per questo motivo, contro la criminalità organizzata è necessario adottare due tipi di strategie: da una parte quella repressiva, per fermare e punire i gruppi criminali; dall'altra quella preventiva, diretta soprattutto alla popolazione, affinché essa possa proteggersi dalla criminalità organizzata e, soprattutto, decidere di non entrare a farne parte.

Troppo spesso l'azione di lotta contro i gruppi criminali si è basata esclusivamente su strategie repressive non ben articolate che si rivelano incomplete ed inidonee, giacché affrontano il fenomeno come se avesse semplicemente una rilevanza penale, tralasciando l'analisi e la soluzione delle sue cause sociali e strutturali.

Problemi sono sorti non solo a livello nazionale. Sul piano internazionale, infatti, gli Stati hanno incontrato grandi difficoltà di coordinamento e cooperazione: basti pensare che un accordo su una definizione di criminalità

[7] Dichiarazione finale della riunione ministeriale G8 Giustizia e Affari Interni, Roma, 30 maggio 2009, disponibile sulla rete interconnessa.

organizzata è stato raggiunto solo dopo venticinque anni di discussioni (con la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale), quando la situazione era diventata insostenibile anche per gli Stati sviluppati.

Ciononostante, alcuni importanti risultati sono stati raggiunti grazie al diritto internazionale mediante l'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (New York, 15 novembre 2000)[8] e i suoi relativi Protocolli[9].

Oltre a questi strumenti, soprattutto per la consapevolezza delle conseguenze sempre più gravi dell'agire dei gruppi criminali, sono stati adottati ulteriori

[8] La Convenzione è stata "aperta alla firma di tutti gli Stati dal 12 al 15 dicembre 2000 a Palermo, Italia, e in seguito presso la sede delle Nazioni Unite a New York fino al 12 dicembre del 2002" (art. 36, par. 1). È entrata in vigore il 29 settembre 2003, disponibile sulla rete interconnessa.

[9] Si tratta del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini (New York, 15 dicembre 2000), entrato in vigore il 25 dicembre 2003; del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria (New York, 15 dicembre 2000), entrato in vigore il 28 gennaio 2004, e del Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativo alla produzione illegale e al traffico di armi da fuoco, delle loro parti e componenti e delle loro munizioni (New York, 31 maggio 2001), entrato in vigore il 3 luglio 2005. I testi sono disponibili sulla rete interconnessa.

trattati, come la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Mérida, 31 ottobre 2003)[10].

Per meglio comprendere la criminalità organizzata e le problematiche ad essa connesse sul piano internazionale, questo lavoro si divide in tre capitoli, tesi a dimostrare che l'origine e lo sviluppo del fenomeno derivano da contraddizioni economiche e sociali, e che le azioni dello Stato per contrastarlo devono essere ispirate a strategie sia repressive che preventive.

In particolare, il primo capitolo propone una descrizione della criminalità organizzata e di alcuni dei reati più redditizi (tra cui il traffico illecito di migranti, la tratta di persone, il traffico di armi e il traffico illecito di droga) e contiene un'analisi dei principali trattati multilaterali volti a contrastare il fenomeno nel suo complesso.

Il secondo capitolo è dedicato specificamente al contrasto alla corruzione e al riciclaggio, reati con cui la criminalità organizzata cerca di eludere i controlli delle autorità pubbliche e di infiltrarsi nel tessuto sociale, economico e politico dello Stato. L'analisi degli strumenti internazionali in materia aiuta a comprendere meglio le società che sono state definite mafiogene, quelle, cioè, in cui i comportamenti criminali sono generalizzati, specialmente quando i soggetti associati per metterli in atto sono funzionari pubblici o rappresentanti di importanti società pubbliche o private. Proprio su questo punto, si evidenzia il fatto che della criminalità organizzata non facciano parte esclusivamente soggetti considerati vulnerabili, generalmente abbandonati ai margini della società in condizioni di povertà e violenza, ma anche

[10] La Convenzione è entrata in vigore il 14 dicembre 2005, disponibile sulla rete interconnessa.

persone con cariche importanti e altrettanto importanti funzioni amministrative o di controllo, che sono solite esibirsi in pubblico con le maniche larghe e il collo della camicia tirato a lucido e ben stirato ("colletti bianchi"). Basti pensare al settore degli affari, in cui impiegati e dirigenti di imprese dei Paesi sviluppati si adoperano per corrompere funzionari di Paesi in via di sviluppo. O, ancora, al mondo dello sport, in cui atleti e dirigenti strapagati si vendono per aumentare ulteriormente i loro già lauti guadagni, alterando illecitamente il normale andamento delle gare sportive.

Nel terzo capitolo, infine, si dettano una serie di conclusioni sulla criminalità organizzata, i fattori che ne costituiscono l'origine e quelli che, invece, ne determinano lo sviluppo, anche mediante il richiamo a strumenti internazionali diversi rispetto a quelli direttamente destinati alla lotta alla criminalità organizzata. Se dal punto repressivo, è importante, infatti, continuare ad armonizzare le norme penali nazionali, così da poter sanzionare soggetti che si muovono su scala transnazionale approfittando delle differenze strutturali tra Paesi sviluppati e Paesi in via di sviluppo, è vero, però, che non si può affidare unicamente al diritto penale il difficile compito di contrastare e reprimere un fenomeno tanto complesso come la criminalità organizzata.

Da questo punto di vista, infatti, è importante capire quali sono i meccanismi che l'hanno generata e gli strumenti internazionali che possono inficiarla, analizzando, per esempio, la stretta relazione tra fenomeni come la tratta di persone e la discriminazione di soggetti vulnerabili, tra cui le donne e i bambini; il traffico illecito di migranti e il mercato del lavoro, sempre più alla ricerca dell'abbassamento dei costi di produzione per poter garantire la sua competitività e sostenibilità; la cultura

della violenza e il traffico di armi; l'istigazione alla corruzione e alla mancanza di trasparenza, condannate socialmente ma inconsciamente promosse da mezzi di comunicazione e società.

Capitolo I
Il fenomeno della criminalità organizzata

Sommario 1. Verso una definizione condivisa di criminalità organizzata- 2. La Conferenza di Napoli- 3. Verso la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale- 4. La definizione di gruppo criminale organizzato nella Convenzione di Palermo - 5. I Protocolli alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata- 6. Il traffico illecito di migranti- 6.1 Considerazioni previe all'adozione del Protocollo contro il traffico illecito di migranti per terra, mare o aria- 6.2 I diritti dei migranti- 6.3. La funzione repressiva- 6.4. Gli elementi costitutivi del traffico illecito di migranti. A) Il beneficio finanziario o materiale- B) La facilitazione dell'entrata illegale di una persona nel territorio di uno Stato parte al Protocollo- 6.5. Le altre condotte criminali connesse al traffico illecito di migranti- 6.5.1. Un caso particolare. La disciplina dei visti e il traffico di migranti all'interno dell'Unione Europea- 6.6 Il traffico illecito di migranti via mare. Il problema della giurisdizione in alto mare- 7. La tratta di persone- 7.1 La definizione della tratta di persone: struttura dell'art. 3, lett. *a)*- 7.2 La definizione delle forme di sfruttamento- A) La prostituzione- B) Il lavoro forzato- C) La schiavitù- D) La servitù- 7.3 L'assistenza e la protezione alle vittime- 7.4 Le vittime e la condizione di vulnerabilità- 7.5 La prevenzione e la cooperazione nel Protocollo di Palermo- A) L'armonizzazione legislativa e l'obbligo di interventi strutturali sulla domanda e l'offerta- B) Lo scambio di informazione e la formazione dei funzionari pubblici- C) L'adozione delle misure per la sicurezza delle frontiere e il coinvolgimento delle imprese- 8. Il traffico illecito di armi- 8.1. Il protocollo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata- 8.2 La Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio illegale di armi leggere e di piccolo calibro in tutti i suoi aspetti- 8.3 Verso la redazione di un trattato sul commercio di armi- 8.4 Il trattato sul commercio di armi- A) Struttura del trattato- B) Definizione delle armi- C) I registri- D) Le proibizioni- E) Le esportazioni- F) Le deviazioni- 8.5 La cooperazione tra Stati- 8.6 Iniziative regionali- 9. Il traffico illecito di droga- 9.1 Cenni storici- 9.2 La Conferenza di Shangai del 1909- 9.3 La Convenzione internazionale sull'oppio del 1912- 9.4 Il Comitato consultivo sul traffico dell'oppio e delle altre droghe nocive e il Comitato della salute- 10.1.5 La Convenzione del 1925- 9.5 La Convenzione del 1931- 9.6 La Convenzione del 1936- 9.7 Il Protocollo del 1953- 9.8 Le Convenzioni vigenti- 9.9 La prevenzione e il sistema di controllo e vigilanza- 9.9.1 Gli organi preposti al controllo delle droghe- A) La Commissione delle Nazioni Unite sugli stupefacenti- B) Il Comitato internazionale per il controllo dei narcotici- 9.9.2 Le liste delle droghe e la loro amministrazione- 9.9.3 Gli altri strumenti di controllo delle droghe.- A) Il controllo degli stupefacenti- B) Il controllo delle sostanze psicotropiche- C) Il controllo dei precursori- 9.10 La repressione e la cooperazione internazionale- 9.10.1 La criminalizzazione e la sanzione del traffico illecito.

1. Verso una definizione condivisa di criminalità organizzata

Quello della criminalità organizzata è stato da sempre un grande problema, sia per l'omertà che ha sempre protetto i suoi membri sia per l'alto grado di difficoltà affrontata dagli organi giudiziari statali per dimostrare la relazione tra diversi delitti e attori criminali.

Il V Congresso delle Nazioni Unite su "Prevenzione del crimine e controllo: la sfida dell'ultimo quarto di secolo", tenutosi a Ginevra[11] nel 1975, fu il primo evento in cui si parlò di criminalità organizzata e della sua transnazionalità. Tra i temi trattati, vi furono i mutamenti nella forma e nella dimensione della criminalità a livello nazionale e transnazionale; il crimine come affare e il crimine organizzato in generale; il ruolo della legislazione penale, le procedure giudiziarie e le altre forme di controllo sociale nella prevenzione del crimine; lo sviluppo di attività di prevenzione tra i ruoli tradizionali di *law enforcement* affidati alla polizia e le conseguenze economiche e sociali della criminalità.

Durante il Congresso si affrontò il problema della dimensione transnazionale del crimine, inteso nel seguente modo:

> "The concept of transnational crime will be used in the present paper to refer to those instances of crime as businesses […], which span the borders of two or more countries,

[11] Doc. A/CONF. 56/INF. 5* del 4 agosto 1975, par. 2. La sede del Congresso era stata stabilita a Toronto. Tuttavia, in seguito a una richiesta del Governo canadese di posticipare il congresso, l'Assemblea Generale decise che l'evento si sarebbe tenuto presso l'Ufficio delle Nazioni Unite a Ginevra.

> either because the economic behavior concerned involves crime committed concurrently against the laws of two or more countries (income tax fraud or financial manipulation that is illegal in two or more countries, for instance) or because the crimes, though planned and directed in one country, may have their economic or social impact in another"[12].

Si constatava per la prima volta che gli Stati non avevano ancora definito questo tipo di fenomeno, ponendo una distinzione tra crimini internazionali e crimini transnazionali:

> "In general, there is no international law to regulate this type of behaviour, and the international accords embodied in national laws are not of much help in preventing this type of crime"[13].
>
> "In distinguishing transnational from international crime, any proposed definition would differentiate actions involving nation States from those involving persons or corporate bodies"[14].

Nella definizione di delinquenza transnazionale si sarebbero inclusi sia i delitti ordinari, che sono delitti

[12] Doc. A/CONF. 56/3 del 1-12 settembre 1975, par. 22.
[13] *Ibidem*.
[14] *Ivi*, par. 118.

contemplati dalle leggi nazionali, ma che coinvolgono cittadini di diversi Stati, sia le situazioni nelle quali il delitto avviene in diversi Stati[15].

Particolare attenzione fu rivolta nei confronti di specifiche categorie di reati, come il contrabbando delle merci, la falsificazione di fatture di importazione ed esportazione e il narcotraffico. Nel caso particolare del contrabbando, si denunciava il fatto che in questo tipo di commercio illegale fossero coinvolti gli stessi commercianti che operavano nel settore legale del mercato, provvedendo alla corruzione dei funzionari pubblici addetti al controllo delle dogane nazionali: in sostanza, le barriere doganali, sebbene concepite per regolare il commercio internazionale, controllavano anche la struttura del commercio illegale[16].

Era ormai chiaro che le organizzazioni criminali agivano sul piano internazionale tessendo grandi reti di collaboratori transnazionali, soprattutto per commerciare beni di natura illegale. Tra i delitti di carattere internazionale vennero annoverati la criminalità internazionale organizzata di tipo mafioso, il cui obiettivo ultimo è il lucro; l'attività terroristica di natura transnazionale; i delitti economici che constano di operazioni e transazioni in più di uno Stato; il commercio illecito transnazionale con oggetti d'arte appartenenti al patrimonio culturale e religioso di uno Stato; le attività che, per inquinamento o altri fattori, colpiscono l'equilibrio ecologico e la stabilità ambientale di più di uno Stato.

---

[15] *Ibidem.*

[16] *Ibidem,* par. 25.

Proprio per questo motivo, si presero in considerazione diversi tipi di delitti e temi ad essi collegati, tra cui:

> "a) Crime as business at the national and transnational levels: organized crime, white-collar crime and corruption;
> b) Offences involving work of art and other cultural property;
> c) Criminality associated with alcohol and drug abuse;
> d) Interpersonal violence;
> e)Violence of transnational and comparative international significance;
> f) Criminality related to motorized traffic;
> g)Criminality associated with migration and flight from natural disaster and hostilities;
> h) Female criminality;
> i) Forecasts of crime and crime control problems[17]".

Si tratta del primo sforzo importante per cercare di fissare i limiti dentro cui la comunità internazionale avrebbe potuto muoversi per far fronte alla criminalità organizzata e ai delitti transnazionali che interessavano sia i Paesi sviluppati sia i Paesi in via di sviluppo.

Nonostante queste premesse, il rapporto finale del V Congresso delle Nazioni Unite riuscì solo a concludere che

[17] Doc. A/CONF. 56/10 del 1-12 settembre 1975, par. 50.

il delitto come affare transnazionale era stato studiato molto poco. C'era addirittura chi sosteneva che una definizione di crimine transnazionale sarebbe stata superflua.

> "At international level 'crime as business' had so far studied very little. It was argued by some participants that the concept of 'transnational crime' was in fact superfluous, at least if it entailed the existence of supra-national law. Others, nonetheless, considered that the consequences of economic crimes that span the borders of two or more countries might be at least as serious as those of purely national crimes"[18].

Durante il VI Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento del delinquente (Caracas, 1980), si aggiunsero nuovi elementi alla connotazione transnazionale del crimine organizzato. Più che sulla definizione di delitto organizzato internazionale, l'enfasi fu posta sul concetto di abuso di potere nelle sue varie forme - politico, economico e sociale, spesso interconnesse tra loro - e sui delitti economici commessi da funzionari statali di alto livello o da potenti imprese transnazionali, le quali, approfittando delle differenze strutturali esistenti tra i Paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo, imponevano a questi ultimi dei prezzi eccessivi:

[18] *Ibidem,* par. 54.

> "One of the most flagrant practices is overpricing. It is reported, for example, that the tranquilizers Librium e Valium were sold in Colombia at 65 times the price proposed on the European market; yet the offence was so difficult to prosecute as an economic one (illicit prices), that it had to be prosecuted as a tax or foreign exchange offence, as a result of which 17 companies were sentenced to a fine of about 2 million pesos"[19].

Le conseguenze sul piano internazionale dell'abuso di potere evidenziavano la necessità di creare strategie di cooperazione tra vari Stati per realizzare le attività investigative necessarie[20].

Il VII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento del delinquente (Milano, 1985), partendo dall'osservazione del contesto più ampio dello sviluppo socioeconomico mondiale, evidenziò che la criminalità non poteva più considerarsi come una preoccupazione meramente locale, ma rappresentava piuttosto un problema globale: gli Stati, pertanto, erano chiamati a sviluppare e migliorare la cooperazione, a livello sia regionale che internazionale[21]. Le nuove dimensioni e le caratteristiche mutevoli del delitto e della delinquenza mettevano in evidenza la

[19] Doc. A/CONF. 87/6 del 22 luglio 1980, par. 40.
[20] *Ibidem*, par. 155.
[21] Doc. A/CONF. 121/19 del 25 aprile 1985, par. 4.

necessità di definire nuove strategie e apparati per migliorare i sistemi di lotta esistenti[22].

Si prese in considerazione lo sviluppo di un nuovo ordine economico mondiale e il fatto che la nuova struttura economica e sociale dovesse contare su riforme pertinenti della giustizia penale per garantire la capacità di risposta dello stesso ai valori fondamentali della società, oltre che alle aspirazioni della comunità internazionale[23].

Il crimine organizzato aveva raggiunto negli ultimi decenni un'estensione geografica e un livello di coordinamento internazionale senza precedenti, oltre a una presenza effettiva in tutte le attività criminali lucrative, come la produzione, il trasporto e la vendita illegale di stupefacenti, il contrabbando su larga scala di armi e prodotti oggetto di embargo, le frodi alle assicurazioni, le frodi marittime, la tratta di persone, specialmente di donne e bambini per lo sfruttamento della prostituzione, i trasferimenti illeciti di capitali, la bancarotta fraudolenta, il traffico di migranti, il gioco d'azzardo, la falsificazione di denaro e la produzione e la vendita di materiale pornografico.

Con i guadagni ottenuti dalle attività illecite, stimati in centinaia di milioni di dollari e che in alcuni casi eccedevano il valore del prodotto interno lordo di alcuni Stati, le organizzazioni criminali potevano raggiungere un potere economico che permetteva loro di ottenere la complicità e la protezione di funzionari statali di alto livello e che garantivano l'impunità per le operazioni

[22] *Ibidem*, par. 7.

[23] *Ibidem*, Documento annesso, *Guiding principles for crime prevention and criminal justice in the context of development and a new international economic order*, par. 1-12, raccomandati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione A/RES/40/32 del 29 novembre 1985.

illecite. Le organizzazioni criminali si convertivano in centri generatori di corruzione e fonte di instabilità politica[24].

Nel corso del VII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento del delinquente (Milano, 1985) emerse che, negli ultimi anni, molti Paesi in via di sviluppo avevano conquistato l'indipendenza e avevano dovuto affrontare il problema di convertire i loro obiettivi politici in piani e programmi concreti. Lo sviluppo tecnologico ed economico che questi nuovi Stati stavano vivendo doveva fare i conti con una legislazione ereditata dagli Stati preesistenti e in molti casi poco efficace (perché composta di codici estranei alle loro istituzioni e tradizioni nazionali), non permettendo un efficace contrasto alla criminalità organizzata che si stava formando al loro interno[25].

Era il 1985: il muro di Berlino sarebbe caduto solo quattro anni dopo. Nuovi Stati si sarebbero resi indipendenti e non avrebbero avuto gli strumenti necessari per combattere la criminalità organizzata[26].

L'VIII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del delitto e il trattamento del delinquente (L'Avana, 1990) si svolse appena dopo la caduta del muro

---

[24] *Ibidem,* par. 17.

[25] *Ibidem,* par. 5.

[26] In un'intercettazione telefonica successiva alla caduta del muro di Berlino, Giovanni Tagliamento, uomo d'onore della famiglia Morabito-Stimoli di Catania, ordinava al suo interlocutore che si trovava a Berlino Ovest di andare subito a Berlino Est e di comprare. Alla richiesta di cosa comprare, rispondeva: "Ristoranti, discoteche, tutto! Tutto! Tutto!": ZUCCARELLI, *Il fenomeno della contraffazione dei marchi e la criminalità organizzata. Le azioni investigative, interne ed internazionali, per il contrasto di condotte di falsificazione,* Roma, 2008, p. 2.

di Berlino. Gli Stati dimostravano maggior consapevolezza nei confronti del crimine organizzato e dei potenziali pericoli che esso rappresenta. Tuttavia, se ne parlava ancora come un fenomeno in fase di studio. É significativo il fatto che il documento di lavoro presentato dal Segretario generale delle Nazioni Unite[27] esordisse spiegando la distinzione tra delinquenza internazionale e delinquenza transnazionale (indicando con la prima espressione le violazioni dei trattati internazionali vigenti, e con la seconda tutte le altre condotte illecite); ad ogni modo, lo stesso rapporto precisava che le due espressioni sarebbero state usate in un senso più o meno equivalente[28], senza prendere in considerazione la distinzione enunciata durante il V Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del crimine e il trattamento del delinquente[29].

Il rapporto del Segretario generale definiva la delinquenza organizzata come un'attività criminale complessa e su larga scala, realizzata da associazioni organizzate in varie forme, con lo scopo di creare, approvvigionare e sfruttare i mercati illegali a spese della società e nell'assoluto disprezzo della legge, commettendo anche delitti contro le persone, in particolare minacce, intimidazioni e violenza fisica.

La crescente transnazionalizzazione del delitto si caratterizzava per l'estensione delle attività a più Stati sviluppati e a un numero sempre maggiore di Stati in via di sviluppo, che servivano come nuove fonti o nuovi mercati dei beni e servizi somministrati dalle organizzazioni criminali. I danni causati al sistema economico, al sistema politico e alla stabilità sociale di tutti gli Stati interessati da

[27] Doc. A/CONF. 144/5 del 31 luglio 1990, par. 1.
[28] Doc. A/CONF.144/7 del 26 luglio 1990, par. 9.
[29] *Supra*, par. 1.

questo fenomeno erano considerati destabilizzanti, soprattutto nel caso delle strutture più fragili e vulnerabili degli Stati in via di sviluppo[30].

La lista delle attività transnazionali della delinquenza organizzata non poteva più essere considerata come tassativa o esaustiva. Piuttosto, avvertiva il rapporto del Segretario generale, in futuro avrebbe potuto essere necessario ampliare considerevolmente l'elenco, considerando le nuove tendenze sociali e i nuovi sviluppi tecnologici[31].

La cooperazione internazionale per combattere la delinquenza organizzata era ancora in una fase iniziale. Anche se sul piano nazionale la maggior parte delle attività alle quali si dedicavano i delinquenti erano sanzionate da norme penali, sul piano internazionale bisognava ancora definire questa condotta antisociale come un delitto.

A ciò si aggiungeva la corruzione generalizzata nelle istituzioni pubbliche, un fattore di sostegno fondamentale per la criminalità organizzata che doveva essere combattuto attraverso una strategia di intervento integrale.

---

[30] Doc. A/CONF.144/7 del 26 luglio 1990, par. 14. Come faceva ben notare il rapporto del Segretario generale, è da evidenziare che i traffici del crimine organizzato hanno sempre bisogno di due tipi di Stati e due tipi di mercati per poter creare ed ampliare i loro commerci illegali: nel primo caso, deve trattarsi di uno Stato sviluppato e di uno Stato in via di sviluppo: a poco servirebbe infatti lo sforzo di trasportare e smerciare prodotti in Paesi dove la capacità d'acquisto è quasi uguale a quella dei Paesi d'origine perché non si possono gonfiare i prezzi. Nel secondo caso, è necessario che il prodotto sia diretto a un mercato che lo proibisce da un mercato che lo permette o lo "proibisce meno", in modo da poter aumentare i prezzi e gli introiti.

[31] Doc. A/CONF.144/5 del 26 luglio 1990, par. 17.

L'infiltrazione negli apparati dello Stato era accompagnata dall'infiltrazione nelle attività economiche legittime, in particolare nel commercio internazionale. A causa dell'impellente necessità delle organizzazioni criminali di poter riciclare i proventi illeciti e reinvestirli in attività apparentemente legali, la maggior parte degli introiti criminali veniva canalizzata attraverso centri finanziari esteri, passando attraverso società straniere e assorbita dalla corrente internazionale dei capitali[32].

L'evasione delle imposte e il dilagare della corruzione pubblica si accompagnavano all'incremento dei reati informatici, attraverso i quali venivano trasferite ingenti quantità di denaro da un capo all'altro del mondo.

Nonostante tutti questi elementi di preoccupazione, il rapporto del Segretario generale presentato all'VIII Congresso delle Nazioni Unite ritenne improbabile che i delitti economici potessero continuare ad aumentare, sebbene i danni potenziali che essi implicavano per l'economia internazionale fossero evidenti ed allarmanti[33].

Due anni dopo, nel 1992, il Consiglio Economico e Sociale della Nazioni Unite (ECOSOC), su raccomandazione dell'Assemblea Generale, istituì la Commissione per la prevenzione del crimine e la giustizia penale (in seguito: la Commissione)[34], le cui funzioni vennero disciplinate in una successiva risoluzione[35]. Le principali competenze della Commissione sono le

---

[32] *Ibidem*, par. 24.

[33] *Ibidem*, par. 47.

[34] Risoluzione 1992/1 del 6 febbraio 1992, *Establishment of the Commission on Crime Prevention and Criminal Jutice*

[35] Risoluzione 1992/22 del 30 luglio 1992, *Implementation of General Assembly Resolution 46/152 concerning operational activities and coordination in the field of crime prevention and criminal justice*

seguenti: incoraggiare la cooperazione internazionale per combattere il crimine nazionale e internazionale, ivi incluso il crimine organizzato, il crimine economico e il riciclaggio di proventi illeciti; promuovere la legislazione penale ambientale e la prevenzione del crimine in aree urbane, considerando i reati commessi da persone minori di età e la violenza; garantire il miglioramento dell'efficienza e del rispetto del principio di equità nei sistemi di amministrazione della giustizia penale.

2. La Conferenza di Napoli

Fu proprio su raccomandazione emessa durante la seconda sessione della Commissione per la prevenzione del crimine e la giustizia penale che il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite adottò la risoluzione 1993/29, con la quale venne convocata la Conferenza mondiale ministeriale delle Nazioni Unite sul crimine transnazionale organizzato[36].

[36] Con la risoluzione 48/103 del 20 dicembre 1993, l'Assemblea Generale espresse il suo appoggio alla Conferenza mondiale dei Ministri ed esortò gli Stati membri delle Nazioni Unite a garantire la presenza dei funzionari del rango più elevato possibile. Fu inoltre richiesto al Segretario Generale di presentare le conclusioni della Conferenza mondiale di Ministri alla 49ª sessione dell'Assemblea Generale. Su raccomandazione della Commissione per la prevenzione del crimine e la giustizia penale durante la sua seconda sessione, il Consiglio Economico e Sociale adottò la risoluzione 1993/30 del 27 luglio 1993, nella quale accoglieva favorevolmente l'iniziativa del governo italiano e del Consiglio internazionale di consulenza scientifica e professionale, con l'auspicio della Camera per la prevenzione del crimine e per la giustizia penale del Segretario Generale, l'organizzazione di una conferenza internazionale sulla prevenzione e il controllo del lavaggio di denaro sporco e l'uso dei proventi del delitto.

Non è un caso il fatto che la Conferenza sia stata intitolata al crimine transnazionale organizzato piuttosto che al crimine organizzato transnazionale. Ciò avvenne per differenti ordini di motivi: in primo luogo di carattere cronologico, poiché gli Stati e, principalmente, le Nazioni Unite avevano in un primo momento (1975, V Congresso) considerato la transnazionalità come elemento centrale per definire certi tipi di reato di crimine organizzato; in secondo luogo perché, fino a quel momento, i singoli Stati non avevano visto di buon auspicio lo sviluppo della cooperazione internazionale in materia di mutua assistenza per prevenire o combattere crimini di rilevanza nazionale.

Ancor prima della Conferenza, c'era stato un tentativo di richiamare l'attenzione sulla criminalità organizzata piuttosto che sulla sua natura transnazionale. A questo proposito, in occasione della Quarta analisi delle Nazioni Unite sulle tendenze del crimine e sui sistemi di giustizia penale, le Nazioni Unite avevano cercato di attribuire alla nozione di criminalità transnazionale un significato sostanziale, definendola come "l'insieme dei reati la cui commissione, prevenzione e/o effetti diretti o indiretti coinvolgono più Paesi"[37].

Fu anche grazie alla pressione esercitata dallo Stato italiano sulle istituzioni europee che queste ultime si convinsero della necessità di sviluppare la cooperazione penale internazionale sulla base del crimine organizzato più che sulla sola natura transnazionale del crimine. Tra le ragioni, si possono annoverare la mondializzazione delle

[37] MICHELINI, POLIMENI, *Il fenomeno del crimine transnazionale e la convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Roma, 2007, p. 6.

comunicazioni e dell'economia non accompagnata da una corrispondente mondializzazione del diritto e delle sue tecniche di tutela; il parallelo declino degli Stati nazionali e del monopolio statale della produzione giuridica[38], che passava per l'apertura delle frontiere infraeuropee e la dissoluzione dell'Unione Sovietica; lo sviluppo di nuove forme di sfruttamento, discriminazione e violenza contro beni comuni e diritti fondamentali, il *business crime* e il riciclaggio[39].

La Conferenza ministeriale mondiale sulla criminalità organizzata, svoltasi a Napoli nell'aprile del 1994, adottò la Dichiarazione politica di Napoli (in seguito: Dichiarazione politica) e il Piano d'azione globale contro il crimine transnazionale organizzato (in seguito: Piano d'azione globale)[40]. Si giunse finalmente a una caratterizzazione (non si trattava ancora di una vera e propria definizione) più sostanziale del crimine organizzato.

La Dichiarazione politica era il primo strumento internazionale in cui l'espressione "crimine transnazionale organizzato" veniva usata in senso univoco come specificato nel Piano d'azione globale[41], senza prestarsi a interpretazioni ambigue, come era successo nei congressi per la prevenzione del crimine e il trattamento del delinquente.

Il crimine organizzato era diventato una delle principali preoccupazioni degli Stati, che cercavano una

---

[38] FERRAJOLI, *Criminalidad y globalización,* in *Boletín mexicano de derecho comparado,* 2006, pp. 301-316.
[39] MICHELINI, POLIMENI, *op. cit.,* p. 9.
[40] Entrambi i documenti sono riprodotti in *Report of the World Ministerial Conference of Organized Transnational Crime*, doc. A/49/748 del 2 dicembre 1994.
[41] *Infra,* p. 16.

soluzione a livello internazionale a questo problema non riferendosi, esclusivamente e come avevano fatto in precedenza, alla sua dimensione transnazionale. Anche se formalmente si continuava a parlare di *organized transnational crime*, invece di *transnational organized crime*, le problematiche trattate riguardavano ora la sostanza del crimine organizzato: emblematico era il fatto che la Dichiarazione politica di Napoli riconoscesse la necessità di *proteggere le nostre società dalla criminalità organizzata*[42].

Nella Dichiarazione politica si denunciava, inoltre, la necessità urgente di misure legislative severe ed effettive, tipizzando delitti che non apparivano nei codici penali statali a causa della rapidissima espansione e diversificazione del crimine organizzato[43].

Tale fenomeno stava minacciando lo sviluppo sociale ed economico degli Stati, soprattutto di quelli in via di sviluppo, in cui l'infiltrazione era più facile, poiché le istituzioni statali erano quasi totalmente impreparate ad affrontare questo fenomeno e c'era bisogno di rafforzarle[44].

Il carattere transnazionale dei delitti commessi doveva essere comunque un motivo per migliorare la cooperazione internazionale tra gli Stati attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, il rafforzamento delle capacità investigative, accusatorie e giudiziarie delle istituzioni che amministrano la giustizia, la creazione di forme e principi fondamentali di cooperazione internazionale a livello regionale e globale, l'elaborazione di accordi internazionali sul crimine

[42] Dichiarazione politica, par. 1.
[43] *Ibidem*, parr. 1 e 2.
[44] *Ibidem*, par. 6.

organizzato transnazionale e lo stabilimento di misure e strategie preventive di lotta al riciclaggio di denaro sporco e di controllo dell'uso dei proventi del crimine organizzato.

D'altra parte, il Piano d'azione globale definisce specificamente i termini usati nella Dichiarazione politica, indicando le forme attraverso cui rendere operativo il suo contenuto.

Per favorire l'armonizzazione legislativa, era indispensabile indicare i parametri per identificare il crimine organizzato. Il Piano d'azione globale non ne fornisce una definizione sul piano giuridico, limitandosi a stabilire sei caratteristiche principali in attesa di una soluzione condivisa da parte degli Stati:

> "While not constituting a legal or comprehensive definition of the phenomenon, the following qualities are characteristic: group organization to commit crime; hierarchical links or personal relationships which permit leaders to control the group: violence, intimidation and corruption used to earn profits or control territories or markets; laundering of illicit proceeds both in furtherance of criminal activity and to infiltrate the legitimate economy; the potential for expansion into any new activities and beyond national borders; and cooperation with other organized transnational criminal groups"[45].

[45] Piano d'azione, par. 12.

Tali caratteristiche evidenziano la natura organizzata di un gruppo criminale, sulla base del presupposto che un delitto organizzato debba essere commesso da un gruppo con vincoli gerarchici o relazioni personali, con un capo al vertice.

Oltre a una strategia statale repressiva, il Piano d'azione globale raccomandava di mettere in pratica programmi preventivi di educazione per creare una cultura di moralità e legalità contro il codice di silenzio e intimidazione di cui si avvale la criminalità organizzata[46]. In primo luogo occorreva rafforzare le tradizionali strategie di indagine, introducendo nuove tecniche e tecnologie nell'amministrazione di giustizia, attraverso l'utilizzazione di mezzi come la sorveglianza elettronica, le operazioni segrete o sotto copertura e il controllo delle consegne postali[47]; in secondo luogo, bisognava garantire la trasparenza e l'etica negli affari, oltre a creare programmi di educazione per generare consapevolezza pubblica riguardo ai pericoli connessi al crimine organizzato[48].

Proprio per quanto riguarda il campo degli affari, il Piano d'azione globale fornisce alcune raccomandazioni sul riciclaggio di denaro: gli Stati avrebbero dovuto considerare la possibilità di adottare misure preventive per assicurare una chiara identificazione dei proprietari delle imprese; fornire informazioni accurate sulle acquisizioni e i trasferimenti, alti livelli di etica nell'amministrazione pubblica, nel settore degli affari e nelle istituzioni finanziarie; migliorare la cooperazione tra le autorità

[46] *Ibidem,* par. 17.
[47] *Ibidem,* par. 17.
[48] *Ibidem,* par. 20.

incaricate della regolamentazione dei settori finanziari ed economici e quelle che applicano la legislazione penale[49].

Bisognava assolutamente limitare il segreto bancario, identificando e registrando operazioni finanziarie di dubbia legittimità e prevenendo lo spostamento di ingenti capitali provenienti dal riciclaggio di denaro da banche strettamente controllate a settori non controllati che offrono servizi finanziari.

In tutto il Piano d'azione globale si evidenzia la necessità di dare attuazione agli strumenti internazionali esistenti[50], soprattutto gli accordi bilaterali e multilaterali di estradizione come meccanismo di rafforzamento della cooperazione internazionale tra Stati. Inoltre, si evidenzia la mancanza di una normativa specifica sulla la criminalità organizzata transnazionale: lo stesso paragrafo 12, che descrive le caratteristiche attraverso cui identificare il crimine organizzato, specifica che tali caratteristiche "[do] not constitut[e] a legal or comprehensive definition of the phenomenon".

Proprio per questo motivo, il par. 34 del Piano d'azione globale auspicava l'elaborazione di uno o più strumenti internazionali di lotta contro la criminalità organizzata. A tale scopo, la Conferenza ministeriale mondiale sulla criminalità organizzata transnazionale richiedeva alla Commissione sulla prevenzione del crimine e la giustizia criminale di iniziare un processo di consultazione dei governi sull'opportunità di adottare una o più convenzioni internazionali e sulle questioni che tali strumenti avrebbero dovuto affrontare e disciplinare.

[49] *Ibidem,* par. 37.
[50] *Ibidem,* par. 32.

3. Verso la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale

La richiesta della Conferenza ministeriale mondiale venne recepita nella risoluzione 49/159 del 23 dicembre 1994, mediante la quale l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvò la Dichiarazione politica e il Piano d'azione globale. Cominciava in questo modo a prendere corpo l'idea di un progetto di convenzione internazionale sulla criminalità organizzata transnazionale[51].

Per iniziativa del Governo polacco fu presentato un progetto di convenzione contro la criminalità organizzata[52], sulla base del quale l'Assemblea generale delle Nazioni Unite chiese a tutti gli Stati un parere sulla necessità di un tale strumento internazionale[53].

In questo periodo, la comunità internazionale adottò diversi strumenti che accelerarono l'adozione di un progetto definitivo di convenzione sul crimine organizzato transnazionale[54]. Tra questi figurano la Dichiarazione di Buenos Aires[55], la Dichiarazione di Dakar[56] e la

---

[51] CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati internazionali*, Milano, 2008, p. 148.

[52] *Question of the Elaboration of an International Convention against Organized Transnational Crime,* Doc. A/C.3/51/7 del 1 ottobre 1996.

[53] Risoluzione 51/120 del 12 dicembre 1996.

[54] CENTONZE, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 372.

[55] *Regional Ministerial Workshop on Follow-up to the Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organized Transnational Crime* (Buenos Aires, 27-30 novembre 1995), doc. E/CN.15/1996/2/Add.1 del 3 aprile 1996.

Dichiarazione di Manila[57], tutte sulla prevenzione e il controllo del crimine organizzato transnazionale.

In particolare, durante il seminario regionale ministeriale sull'azione di accompagnamento nella regione latinoamericana tenutosi a Buenos Aires, gli Stati della regione suggerirono una lista di elementi da prendere in considerazione per la redazione di una eventuale convenzione internazionale sul crimine organizzato transnazionale:

> "(a) Definitions as required for the purposes of the convention;
>
> (b) The commitment to the development of both substantive and procedural national legislation against transnational criminal organizations and their activities, in convergence with the legislation of other States;
>
> (c) Intensification of cooperation against transnational criminal activities, simplification of procedures and the implementation on a larger scale of existing agreements at the regional level;
>
> (d) Identification, freezing and forfeiture of proceeds of crime and the development of legislative and regulatory measures, as well as administrative regulations, to make the commercial and

---

[56] *African Regional Ministerial Workshop on Organized Transnational Crime and Corruption* (Dakar, 21-23 luglio 1997) doc. E/CN.15/1998/6/Add.1 del 29 agosto 1997.

[57] *Asian Regional Ministerial Workshop on Organize Transnational Crime and Corruption* (Manila, 23-25 marzo 1998), doc. E/CN.15/1998/6/Add.2 del 1° aprile1998.

financial sectors transparent and accountable;

(e) The provision of mutual assistance between States parties to the convention, according to the principles of the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters (together with its Optional Protocol concerning the proceeds of crime) and the Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters;

(f) Obligations concerning extradition of persons prosecuted, convicted or sentenced for crimes linked with activities of organized transnational crime, according to the principles of the Model Treaty on Extradition;

(g) The development of uniform techniques of investigation and prosecution against transnational criminal organizations, including more sophisticated means for gathering information, collecting evidence, analyzing financial flows, investigating suspicious transactions, and setting up specialized national investigative units to deal specifically with organized transnational crime;

(h) The strengthening of the exchange of information in order to assist other States in the investigation and adjudication of persons engaged in transnational organized crime;

(i) The strengthening of technical assistance and the exchange of expertise, with a view to reinforcing national criminal justice systems;

(j) Mechanisms and means of monitoring and evaluating the full implementation of the convention"[58].

Oltre al seminario di Buenos Aires, è da attribuire particolare rilevanza alla riunione informale di Palermo degli Stati membri della Commissione per la prevenzione del crimine e la giustizia penale[59], che prese in considerazione i seminari internazionali organizzati precedentemente e dedicò particolare attenzione ai concetti di criminalità organizzata transnazionale e alle loro definizioni.

La relazione finale della riunione di Palermo sottolinea il fatto che tra gli Stati vi erano diversità di vedute, tutte valide o comunque da prendere in considerazione proprio per la complessità del fenomeno in discussione.

Proprio per questo motivo gli Stati dichiararono che la definizione del fenomeno avrebbe potuto constare di due parti:

"The first part could address the special features of organized crime that made it a particularly dangerous

[58] Dichiarazione di Buenos Aires sulla prevenzione e il controllo del crimine organizzato transnazionale, in doc. E/CN.15/1996/2/Add.1 del 3 aprile 1996, par. 8 e appendice 1.

[59] Organizzata sotto l'auspicio della Commissione per la prevenzione del crimine e la giustizia criminale e della Fondazione Giovanni e Francesca Falcone. Palermo, dal 10 al 12 ottobre 1994.

form of crime and differentiated it from other types of criminal activity. It ought to be possible for the international community to formulate such a definition, since there was a concept of organized crime that had matured as a result of the multiple international initiatives in that area in recent years. The second part of the definition could reflect the types of criminal activity and the fact that those crimes, when committed by organized criminal groups, were more serious and therefore warranted the priority attention of the international community. The definition ought to be broad enough to permit the convention to retain its usefulness and effectiveness, particularly in view of the diversity and adaptability of organized crime. The definition would increase in importance if an obligation to criminalize organized crime was provided for by the convention. The definition included in the draft text was a useful starting point for the discussion of the international cooperation arrangements to be included in the convention. It would, however, require further elaboration, particularly in connection with legislative action to be taken by Governments. The seriousness and punishability of offences also needed

to be considered in arriving at the definition"[60].

Per quanto riguarda la seconda parte della definizione, le conclusioni della riunione di Palermo suggerivano che per la redazione del nuovo strumento internazionale avrebbero dovuto prendersi in considerazione alcune forme particolari di criminalità organizzata:

"(a) Fraud, including advance fee fraud;
(b) Money-laundering;
(c) Extortion and usury;
(d) Kidnapping;
(e) Crime involving computer or other technology;
(f) Illicit trafficking in children;
(g) Murder and infliction of injury;
(h) Trafficking in illegal migrants"[61].

In ultimo, è opportuno ricordare che, durante la riunione informale di Palermo, si fece espresso riferimento al fatto che la futura convenzione contro la criminalità organizzata non avrebbe dovuto prendere in considerazione il terrorismo, in quanto tale fenomeno era già stato oggetto di precedenti iniziative presso le Nazioni Unite[62].

[60] Doc. E/CN.15/1997/7/Add.2 del 16 aprile 1997, par. 4.
[61] *Ibidem,* par. 5.
[62] *Ibidem,* par. 8.

Si giunse così alla Sesta sessione della Commissione sulla Prevenzione del crimine e la giustizia criminale dove gli Stati fecero pervenire le loro osservazioni in merito al progetto di convenzione contro la criminalità organizzata proposto dal Governo polacco[63].

In particolare, l'Algeria faceva riferimento alla necessità di un'attività internazionale di *law enforcement*[64].

L'Australia insisteva sull'opportunità di trovare una definizione di criminalità organizzata il più possibile condivisa dagli Stati, facendo attenzione a evitare sovrapposizioni con altri accordi internazionali.

Secondo la Finlandia l'elaborazione di una convenzione contro la criminalità organizzata doveva evitare di richiedere risorse già destinate ad altre iniziative di cooperazione internazionale[65].

Allo stesso modo, il Canada manifestava preoccupazione per un'eventuale duplicazione di quanto stabilito in altri strumenti internazionali, richiamando l'attenzione su alcuni particolari da prendere in considerazione: a) la definizione di criminalità organizzata, che non era più un concetto statico e di cui piuttosto era necessario considerare l'evoluzione nel lungo termine; b) la lista dei crimini, che se tassativa avrebbe cristallizzato il problema senza essere in grado di affrontarne di nuovi ed eventuali; c) la criminalizzazione delle condotte che avrebbe dovuto essere recepita a livello interno dagli Stati, giacché alcune legislazioni nazionali

[63] Doc. E/CN.15/1998/5 del 18 febbraio 1998, par. 1.
[64] Doc. E/CN.15/1997/7/Add.1 dell'11 aprile 1997, par. 3.
[65] *Ibidem*, par. 5.

non contemplavano la criminalizzazione dell'associazione per delinquere[66].

L'Iran insisteva (a ragione) sulla necessità di coinvolgere i Paesi in via di sviluppo, creare un centro di raccolta e divulgazione di esperienze e informazioni sulla criminalità organizzata, incoraggiare la confisca dei proventi del crimine e la loro restituzione agli Stati dove i reati erano avvenuti[67].

La Spagna proponeva che la convenzione prevedesse l'adozione di misure di carattere amministrativo per incoraggiare la cooperazione attraverso azioni di *law enforcement* nei settori economico e finanziario per la prevenzione e il controllo del riciclaggio[68].

Gli Stati Uniti erano favorevoli a una nuova convenzione internazionale, ma sottolineavano la limitazione delle risorse a disposizione e la conseguente necessità di non duplicare sforzi già fatti sul piano internazionale, come per esempio quelli riguardanti il terrorismo[69].

Dopo la Sesta sessione della Commissione sulla Prevenzione del crimine e la giustizia penale, l'Assemblea generale delle Nazioni unite decise di creare un gruppo di esperti cui affidò il compito di redigere un progetto preliminare di convenzione contro la criminalità organizzata.

Durante l'incontro di Varsavia, il gruppo di esperti pose finalmente fine al dibattito sull'opportunità di una convenzione sulla criminalità organizzata, registrando un ampio consenso in favore della necessità di uno strumento

---

[66] *Ibidem,* par. 9.
[67] *Ibidem,* par. 14.
[68] *Ibidem,* par. 22.
[69] *Ibidem,* par. 24.

di questo tipo, compiendo importanti passi in avanti nell'identificazione dei problemi e delle loro possibili soluzioni[70].

Emergeva per la prima volta l'idea di creare diversi strumenti internazionali da cui sarebbero derivati obblighi più dettagliati per gli Stati. In particolare, venne proposta l'idea di elaborare, oltre a una convenzione principale, anche dei protocolli aggiuntivi su specifici reati transnazionali:

> "In an effort to resolve the issue of definition, several delegations advanced the option of elaborating a main convention that could include substantive provisions on the criminalization of money-laundering, criminal associations and conspiracy, modalities of international cooperation, and additional protocols covering specific offences, such as alien smuggling, trafficking in firearms, trafficking in stolen motor vehicles and trafficking in women and children. The understanding was that the main convention would be a free-standing instrument, which would be operative in itself and not dependent on the additional protocols. The protocols could contain obligations to criminalize the specific offences they would cover, as well as specific

[70] MCCLEAN, *Transnational Organized Crime*, Oxford, 2007, p. 8.

> measures that might be required in relation to those offences. It was noted that such protocols should not duplicate the framework convention and that they could provide for even deeper and more specialized types of assistance and cooperation than would be available under the main convention"[71].

Sul piano della definizione della criminalità organizzata, rimanevano alcuni nodi da sciogliere attorno a questioni sensibili, come per esempio se effettivamente la convenzione avrebbe dovuto fornire una definizione di criminalità organizzata, o lasciarla indefinita, o ancora definirla solo da un punto di vista descrittivo facendo riferimento alla gravità del crimine considerata insieme all'appartenenza a un'organizzazione criminale e al carattere della transnazionalità del reato commesso:

> "Arriving at a comprehensive definition of organized transnational crime, which could be acceptable universally, was considered a difficult task. In that connection, three principal views were expressed. According to the first, a definition of organized transnational crime was necessary and could be achieved. The second view held that organized transnational crime should be left undefined, following the example of

[71] Doc. E/CN.15/1998/5 del 18 febbraio 1998, par. 13.

> other international instruments such as those against terrorist acts, and that the scope of the new convention should be as broad as possible. The issue could be approached in a descriptive fashion, by delineating constituent elements of organized crime. According to the third view, the legal basis of the convention would be the seriousness of the offence, to be determined in accordance with the penalty, combined with the involvement of criminal organizations in its commission and its transnational effects"[72].

Risolvendo questa questione si sarebbe finalmente decisa la funzione della nuova convenzione come un ulteriore strumento di cooperazione penale rispetto a quelli già esistenti o come trattato internazionale di diritto penale sostanziale, in base al quale gli Stati parte avrebbero dovuto armonizzare il loro diritto interno.

Il rapporto finale della riunione di Varsavia contiene infine un progetto di convenzione che prevedeva un dispositivo composto da trenta articoli, alcuni dei quali si presentavano in diverse opzioni, la cui opportunità sarebbe stata valutata dagli Stati in una fase successiva.

Più tardi, l'Assemblea generale delle Nazioni unite istituì un Comitato *ad hoc* che avrebbe dovuto procedere all'elaborazione della convenzione in esame[73].

---

[72] *Ibidem,* par. 12.

[73] A/RES. 53/111 del 9 dicembre 1998, par. 10.

Il comitato intergovernativo, costituito a Vienna, predispose il testo di una convenzione contro il crimine organizzato transnazionale in un progetto che venne licenziato nella sessione del 27 ottobre 2000.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata e due dei suoi attuali protocolli venivano approvati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 55/25 del 15 novembre 2000, e aperti alla sottoscrizione degli Stati a Palermo il 12 dicembre 2000[74].

Poco tempo dopo, l'Assemblea generale adottava con risoluzione 55/255 del 31 maggio 2001 il Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale relativo alla produzione illegale e al traffico di armi da fuoco, delle loro parti e componenti e delle loro munizioni, aperto alla firma degli Stati il 2 luglio 2001 a New York[75].

4. La definizione di gruppo criminale organizzato nella Convenzione di Palermo

Lo strumento più importante che fornisce una definizione completa del fenomeno in esame (o almeno quella che fino ad ora è stata più ampiamente riconosciuta dagli Stati), è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (o Convenzione di Palermo).

Essa fornisce una serie di elementi utili per chiarire la nozione di gruppo criminale organizzato, tra cui: la definizione generale di gruppo criminale organizzato (art. 2, lett. *a)*), la nozione di reato grave *ex* art. 2, lett. *b)* e

[74] *Supra*, nota 9.
[75] *Supra*, nota 9.

degli altri reati particolari tipizzati negli articoli 6, 8 e 23 e 25.

Per quanto riguarda la definizione generale, la Convenzione così stabilisce:

> "Organized criminal group shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefits"[76].

Si tratta di una definizione molto simile a quella già adottata dall'Unione Europea, che anni prima aveva adottato l'Azione comune dell'Unione Europea sulla criminalità organizzata[77], ponendo anch'essa l'enfasi sull'azione di un gruppo organizzato:

> "A structured association, over a period of time, of more than two persons, in concert with a view to committing crimes which are punishable by deprivation of liberty or a detention order of a maximum of at least four years or more or a more serious penalty, whether such offences are an end in themselves or a means of obtaining material benefits and, where appropriate, of improperly

[76] Art. 2, lett. *a).*

[77] Consiglio dell'Unione Europea, Azione comune 98/73/JHA del 29 dicembre 1998, disponibile sulla rete interconnessa.

influencing the operation of public authority"[78].

Tuttavia, la nozione contenuta nell'Azione comune va oltre, in quanto stabilisce come condizione ulteriore il fatto che il gruppo organizzato debba esistere per un certo periodo di tempo, escludendo così i gruppi formatisi in modo casuale o per commettere un determinato delitto. Inoltre, una condotta criminale di questo tipo avrebbe dovuto essere passibile di sanzioni severe, escludendo così i delitti minori. È da notare che, secondo l'Azione congiunta un reato non deve essere necessariamente finalizzato all'ottenimento di un beneficio, potendo avere come fine ultimo anche l'incidenza sulla condotta di un'autorità pubblica.

L'unica differenza tra i due strumenti sta nel fatto che, in base alla Convenzione di Palermo, il reato deve essere commesso con il proposito di ottenere un beneficio finanziario o materiale, mentre nell'Azione congiunta europea la definizione comprende i delitti commessi senza ottenere tali benefici.

Leggendo l'articolo 2, lett. *a)*, della Convenzione contro la criminalità organizzata, sorgono spontanee alcune questioni sulla portata di espressioni come "periodo di tempo" (a quanto corrisponde?), "gruppo strutturato" (di che tipo? Gerarchico?), "reato grave" (quanto grave?), "altri benefici materiali" (quali?).

Tutti questi dubbi trovano una risposta (almeno parziale o comunque generale) nel resto dell'articolo 2.

Così per esempio, un gruppo strutturato è un gruppo che non si è formato casualmente per la commissione immediata di un delitto:

[78] *Ibidem,* art. 1.

> "Structured group" shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure"[79].

In tal senso la Convenzione richiede una certa premeditazione, escludendo gruppi formatisi occasionalmente ad esempio nel corso di un tumulto. Nel testo finale non compare la definizione di "*period of time*", che aveva generato una certa discussione durante i lavori preparatori, giacché alcuni Stati avrebbero voluto specificarne la portata mentre altri si opponevano a questa soluzione[80]. Il progetto presentato al Comitato *ad hoc* incaricato della redazione della Convenzione, prevedeva infatti:

> "Existing for a period of time" means being of sufficient duration for

[79] Art. 2 lett. *c)*.

[80] Doc. A/AC.254/4/Rev.2 del 12 aprile 1999; doc. A/AC.254/4/Rev.3 del 19 maggio 1999; doc. A/AC.254/4/Rev.5 del 16 novembre 1999. In particolare, la delegazione norvegese propose di limitare la portata dell'articolo 2 della Convenzione perché troppo ampia, e di sopprimere il riferimento alla costituzione del gruppo organizzato "per un certo periodo di tempo", giacché i progetti iniziali facevano riferimento a una durata sufficiente per la formazione di un accordo o piano per commettere un atto criminale.

> the formation of an agreement or plan to commit a criminal act[81].

Al momento dell'adozione del testo finale, prevalse la decisione di eliminare la specificazione inerente al periodo di tempo, introducendo l'espressione "*existing for a period of time*" nella definizione di gruppo criminale organizzato contemplata nell'art. 2, lett. *a)*[82].

Oltre ad esistere per un certo periodo di tempo, quello criminale deve essere un gruppo strutturato. Durante i lavori preparatori, gli Stati proposero che un gruppo strutturato non dovesse avere necessariamente un'organizzazione gerarchica. Poteva anche trattarsi di un gruppo non gerarchicamente organizzato dove i ruoli dei membri non hanno bisogno di essere formalmente definiti:

> "The travaux préparatoires should indicate that the term "structured group" is to be used in a broader sense so that it would include both groups with hierarchical or other elaborate structure and non-hierarchical groups where the roles of the members of the group need not be formally defined"[83].

---

[81] Art. 2 lett. *d)*.

[82] "(a) "Organized criminal group" shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit".

[83] Doc. A/A.C.254/4/Rev.7 del 3 febbraio 2000, p. 3.

L'art. 2, lett. *c)*, aggiunge poi altri particolari riguardo alla struttura del gruppo criminale: per definirlo tale, non è necessario infatti che l'affiliazione dei membri sia continuata nel tempo, né che si tratti di un gruppo con una struttura logistica particolarmente articolata.

L'art. 2 lett. *b)*, fornisce la definizione di reato grave *(serious crime)*, intesa come una condotta che costituisce un reato sanzionabile con una pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni al massimo o con una pena più elevata:

> "Serious crime" shall mean conduct constituting an offence punishable by a maximum deprivation of liberty of at least four years or a more serious penalty".

Quanto al periodo della pena privativa di libertà, durante i negoziati vi fu una discussione tra gli Stati, che non riuscivano a trovare un accordo:

> "Several delegations noted that establishment of seriousness on the basis of the length of possible sentence might lead to difficulties in practice, owing to differences in penal systems. One delegation noted that the issue of seriousness should be decided in accordance with the domestic legislation of the two States concerned in a case"[84].

[84] Doc. A/AC.254/4/Rev. 1 del 10 febbraio 1999, p. 5, nota 23

La causa del disaccordo risiedeva nel fatto che collegare la gravità del reato con il periodo corrispondente alla pena inflitta avrebbe generato difficoltà di interpretazione della Convenzione, giacché ogni Stato aveva differenti posizioni riguardo alla natura e alla gravità di un reato in particolare. Tale fatto avrebbe necessariamente portato a condanne diverse nel caso in cui fossero stati commessi gli stessi delitti in territori di Stati differenti.

Nonostante tutto, gli Stati superarono le divergenze e stabilirono che un criterio quantitativo (e non qualitativo) avrebbe dovuto individuare la gravità del reato, sopprimendo la spiegazione inerente a cosa dovesse intendersi per "[gruppo] *esistente per un periodo di tempo*" ("*might means of sufficient duration for the formation of an agreement or plan to commit a criminal act"* [85]*).*

Oltre al tipo di delitto, la nozione di gruppo criminale organizzato dipende infine dal risultato che il gruppo criminale si propone di raggiungere. Tale risultato deve essere un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale.

Quanto alla definizione di vantaggio finanziario, non sembrano esserci particolari problemi nell'individuare tale vantaggio nel profitto in termini monetari derivante dall'attività criminale del gruppo organizzato.

Dubbi sorgono riguardo all'interpretazione del vantaggio materiale, per esempio per quanto riguarda un crimine commesso con propositi politici o sessuali, come un attentato contro le pubbliche istituzioni o il commercio di pornografia infantile.

---

[85] Doc. A/AC.254/4/Rev.2 del 12 aprile 1999, p. 6; doc. A/AC.254/4/Rev.3 del 19 maggio 1999 p. 5; doc. A/AC/254/4/Rev.5 del 16 novembre 1999, p. 5.

Gli Stati non hanno dato una risposta per quanto riguarda i delitti di carattere politico, mentre lo hanno fatto per i reati a sfondo sessuale, anticipando tra l'altro quanto sarebbe stato recepito nel Protocollo per prevenire, reprimere e sanzionare la tratta di persone, specialmente donne e bambini[86].

> "The travaux préparatoires should indicate that the words "in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit" should be understood broadly, to include, for example, crimes in which the predominant motivation may be sexual gratification, such as the receipt or trade of materials by members of child pornography rings, the trading of children by members of pedophile rings or cost-sharing among ring members"[87].

Un particolare risulta subito evidente leggendo i lavori preparatori della Convenzione: quando si decise di escludere il fine politico come risultato di un reato commesso da un gruppo criminale organizzato, o comunque di non menzionare tale fine in forma diretta, fu proposto di escludere dall'ambito di applicazione della Convenzione le organizzazioni con un fine meramente politico e quelle la cui finalità è unicamente umanitaria o religiosa.

Ne deriva che i partiti politici e le associazioni umanitarie o religiose che potrebbero essere costituite per

[86] Palermo, 25 dicembre 2003.
[87] Doc. A/AC.254/37 dell'11 settembre 2000, par. 3.

il riciclaggio di denaro non rientrerebbero nella nozione di gruppo criminale organizzato *ex* art. 2 lett. *a)*.

La nozione di gruppo criminale organizzato è dunque strettamente collegata alla definizione *latu sensu* di reato grave *ex* art. 2 lett. *b)*. La Convenzione fa poi riferimento a tre reati in particolare, che sono quelli menzionati agli artt. 5 (partecipazione ad un gruppo criminale organizzato), 6 (riciclaggio dei proventi dei reati), 8 (corruzione) e 23 (intralcio alla giustizia)[88].

Su un ultimo particolare, che si manifesta nello stesso titolo della Convenzione, è opportuno soffermarsi: per applicare la Convenzione il reato commesso deve essere necessariamente un reato transnazionale *ex* art. 3, par. 2.

Il concetto di transnazionalità è stato elaborato per far fronte a fenomeni diversi rispetto a quelli inter-nazionali. La trans-nazionalità, infatti, si riferirebbe alle condotte di coloro i quali agiscono per fini privati trascendendo i confini di un unico Stato, sia perché la condotta criminale è iniziata in uno Stato e si è conclusa in un altro; sia perché gli autori che lo hanno realizzato appartengono a Stati differenti o si sono mossi su un piano diverso da quello nazionale[89]. Tale nozione di transnazionalità, applicata alla criminalità organizzata, si riconduce a tutti quei reati che trascendono i confini nazionali e che riguardano più di uno Stato.

Il termine "transnazionale" venne usato per la prima volta durante il V Congresso delle Nazioni Unite su prevenzione del crimine e controllo del 1975 a Ginevra[90].

---

[88] Art. 3.

[89] Già negli anni '50, Jessup aveva coniato il concetto di *transnational law* per identificare quelle norme che regolano azioni o eventi che trascendono le frontiere nazionali. JESSUP, *Transnational Law*, New Heaven, 1956, p. 2.

[90] *Supra*, nota 17.

Nei primi anni Novanta, le Nazioni Unite cercarono di dare una nozione più precisa della transnazionalità del crimine organizzato. Pur ammettendo le difficoltà nel definire questo fenomeno, l'Assemblea Generale tentò di circoscrivere il suo ambito di applicazione:

> "Defining transnational crime is difficult. Transnational crime by its very nature is problematic as it transcends national jurisdiction, as well as the parameters of information systems and law enforcement agencies. It was assumed for the purpose of the supplement, that data on offences whose inception, perpetration and /or direct or indirect effects involved more than one country would be compiled. Only the substantive elements, and not the formal legal paradigm, of individual crimes of a transnational nature were included"[91].

Anche il Piano d'Azione Globale aveva introdotto la transnazionalità come elemento qualificante nel contrasto alla criminalità organizzata:

> "While not constituting a legal or comprehensive definition of the phenomenon, the following qualities are characteristic: [….] the potential

[91] Doc. A/CONF.169/15/Add.1 del 4 aprile 1995, par.9.

> for expansion into any new activities and beyond national borders"[92].

Con la Convenzione contro la criminalità organizzata, la comunità internazionale decise di ampliare la nozione di transnazionalità, stabilendo con l'articolo 3, par. 2, nuovi criteri utili per qualificare un reato transnazionale:

> "For the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if:
> (a) It is committed in more than one State;
> (b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State;
> (c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or
> (d) It is committed in one State but has substantial effects in another State".

Tale definizione di reato transnazionale esclude i crimini commessi da gruppi organizzati locali che non operano oltre i confini nazionali. Ciò significa che, quando lo Stato deve far fronte a fenomeni di criminalità

[92] Doc. A/49/748 del 2 dicembre 1994, par. 12.

nazionale, la Convenzione non trova applicazione perché si tratta di un caso di giurisdizione esclusiva.

Tuttavia, è necessario puntualizzare il fatto che il disposto normativo di questo strumento internazionale è stato di grande aiuto agli Stati per modificare il diritto penale sostanziale nazionale e intraprendere una lotta più incisiva contro tutte le organizzazioni criminali, sia quelle che operano su scala transnazionale che nazionale.

In particolare, nonostante le disposizioni procedimentali (riguardanti per esempio le misure sulle indagini comuni, la cooperazione internazionale o l'estradizione) della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata non trovino applicazione quando il gruppo criminale contro il quale si agisce operi su scala nazionale, le norme di diritto sostanziale (definizione di criminalità organizzata e obbligo di sanzionare altri delitti connessi) stanno alla base della modificazione del diritto interno e della creazione di migliori e più articolate strategie di contrasto da parte delle autorità statali.

5. I Protocolli alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata

Oltre alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, la risposta internazionale all'incremento dei reati transnazionali è stata l'adozione di tre protocolli: il Protocollo contro il traffico illecito di migranti per terra, mare o aria (New York, 15 dicembre 2000)[93]; il Protocollo per prevenire, reprimere e sanzionare la tratta di persone, specialmente donne e bambini (New

[93] Entrato in vigore il 28 gennaio 2004, disponibile sulla rete interconnessa.

York, 15 dicembre 2000)[94] e il Protocollo contro il traffico e la fabbricazione illecita di armi da fuoco, loro parti e componenti e munizioni, addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (New York, 31 maggio 2001)[95].

6. Il traffico illecito di migranti

Nella storia le migrazioni sono state spesso oggetto di contrasto tra Stati, sia per il forte impatto che l'accettazione del "diverso" genera nelle popolazioni locali, sia per il facile populismo cui le forze politiche nazionali sono ricorse per ottenere ampie quote di potere statale.

Con l'avvento della globalizzazione, l'interpretazione di questo fenomeno subisce dei cambiamenti: mentre dal punto di vista formale gli Stati continuano a erigere barriere all'ingresso per gli stranieri, dal punto di vista sostanziale essi si accorgono che la globalizzazione e alcune sue caratteristiche, come l'abbassamento dei costi di produzione, dei prezzi di mercato e della soglia di garanzia minima dei diritti dei lavoratori, hanno reso necessaria una rivalutazione delle migrazioni in quanto fenomeni utili a risollevare e migliorare le economie statali e regionali.

Se, da un lato, i governi tendono ad associare all'evento migratorio fenomeni deteriori, come lo sfruttamento, la clandestinità e, più in generale, problemi di ordine pubblico, cui seguono interventi di contenimento e contrasto, dall'altro vedono nell'immigrazione

[94] Entrato in vigore il 25 dicembre 2003, disponibile sulla rete interconnessa.

[95] Entrato in vigore il 3 luglio 2005, disponibile sulla rete interconnessa.

un'opportunità economica - grazie all'afflusso di manodopera a basso costo - e demografica[96].

L'incertezza e le differenze tra il piano formale e quello sostanziale, tra ciò che gli Stati dichiarano di voler fare e ciò che in realtà fanno, hanno favorito i gruppi criminali organizzati.

Captando la domanda migratoria, essi sono riusciti a sfruttare i bisogni dei migranti e a trasformarli in economia illegale molto redditizia in grado, da una parte, di creare un mercato illegale dei trasporti, dei documenti e dell'assistenza alla migrazione e, dall'altra, di fornire agli Stati (o ai soggetti privati di quegli Stati) manodopera e lavoro a basso costo. In tal senso la criminalità organizzata è abilmente riuscita a interpretare i sogni e le aspettative di coloro i quali non hanno trovato protezione sociale né economica da parte di diversi Paesi (non solo quelli di appartenenza), assumendo il ruolo paradossale di dispensatrice di speranze e diventando lo strumento principale, indispensabile, per realizzare un sogno, quello di raggiungere un Paese che rappresenta un investimento di vita per il futuro[97].

Il traffico illecito di migranti risponde, in tal senso, al bisogno elementare di emigrare, cercando di migliorare la propria esistenza e la possibilità di integrare il diritto alla vita con il più pratico diritto al progetto di vita, che, come più volte affermato dalla giurisprudenza internazionale, è

---

[96] PARISCIANI, *I respingimenti in Libia tra contrasto all'immigrazione clandestina e rispetto dei diritti umani*, in SIMONCELLI (a cura di), *Dove i diritti umani non esistono più. La violazione dei diritti umani nelle guerre contemporanee*, Roma, 2010, p. 154.

[97] MANCINI, *Traffico di migranti e tratta di persone -Tutela dei diritti umani e azioni di contrasto*, Milano, 2008, p. 33.

indissolubilmente vincolato alla libertà, intesa come diritto di ogni persona di scegliere il proprio destino[98].

6.1. Considerazioni previe all'adozione del Protocollo contro il traffico illecito di migranti per terra, mare o aria

Prova del fatto il traffico illecito di migranti sia una manifestazione recente della criminalità organizzata e che precedentemente al fenomeno della globalizzazione non fosse stato preso in considerazione dagli Stati, si trova nel preambolo del *Protocollo contro il traffico illecito di migranti per terra, mare o aria* (in seguito, il Protocollo o Protocollo di Palermo), nel quale si legge: "[t]aking into account the fact that, despite work undertaken in other international forums, there is no universal instrument that addresses all aspects of smuggling of migrants and other related issues[…]".

Gli Stati cominciarono a preoccuparsene maggiormente alla fine degli anni Novanta, grazie all'iniziativa del Governo austriaco, che propose una Convenzione sul traffico di migranti illegali, sottolineando

[98] Corte Interamericana dei Diritti Umani, caso *Loayza Tamayo* c. *Perù*, 17 settembre 1997, merito, voto ragionato congiunto dei giudici A.A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli, par. 15-16; *caso Villagrán Morales y otros* c. *Guatemala*,19 novembre 1999, merito, par. 191 e voto ragionato congiunto dei giudici A.A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli, par. 3 e 8; caso *Luis Alberto Cantoral Benavides* c. *Perú*, 3 dicembre 2001, reparaciones y costas, par. 54 i); caso *Instituto de Reeducación del menor* c. *Paraguay*, 2 settembre 2004, par. 172: disponibili sulla rete interconnessa. Si veda anche FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* in *Revista peruana de jurisprudencia*, 2003, p.IV.

l'assenza di strumenti internazionali su questo tema: "[t]he motives of this Austrian move are the following: the smuggling of illegal migrants, a particularly heinous form of transnational exploitation of individuals in distress, has considerably increased in recent time and poses a growing threat to the international community as a whole. […]a legal analysis demonstrates the absence of an international instrument that would define the smuggling of illegal migrants as a transnational crime and would establish a treaty obligation for States to exercise their jurisdiction over persons committing and abetting such a crime or, as the case may be, providing for the extradition of the offender in response to a justified request by a concerned State and to cooperate in this exercise. This legal lacuna under international law is increasingly perceived as an obstacle to the efforts of the international community to cope in an efficient manner with the phenomenon of smuggling of illegal migrants for criminal purposes. Therefore , the action to be undertaken under the aegis of the Commission urgently needs to be complemented by the elaboration of an appropriate international instrument ensuring that perpetrators as well as instigators and accomplices of this transnational crime will be effectively brought to justice"[99].

Già nell'iniziativa austriaca erano presenti due temi fondamentali, poi divenuti oggetto di discussione durante i negoziati che portarono all'adozione del Protocollo: da una parte, la lotta contro la criminalità organizzata; dall'altra, lo sfruttamento dei migranti.

Quest'ultimo aspetto non fu più considerato nella seconda fase dei negoziati, ma venne introdotto in un'altra

[99] Doc. A/52/357, del 17 settembre 1997.

discussione, quella sulla tratta di persone[100], che si svolgeva parallelamente. Il risultato di questa esclusione fu quello di non considerare come soggetti sfruttati le persone protette dal Protocollo, sostituendo, su proposta dell'Italia e di altri Stati, tra cui Azerbaijan[101], Belgio, Messico e Norvegia[102], il termine "vittima" con espressioni quali "migranti trafficati" o "persone oggetto delle condotte criminali [stabilite nell'articolo 6]" (art. 4, 5, 14, 16, 18, 19).

A conferma di questa scelta, è opportuno considerare l'art. 6, par. 3 lett. *b)*. Questa norma cita lo sfruttamento, richiedendo agli Stati parti di sanzionarlo come un'aggravante del traffico di migranti. Questa proposta, che in seguito venne adottata, era stata avanzata dalla Colombia, ma tra gli Stati non c'era stato affatto consenso. Alcune delegazioni, infatti, sostenevano che l'introduzione del temine "sfruttamento" avrebbe favorito una migliore protezione dei migranti, mentre altre osservavano che tutti i possibili casi di sfruttamento sarebbero stati considerati nello strumento internazionale contro la tratta di persone, e che non vi era necessità di duplicarne il contenuto in questa sede.

6.2. I diritti dei migranti

Durante i lavori preparatori del nuovo strumento internazionale, oggetto del dibattito furono i diritti dei migranti e la necessità di proteggerli; si sviluppò, però, una polemica tra chi sosteneva che il nuovo strumento

[100] *Infra*, par. 7.
[101] Doc. A/AC.254/5/Add.38 del 28 settembre 2000, par. 29.
[102] Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, New York, 2006, p. 461.

internazionale avrebbe dovuto disciplinare la lotta contro la criminalità organizzata[103] unicamente dal punto di vista sanzionatorio e chi, invece, proponeva una strategia preventiva da affiancare a quella repressiva[104], prendendo in considerazione i diritti umani dei migranti e, quindi, la necessità di richiamare altri strumenti internazionali tra cui la Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati (Ginevra, 28 luglio 1951)[105] e la più recente Convenzione per la protezione dei diritti di tutti i migranti lavoratori e i membri delle loro famiglie (New York, 18 dicembre 1990)[106].

Molti migranti, infatti, sprovvisti dei mezzi per raggiungere legalmente le loro mete a causa delle loro condizioni precarie e dell'inasprimento delle legislazioni e delle politiche pubbliche nazionali sull'immigrazione, cadono nel circuito di gruppi criminali specializzati in grado di organizzare viaggi in cambio di corrispettivi molto alti.

Tali viaggi possono essere brevi e diretti o molto lunghi e tortuosi e il tempo tra la partenza e l'arrivo può variare da alcuni giorni fino a mesi e addirittura anni, esponendo i migranti a forti tensioni e lesioni fisiche e psicologiche derivanti dalla qualità del trattamento ricevuto e dalle condizioni di trasporto, abbandonandoli a

---

[103] BHABHA, *Lone Travellers: Rights, Criminalization, and the Transnational Migration of Unaccompanied Children*, in *University of Chicago Law School Roundtable*, 2000, p. 269 ss.

[104] ZALEWSKI, *Migrants for sale: The International Failure to Address Contemporary Human Trafficking*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2005, p. 113 ss.

[105] Entrata in vigore il 22 aprile 1954; disponibile sulla rete interconnessa.

[106] Entrata in vigore il 1 luglio 2003; disponibile sulla rete interconnessa.

pericolosi rischi e rendendoli vittime di gravi lesioni o, addirittura, di crimini contro l'umanità commessi dalle stesse organizzazioni che offrono loro i servizi illegali di trasporto e documentazione di cui hanno bisogno[107].

Tutti questi elementi vennero presi in considerazione durante i lavori preparatori del Protocollo, soprattutto grazie all'intervento del Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia (UNICEF) e dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), che sottolinearono la necessità che il nuovo strumento internazionale si occupasse della protezione dei diritti umani dei migranti (i quali proprio a causa delle loro condizione di irregolarità si trovano in una situazione di maggiore vulnerabilità) mediante l'introduzione di norme specifiche di garanzia[108].

Grazie a questo intervento, nel Protocollo vennero inserite le disposizioni normative di cui agli art. 2, 5, 16 e 19, che espressamente prevedono la protezione dei migranti e l'esclusione della loro responsabilità nel caso in cui siano sorpresi a varcare i confini nazionali in modo irregolare. In particolare, l'art. 5 prevede che "[m]igrants shall not become liable to criminal prosecution under this

[107] Il 23 agosto del 2010 le autorità messicane trovarono 72 corpi a Tamaulipas, 140 chilometri a sud della frontiera con gli Stati Uniti: El Universal, *Marina encuentra 72 cuerpos en fosa en Tamaulipas*, in *eluniversal.com*, 2010, disponibile sulla rete interconnessa. Nel 2007, la Commissione nazionale dei diritti umani denunciava che alla frontiera Messico-Stati Uniti si erano contati più di 4745 persone che, nel tentativo di oltrepassare la frontiera, avevano perso la vita: BALLINAS, *En los últimos 13 años ha muerto un migrante por día en la frontera norte*, in La Jornada, 2007, disponibile sulla rete interconnessa.

[108] Doc. A/AC. 254/27 dell'8 febbraio 2000.

Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol"[109].

6.3. La funzione repressiva

Nonostante tra gli scopi del Protocollo vi sia la protezione dei diritti dei migranti, , non deve essere dimenticata la sua principale funzione repressiva "to prevent and combat the smuggling of migrants, as well as to promote cooperation among States Parties to that end […]"[110].

Il fatto che i diritti umani dei migranti vengano rispettati durante l'attraversamento delle frontiere nazionali non esclude infatti la configurazione del delitto di traffico illecito quando l'entrata in un Paese diverso da quello della nazionalità di origine sia illegale.

La sentenza resa il 10 marzo 2010[111] dalla *Corte Suprema de Justicia* della Colombia riassume il concetto appena espresso considerando che "la hipótesis normativa que define el tráfico de migrantes no solo atenta contra la autonomía personal, sino contra la soberanía del Estado en materia de control de migrantes, de suerte tal que nada importa, para el efecto, que la persona objeto del tráfico lo acepte, o mejor aún, voluntariamente entregue el dinero o faculte el provecho, y ni siquiera que el traslado se haga en las mejores condiciones físicas, sicológicas y de salubridad, o que la migración ilegal hacia otra nación represente para aquella un cambio ventajoso frente a las condiciones en las que reside en el Estado nativo, pues a

109 L'art. 6 del Protocollo prevede la tipizzazione nelle leggi penali nazionali delle condotte in esso indicate.

110 Art. 2 Protocollo.

111 *Corte Suprema de Justicia* colombiana, *Sala de Casación Penal*, sentenza n. 32422 del 10 marzo 2010.

pesar de que pueda materializarse un escenario como el ejemplificado, la acción delictiva no queda per se despojada de antijuridicidad, dado que la condición de ingreso ilegal al respectivo país conlleva una situación de riesgo para las políticas que en esa materia tenga adoptadas el Estado"[112].

6.4. Gli elementi costitutivi del traffico illecito di migranti

A) Il beneficio finanziario o materiale

La protezione dei diritti emerge anche nella definizione di traffico di migranti, di cui all'art. 3, par. 1, lett. *a)*, del Protocollo, nella parte in cui richiede che, per configurare il reato di traffico illecito di migranti, l'attività illecita debba essere finalizzata a ottenere un beneficio finanziario o comunque materiale: "[s]muggling of migrants" shall mean procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident".

Tale precisazione è stata inserita proprio per porre in rilievo che l'intenzione degli Stati fosse quella di criminalizzare le attività finalizzate al profitto, escludendo le condotte di coloro i quali offrono supporto ai migranti per ragioni umanitarie o sulla base di stretti vincoli familiari, ivi compresi, dunque, i membri delle famiglie o

[112] Il giudice colombiano ha giustificato la sua affermazione sugli effetti negativi della migrazione illegale, dichiarando che "los migrantes ilegales pueden constituir una variable que coadyuve en la generación de los problemas internos que aquejan a las diversas sociedades, como el desempleo, la delincuencia, la drogadicción, el terrorismo, etc.".

di gruppi di aiuto come quelli religiosi o le organizzazioni non governative[113].

A proposito, può essere utile ricordare la decisione data dalla Corte Europea dei diritti umani nel caso *Mallah c. Francia*[114], su ricorso presentato da un cittadino marocchino residente in Francia, condannato con dispensa della pena per aver agevolato il soggiorno irregolare del proprio genero successivamente alla data di scadenza del visto turistico con il quale era entrato nel territorio nazionale. Le esimenti del *délit de solidarité* previste dal codice penale francese, infatti, sono applicabili solo quando sussista uno stretto vincolo di parentela con lo straniero irregolare, limitato agli ascendenti, ai discendenti, ai fratelli, al coniuge dello straniero e ai suoi fratelli (*immunités familiales*).

La Corte ha dichiarato che il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare previsto dalla legge francese è funzionale alla tutela dell'ordine pubblico e alla prevenzione di altri reati (tra cui quello del *trafic d'etres humains*), ritenendo inoltre che il giusto equilibrio tra lo scopo di sanzione del reato di favoreggiamento e l'esigenza di garantire l'esercizio del diritto alla vita familiare del ricorrente sia stato raggiunto mediante la dispensa di quest'ultimo dalla pena.

Resta da capire, però, se il beneficio finanziario di cui all'art. 3, lett. *a)*, del Protocollo, debba essere sempre considerato un elemento costitutivo del delitto. Per chiarire questo dubbio può essere utile fare riferimento alla prassi degli Stati.

---

[113] Doc. A/55/383/Add.1 del 3 novembre 2000, par. 88.

[114] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *Mallah c. Francia*, sentenza del 10 novembre 2011, disponibile sulla rete interconnessa.

Con sentenza resa il 18 giugno 2013[115], la Corte di Cassazione italiana ha stabilito che "ai fini della configurazione del reato di favoreggiamento della permanenza nel territorio dello Stato di immigrati clandestini, non è sufficiente che l'agente abbia messo a loro disposizione unità abitative in locazione, ma è necessario che ricorra il dolo specifico, costituito dal fine di trarre un ingiusto profitto dello stato di illegalità dei cittadini stranieri, che si realizza quando l'agente, approfittando di tale stato di bisogno, imponga condizioni particolarmente onerose ed esorbitanti dal rapporto sinallagmatico".

Anche il Tribunal Supremo spagnolo sembra aver preso in considerazione tali "condizioni onerose ed esorbitanti", stabilendo con "acuerdo del pleno no jurisdiccional" del 13 luglio 2005[116] che "[comprar] un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo [son] y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina".

B) La facilitazione dell'entrata illegale di una persona nel territorio di uno Stato parte al Protocollo

Oltre alla finalità di ottenere direttamente o indirettamente un beneficio finanziario o materiale, il traffico illecito di migranti deve essere diretto a facilitare l'entrata illegale di una persona nel territorio di uno Stato

[115] Corte di Cassazione, I sezione penale, sentenza n. 26457 del 18 giugno 2013.

[116] Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, adottato il 13 luglio 2005 sulla questione: "[a]lcance del art. 313.1º del c.p. (entrada clandestina e ilegal)".

parte al Protocollo di cui tale persona non sia un cittadino o un residente permanente.

Va notato che le versioni del Protocollo in inglese, francese e spagnolo differiscono tra loro nel senso che mentre nel primo e nel secondo caso si parla di "procurement […] of the illegal entry of a person" e "[du] fait d'assurer […] l'entrée illégale […] d'une personne", nel terzo, invece, si fa riferimento a "la facilitación de la entrada ilegal de una persona".

Questa differenza si ritrova anche negli ordinamenti interni degli Stati. A proposito, particolare menzione merita la legislazione italiana in materia, essendo stata più volte oggetto di riforma. Nella sua formulazione originale, infatti, l'art. 12 del d.lgs. 25 luglio 1998, n.286[117], parlava di "attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato". Successivamente, l'art. 11 della legge 30 luglio 2002, n.189, ha sostituito al termine "favorire" il termine "procurare", con la conseguenza che il fatto (favorire l'ingresso) non fosse più previsto dalla legge come reato. Inoltre, le successive modifiche apportate all'art. 12 in questione dall'articolo 1, comma 26, della legge n.94 del 2009 (c.d. pacchetto sicurezza), hanno continuato a parlare di "atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato" e non di atti diretti a favorire.

Considerate queste differenze nella formulazione della norma, con sentenza resa il 30 maggio 2012[118] la Corte di Cassazione ha dichiarato che mediante la

[117] Decreto legislativo n. 286 del 25 luglio 1998, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

[118] Corte di Cassazione, III sezione penale , sentenza n. 20880 del 30 maggio 2012.

modifica apportata dalla legge 2002, n. 189[119], all'art. 12, comma 3, d. lgs. 1998, n. 286, e la sostituzione al termine "favorire l'ingresso" il termine "procurare l'ingresso", "vi è stata una abrogazione per incompatibilità, ma questa ha riguardato solo le norme precedenti incompatibili con le nuove disposizioni, e pertanto solo quelle norme che prevedevano come reato anche il comportamento consistente nel semplice favorire l'ingresso nello Stato, ma che non integrasse anche il procurare l'ingresso nello Stato. In altri termini, il termine favorire ha un ambito di applicazione più esteso del procurare, dato che il primo comprende anche il secondo, ma non viceversa. Di conseguenza, con la modifica legislativa, lo spettro di applicazione della precedente normativa si è ristretto, con la conseguenza che è stata sottratta alla sfera del penalmente rilevante la condotta di chi favorisce l'ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni in materia qualora questa condotta non si sia estrinsecata anche in atti che abbiano procurato tale ingresso".

Ai sensi dell'art. 3, lett. *b)*, entrata illegale significa "crossing borders without complying with the necessary requirements for legal entry into the receiving State". Il disposto normativo è chiaro nel richiamo alla transnazionalità del reato in esame. Tuttavia, non sono mancati casi in cui la norma non fosse facilmente applicabile.

Con sentenza resa il 22 gennaio 2007[120], la Corte di Cassazione italiana ha dichiarato che "[a]nche se la Polonia è entrata a far parte dell'Unione Europea, permane

[119] Legge n. 189 del 30 luglio 2002, *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*

[120] Corte di Cassazione, I sezione penale, sentenza n. 1815 del 22 gennaio 2007.

il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sia pure limitatamente ad una determinata categoria di soggetti, quali i cittadini polacchi che ora fanno fatto dell'Unione Europea. Non è infatti intervenuta alcuna legge che abbia modificato la fattispecie criminosa così depenalizzando la precedente condotta poiché la norma incriminatrice è rimasta invariata e la ratifica del Trattato di adesione all'Unione Europea non può considerarsi come norma integratrice del precetto penale sottoposta al regime di cui all'art. 2, comma 2, c.p., né come elemento esterno che ridisegni la fattispecie penale del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina che tale resta in relazione a tutti i soggetti che abbiano la qualifica di cittadini di stati non appartenenti alla Unione Europea, ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. 286/98"[121].

La punibilità è prevista per i gruppi criminali organizzati che operino su scala transnazionale: non solo coloro che sono direttamente responsabili delle condotte *ex* art. 6, ma anche quelli il cui coinvolgimento è minore, prevedendo altresì i casi di azione indiretta o marginale.

L'articolo 4, infatti, precisa che il Protocollo si applica in quei casi "where the offences are transnational in nature and involve an organized criminal group".

Durante i negoziati, uno dei problemi più discussi riguardava proprio la questione se il Protocollo dovesse applicarsi solo ai casi in cui un delitto fosse commesso effettivamente da un gruppo criminale organizzato o anche quando risultasse una partecipazione indiretta da parte di tale gruppo. La maggior parte delle delegazioni che sostenevano quest'ultima tesi, suggerivano di includere nell'art. 4 il termine "*involve*", ritenendo che il Protocollo

[121] Cfr. NATALINI, *Reati d'immigrazione e cittadini neocomunitari: nessuna abolitio criminis*, in *altalex.com* 2007.

avrebbe dovuto avere un'applicazione relativamente ampia. Altre delegazioni preferivano che venisse adottata l'espressione "*committed by*", adducendo che il Protocollo dovesse essere applicato a una gamma più limitata di casi[122].

In realtà, il fatto che sia prevalsa la soluzione interpretativa più ampia ("*involve*") permette alle autorità dei diversi Stati coinvolti di coordinarsi in modo più libero ed efficace, senza dover dimostrare che il reato oggetto di indagine coinvolga direttamente un gruppo criminale organizzato.

Il *modus operandi* dei gruppi criminali, infatti, è molto variabile e non è detto che si possa dimostrare facilmente la relazione tra gli individui che ad essi appartengano.

Nel caso *Minh Khoa Vo* la Corte Suprema di Giustizia dell'Unione Europea ha constatato con sentenza resa il 10 aprile 2012[123] che il signor Vo "faceva capo a organizzazioni criminali vietnamite che favorivano l'immigrazione clandestina di cittadini vietnamiti in Germania. Una di tali organizzazioni aveva il seguente modus operandi: all'ambasciata ungherese in Vietnam veniva fatto credere che cittadini vietnamiti partecipassero a viaggi turistici in comitive che comprendevano dalle 20 alle 30 persone, mentre lo scopo era quello di farli entrare nel territorio dell'Unione dietro un corrispettivo compreso tra USD 11.000 e 15.000. Per salvare le apparenze, nei primi giorni veniva seguito il programma di viaggio, poi gli interessati venivano trasportati, secondo il piano prestabilito, nei rispettivi paesi di destinazione, soprattutto

[122] MCCLEAN, *op. cit.*, p. 387.

[123] Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-83/12, sentenza del 10 aprile 2012.

la Germania. L'altra organizzazione sfruttava il fatto che il Regno di Svezia consentiva ai cittadini vietnamiti la permanenza nello spazio Schengen per qualche mese, se erano muniti di visti di lavoro concessi per la raccolta delle bacche. Nel richiedere i visti, veniva fatto credere alle autorità competenti che gli instanti volessero lavorare. In realtà, una volta ottenuto il visto di lavoro, subito dopo il loro arrivo in Svezia, tali cittadini vietnamiti si recavano in Germania"[124].

6.5. Le altre condotte criminali connesse al traffico illecito di migranti

Tra le condotte previste come criminali dall'art. 6 del Protocollo, e quindi da tipizzare nelle legislazioni interne degli Stati, oltre a quella generale prevista dall'art. 3 par. 1), lett. *a*), vi sono i casi tipici di favoreggiamento degli ingressi e dei soggiorni irregolari e le attività illecite connesse, tra cui quelle riguardanti la falsificazione dei documenti[125]: "(a) The smuggling of migrants; (b) when committed for the purpose of enabling the smuggling of migrants: (i) producing a fraudulent travel or identity document; (ii) procuring, providing or possessing such a document[126]; (c) enabling a person who is not a national or a permanent resident to remain in the State concerned without complying with the necessary requirements for

[124] *Ibidem*, par. 21-23.

[125] DELICATO, *Il Protocollo sul traffico di migranti*, in ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Roma, 2007, p. 401.

[126] Anche per quanto riguarda la sanzione per il semplice possesso dei documenti previsto all'art. 6, par. 1, lett. *b*), n. *ii)*, del Protocollo, i soggetti punibili sono i soli appartenenti ai gruppi criminali organizzati, escludendo dunque la responsabilità dei migranti.

legally remaining in the State by the means mentioned in subparagraph (b) of this paragraph or any other illegal means".

La sentenza resa il 14 dicembre 2011[127] dal *Tribunal Supremo* spagnolo aiuta a riassumere il contenuto dell'art. 6, par. 1, del Protocollo di Palermo: "la clandestinidad a que se refiere el tipo penal [de inmigración clandestina] no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones".

6.5.1. Un caso particolare. La disciplina dei visti e il traffico di migranti all'interno dell'Unione Europea

La sentenza spagnola appena menzionata offre un'opportunità per un accenno alla disciplina europea in materia di visti. All'Interno dell'Unione europea, infatti, valgono le regole stabilite dal regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti[128], uno degli elementi fondamentali per "sviluppare

[127] *Tribunal Supremo* spagnolo, sentenza n. 1378 del 14 dicembre 2011. Cfr. anche *Tribunal Supremo* spagnolo, sentenza n. 380 del 10 maggio 2007, sentenza n. 1059 del 28 settembre 2005; sentenza n.1465 del 22 novembre 2005; sentenza n. 994 del 30 maggio 2005 e sentenza n. 651 del 5 giugno 2006, disponibili sulla rete interconnessa.

[128] Codice dei visti, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, n. L 243 del 15 settembre 2009.

ulteriormente la politica comune in materia di visti quale parte di un sistema multistrato inteso a facilitare i viaggi legittimi e a combattere l'immigrazione clandestina tramite un'ulteriore armonizzazione delle legislazioni nazionali e delle prassi per il trattamento delle domande di visto presso le rappresentanze consolari locali […]"[129].

Ai sensi dell'art. 1, par. 1, del codice dei visti, vengono fissate le procedure e le condizioni per il rilascio del visto di transito o per soggiorni previsti di non più di tre mesi su un periodo di sei mesi, nel territorio degli Stati membri. Inoltre, secondo quanto stabilito dal par. 2 di tale norma, "[…]i cittadini di paesi terzi devono essere in possesso di un visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri".

Affinché tali visti vengano concessi, ai sensi dell'art. 21 del regolamento in esame le autorità di uno Stato membro procedono a verificare le condizioni d'ingresso e a valutare il rischio di immigrazione illegale o un eventuale rischio per la sicurezza nazionale[130]. Nonostante

[129] *Ibidem*, considerando (3).

[130] Art. 21, par. 3, del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti. "Nel determinare se il richiedente soddisfi le condizioni d'ingresso, il consolato verifica: a) che il documento di viaggio presentato non sia falso, contraffatto o alterato; b) la giustificazione presentata dal richiedente riguardo allo scopo e alle condizioni del soggiorno previsto e che questi disponga dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata del soggiorno previsto sia per il ritorno nel paese di origine o di residenza oppure per il transito verso un paese terzo nel quale la sua ammissione è garantita, ovvero che sia in grado di ottenere legalmente detti mezzi; c) se il richiedente è segnalato ai fini della non ammissione nel sistema d'informazione Schengen (SIS); d) che il richiedente non sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna o la salute pubblica, quale definita

la concessione, i visti possono essere annullati *ex* art. 34, par. 1 e 2, "se esistono dei seri motivi per ritenere che esso sia stato ottenuto in modo fraudolento", su disposizione delle autorità dello Stato che lo ha rilasciato, salva la possibilità di annullamento da parte delle autorità di un altro Stato membro, che in questo caso sono tenute ad avvertire le autorità dello Stato di rilascio.

Sulla base delle disposizioni appena analizzate, la Corte di Cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof*) ha sollevato una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea sul fatto se l'affermazione di responsabilità penale di un individuo che abbia ottenuto fraudolentemente dei visti per fini lucrativi, non preceduta dall'annullamento di tali visti**,** sia in contrasto con il disposto degli artt. 21 e 34 del regolamento CE 810/2009[131].

---

all'articolo 2, punto 19, del codice frontiere Schengen, o per le relazioni internazionali di uno degli Stati membri e, in particolare, che non sia oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione nelle banche dati nazionali degli Stati membri per gli stessi motivi; e) che il richiedente disponga di un'adeguata e valida assicurazione sanitaria di viaggio, ove applicabile".

[131] Si tratta del già menzionato caso *Minh Khoa Vo*, "cittadino vietnamita che, a fini di lucro, aveva ottenuto per diversi concittadini dei visti dai consolati ungherese e svedese, per fini rispettivamente turistici e lavorativi. Dopo pochi giorni dall'ingresso nello spazio Schengen, i cittadini vietnamiti si trasferivano tuttavia in Germania, dove veniva loro trovata un'abitazione ed un lavoro irregolare, sempre grazie all'aiuto del sig. Vo o di altri soggetti a lui riconducibili. Sulla base di queste risultanze di fatto, il sig. Vo veniva condannato in primo e secondo grado alla pena di quattro anni e tre mesi di reclusione in applicazione degli artt. 95, 96 e 97 della legge tedesca relativa al soggiorno, al lavoro ed all'integrazione degli stranieri (*Aufehthaltgesetz*), che puniscono con pene sino a dieci anni di

Mediante la già menzionata sentenza resa il 10 aprile 2012, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato che "[g]li articoli 21 e 34 del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), devono essere interpretati nel senso che non ostano a che talune disposizioni nazionali rendano penalmente sanzionabile il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in casi in cui le persone introdotte illegalmente, cittadini di paesi terzi, dispongano di un visto che hanno ottenuto in modo fraudolento, traendo in inganno le autorità competenti dello Stato membro del rilascio circa l'effettiva finalità del viaggio, senza che detto visto sia stato previamente annullato".

6.6. Il traffico illecito di migranti via mare. Il problema della giurisdizione in alto mare

Il Protocollo dedica poi un intero capitolo al traffico illecito di migranti via mare, stabilendo quali procedure debbano essere rispettate quando una nave sia sospettata di essere utilizzata per commettere il reato di traffico illecito di migranti e quando possa essere richiesto l'intervento di un altro Stato (art. 8, par. 1-2).

---

reclusione chi favorisca l'ingresso irregolare di stranieri in forma organizzata ed a fini di lucro. La condanna viene pronunciata dal giudice penale tedesco senza il previo annullamento dei visti rilasciati dall'autorità ungherese e svedese, che dunque al momento del procedimento, benché ottenuti con modalità fraudolente, erano ancora formalmente validi.": MASERA, *Una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di sanzioni penali per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, disponibile su penalecontemporaneo.it

In particolare, l'art. 8, par. 2, prevede il procedimento a cui gli Stati debbano attenersi quando uno Stato parte al Protocollo abbia un dubbio ragionevole per sospettare "that a vessel exercising freedom of navigation in accordance with international law and flying the flag or displaying the marks of registry of another State Party is engaged in the smuggling of migrants by sea". In questo caso, lo Stato " may so notify the flag State, request confirmation of registry and, if confirmed, request authorization from the flag State to take appropriate measures with regard to that vessel". Da parte sua, lo Stato di bandiera "may authorize the requesting State, inter alia: (a) To board the vessel; (b) To search the vessel; and (c) If evidence is found that the vessel is engaged in the smuggling of migrants by sea, to take appropriate measures with respect to the vessel and persons and cargo on board, as authorized by the flag State".

Riguardo al procedimento di cui all'art. 8, par. 2, non si presentano particolari problemi di interpretazione della norma quando la nave si trovi nelle acque territoriali di uno Stato parte del Protocollo, nel senso che, trovandosi l'imbarcazione in questa zona di mare, essa è sottoposta al regime giuridico di cui all'art. 2 della Convenzione sul diritto del mare (Montego Bay, 10 dicembre 1982, in seguito: CNUDM) [132], secondo cui "[t]he sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea. […]The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law".

[132] Entrata in vigore il 16 novembre 1994, disponibile sulla rete interconnessa.

Dubbi sorgono invece quando la nave si trovi in acque internazionali, zona che la CNUDM denomina "alto mare", definito all'art. 86 in termini negativi[133] come "all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic waters of an archipelagic State"[134].

In questa zona, la CNUDM non consente di catturare navi straniere e di arrestare i responsabili senza il consenso dello Stato di bandiera. In questo senso, il disposto normativo convenzionale risulta insufficiente[135] in vista dell'applicazione di sanzioni per reati anche gravi, tra cui, per esempio, la tratta degli schiavi (art. 110)[136] e il traffico

---

[133] SCOVAZZI, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 2002, p. 83.

[134] Le stesse considerazioni valgono per la zona economica esclusiva, in merito alla quale il regime applicabile "as far as immigration matters are concerned, the regime applying in the exclusive economic zone is not differentfrom that applying on the high seas in general": SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in RUBIO MARÍN, *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014.

[135] *Ibidem*, p. 94; NERI, *Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer*, in *Revue québécoise de droit international*, 2013, p. 127; DERENNE, *Le trafic illicite de migrants en mer méditerranée: une menace criminelle sous contrôle ?, in Collection des Études de l'Institut Nationale des Hautes Études de la Sécurité et de la Justice (INHESJ)*, 2013, p. 86; DUMOUCHEL, *Les atteintes a la sûreté en haute mer*, tesi di master, recherche relations internationales (Option Sécurité et Défense) de l'Université Panthéon-Assas-Paris II, 2009, p. 80, disponibile sulla rete interconnessa.

[136] "La strana sequenza di comportamenti che dovrebbe seguire il comandante di una nave da guerra che incroci in alto mare una nave straniera dedita al traffico di schiavi è in pratica la seguente: inviare un'imbarcazione, comandata da un ufficiale, per verificare i

illecito di stupefacenti (art. 108), per cui sono previsti rispettivamente un generico obbligo di visita o di cooperazione internazionale.

Questa insufficienza non è risultato di un omissione da parte degli Stati, ma procede da una presa di posizione risalente al Congresso di Vienna del 1815 che rimase immutata anche con l'adozione della CNUDM.

Una prima apertura per l'affermazione della giurisdizione dello Stato per reati commessi in alto mare, potrebbe essere rinvenibile nel 1988, con l'adozione della Convenzione contro il traffico illecito di stupefacenti[137], il cui articolo 17 si riferisce al traffico illecito di stupefacenti via mare. Il par. 9 di questo articolo prevede che "[t]he Parties shall consider entering into bilateral or regional agreements or arrangements to carry out, or to enhance the effectiveness of, the provisions of this article", non ostando al fatto che un eventuale accordo bilaterale o regionale possa stabilire che uno Stato parte possa avere giurisdizione su condotte illecite avvenute in alto mare le cui conseguenze si manifestino sul suo territorio.

Ad ogni modo, una eccezione al principio del permesso dello Stato di bandiera potrebbe essere la disposizione di cui all'art. 8, par. 7, del Protocollo di

---

documenti della nave; se i sospetti persistessero, procedere a un ulteriore esame della nave "agendo con tutti i riguardi possibili"; se vi fossero schiavi, invitarli a liberarsi da soli dalle catene, a saltare in acqua e a cercare rifugio sulla propria nave, cosa che li renderebbe liberi "*ipso facto*" (art. 99 [CNUDM]); se per qualsiasi motivo l'invito non fosse seguito, fare rapporto dei fatti al proprio Stato che, a sua volta, lo segnalerà allo Stato di bandiera della nave negriera, che ha l'obbligo di prendere misure idonee a prevenire e punire il trasporto di schiavi": SCOVAZZI, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 2002, p. 94.

[137] *Infra*, nota 244.

Palermo, che prevede che "[a] State Party that has reasonable grounds to suspect that a vessel is engaged in the smuggling of migrants by sea and is without nationality or may be assimilated to a vessel without nationality may board and search the vessel. If evidence confirming the suspicion is found, that State Party shall take appropriate measures in accordance with relevant domestic and international law".

Considerate le norme internazionali, è forse utile fare riferimento alla prassi adottata dagli Stati rer capire se essi possono esercitare la loro giurisdizione per i fatti commessi in alto mare da gruppi criminali organizzati al fine di perpetrare il delitto del traffico illecito di migranti.

A proposito, è opportuno segnalare che il Procuratore Nazionale Antimafia italiano ha adottato un documento, indirizzato alle Direzioni Distrettuali Antimafia ed inviato per opportuna conoscenza anche ad una serie di autorità amministrative nazionali ed ai competenti Comandi delle Forze di Polizia, contenente proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e di intervento, con le misure cautelari del caso, in indagini riguardanti associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina[138].

Secondo il Procuratore, "un'interpretazione coordinata delle norme del diritto internazionale pattizio, orientata al principio di diritto internazionale generale di salvaguardia dei diritti umani fondamentali e, dunque, funzionale a dare significato all'art. 8, par. 7 del Protocollo sullo *smuggling*, impone di ritenere che uniche contromisure efficaci al fine di contrastare un'attività organizzata – quale quella […] di riscontro da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato, dedita a un massiccio

[138] Adottato il 9 gennaio 2014, disponibile sulla rete interconnessa.

e seriale traffico internazionale di migranti e adusa a mettere spregiudicatamente a repentaglio la vita di intere moltitudini di persone – non possano che essere anche quelle consistenti nel bloccare i mezzi strumentali e le compagini soggettive attraverso le quali il suddetto "traffico" si concreta, in virtù di strumenti coercitivi contemplati dal diritto interno e dal diritto internazionale (dirottamento, fermo e arresto). È dunque, specialmente alla luce di tale strumento pattizio, che devono ritenersi pienamente legittimi - sino a diversa valutazione degli organi di giurisdizione - i poteri di coercizione esercitati dallo Stato[…]".

Inoltre, la Corte di Cassazione italiana con la recente sentenza resa il 27 marzo 2014[139] ha dichiarato che sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali.

Nel caso di specie, il gruppo di trafficanti si era avvalso di una nave principale (anche denominata dalla dottrina "nave madre") proveniente dalle coste libiche e di un gommone su cui erano stati trasbordati i migranti. Data l'inadeguatezza del gommone a compiere effettivamente il tratto di traversata previsto (perchè privo di carburante, cibo e acqua sufficienti a coprire la distanza che lo separava dalle coste italiane), secondo la Corte di Cassazione il trasbordo dalla motonave appariva preordinato non tanto all'effettivo raggiungimento delle coste italiane da parte del gommone[140], bensì a "provocare

[139] Corte di Cassazione, I sezione penale, sentenza n. 14510 del 27 marzo 2014.

[140] GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali***,** in *Diritto penale contemporaneo***,** 2014, disponibile su penalecontemporaneo.it

l'intervento dei servizi di soccorso in mare degli stati Europei costieri ed in particolare dell'Italia, in osservanza di una strategia criminale mirante a fare apparire lo sbarco come il risultato dell'ultimo segmento di attività, riconducibile all'opera dei soccorritori, scriminata dallo […] stato di necessità provocato e strumentalizzato dai trafficanti e quindi a loro del tutto riconducibile e quindi sanzionabile nel nostro Stato, ancorché materialmente questi abbiano operato solo in ambito extraterritoriale[141]".

La Corte di Cassazione ha giustificato la sua decisione in base dell'art. 7, n. 5[142], del codice penale italiano, in relazione all'art. 15, par. 2, lett. *c)*, della Convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale, che "fa riferimento proprio al reato commesso da gruppo criminale organizzato che sia commesso in uno Stato, ma che ne dispieghi gli effetti in un altro".

È interessante notare che con la presentazione del ricorso per cassazione, il Pubblico Ministero presso la Procura Distrettuale della Repubblica di Catania, abbia dedotto che "se si volesse ritenere che la condotta illecita degli scafisti

[141] Per la Corte, "[…]l'azione di un autore mediato, costretto ad intervenire per scongiurare un male più grave (morte dei clandestini), che così operando di fatto viene a realizzare quel risultato (ingresso di clandestini nel nostro paese) che [la legge], intende scongiurare. Il nesso di causalità non può dirsi interrotto dal fattore sopravvenuto (intervento dei soccorritori) inseritosi nel processo causale produttivo dell'evento poiché non si ha riguardo ad evento anomalo, imprevedibile o eccezionale, ma fattore messo in conto dai trafficanti per sfruttarlo a proprio favore e provocato".

[142] Questa norma espressamente prevede la punibilità "del cittadino o dello straniero che commette in territorio estero […] ogni […] reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana".

si sia fermata in alto mare, al momento del trasbordo sul gommone, si legittimerebbe una sostanziale loro impunità, con il che lo stato italiano si troverebbe da un lato a dover soccorrere in mare e dall'altro ad essere impossibilitato a perseguire e sanzionare chi tale stato di pericolo abbia provocato".

Con questa motivazione si potrebbe interpretare la Risoluzione sull'intercettazione e il salvataggio in mare di richiedenti asilo, rifugiati e dei migranti in situazione irregolare, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 21 giugno 2011[143], il cui par. 8 è richiamato dalla Corte europea dei diritti umani nella già citata sentenza Hirsi Jamaa, nella quale si legge, "la haute mer n'est pas une zone dans laquelle les Etats sont exempts de leurs obligations juridiques, y compris de leurs obligations issues du droit international des droits de l'homme et du droit international des réfugiés".

Se è vero che nel caso Hirsi Jamaa l'Italia si è resa responsabile di lesioni dei diritti umani nei confronti dei migranti per violazione del divieto di espulsioni collettive[144], è anche vero che per prevenire altri casi in cui i diritti umani dei migranti siano lesi è necessario dare una risposta di carattere penale, mandando ai gruppi criminali organizzati un chiaro messaggio riguardo al pericolo di incorrere in una sanzione stabilita dall'ordinamento nazionale.

Sulla base della sanzione dei colpevoli e della protezione dei diritti dei migranti si basa anche la

---

[143] Risoluzione 1821 (2011) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, adottata il 21 giugno 2011, disponibile sulla rete interconnessa.

[144] DE STEFANI, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia: illegali i respingimenti verso la Libia del 2009*, 2009, in unipd-centrodirittiumani.it

decisione del Tribunal Supremo spagnolo, che con sentenza resa il 21 giugno 2007[145] ha dichiarato che "[e]s importante destacar también que el bien jurídico protegido por el [delito de trèafico ilèicito de migrantes] está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que éstos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes". Inoltre, "si bien es verdad que en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente, de carácter convencional o consuetudinario. Por último, el criterio residual del principio de justicia supletoria, entre los que definen el ámbito de la jurisdicción del Estado, trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune, habida cuenta –como ya hemos dicho- que la comunidad tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general".

Constatato dunque che il principio di territoriatà non è assoluto, il Tribunal Supremo ha dichiarato che "de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos, especialmente el art. 23.4 *h)* LOPJ[146] [sobre jurisdicción universal] en relación con el

[145] *Tribunal Supremo* spagnolo, sentenza n. 582 del 21 giugno 2007.

[146] *Ley Orgánica del Poder Judicial*, n. 6 del 1° luglio 1985, art. 23, comma 4, lett. *h)*. Questa norma attribuisce alla giurisdizione

art. 8.7 [del] Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire anteriormente transcrito, dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional, posibilitan la adopción de medidas conforme al derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los Organos jurisdiccionales españoles".

Mentre Italia e Spagna hanno adottato delle soluzioni giurisprudenziali, la Francia ha provveduto attraverso la via legislativa. In particolare, l'art. 22 della legge n. 94-589 del 15 luglio 1994[147] prevede che "[l]es auteurs ou complices d'infractions [d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers] et commises en haute mer à bord des navires [...] peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises lorsque des accords bilatéraux ou multilatéraux le prévoient […], ainsi que dans le cas où ces infractions

---

spagnola la facoltà di conoscere su qualunque fatto "[…] que, según los tratados o convenios internacionales debe ser perseguido en España". Dopo l'entrata in vigore della legge n. 1 del 13 marzo 2014, i tribunali spagnoli possono giustificare la giurisdizione in alto mare per fatti riguardanti il traffico illecito di migranti grazie all'inserimento nella *Ley Orgánica del Poder Judicial* dell'art. 23, comma 4, lett. j), in base al quale è previsto che "[c]onocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como [..d]elitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión".

[147] Si tratta della *loi n° 94-589 du 15 juillet 1994 relative à la lutte contre la piraterie et aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer*, modificata dalla *loi n°2005-371 du 22 avril 2005*.

sont commises à bord d'un navire n'arborant aucun pavillon ou sans nationalité".

7. La tratta di persone

La tratta di persone è tra le manifestazioni più violente della criminalità organizzata, essendo un reato che lede gravemente i diritti umani delle vittime ed un crimine contro l'umanità, così come stabilito all'art. 7, par. 2, lett. *c)*, dello Statuto della Corte Penale Internazionale (Roma, 17 luglio 1998)[148].

Il richiamo a definizioni quali "schiavitù moderna" o "schiavitù del XXI secolo", aiuta a comprendere perché la comunità internazionale abbia cominciato ad occuparsene integralmente solo da pochi anni, mediante l'adozione del Protocollo per la prevenzione, repressione e sradicamento della tratta di persone, specialmente donne e bambini[149] (New York, 15 novembre 2000, in seguito: Protocollo o Protocollo di Palermo), il cui preambolo riferisce:

> "Taking into account the fact that […] there is no universal instrument that addresses all aspects of trafficking in persons".

---

[148] Entrato in vigore il 1° luglio 2002, disponibile sulla rete interconnessa.

[149] MANCINI, *Traffico di migranti e tratta di persone*, Milano, 2008; OBOKATA, *Trafficking of human beings from a human rights perspective*, Boston, 2006; BARNETT, *Trafficking in persons*, Ottawa, 2006; KELLY, *A Critical Reflection on Research on Trafficking in Persons within and into Europe*, Oxford, 2005; LACZKO, GRAMEGNA, *Developing Better Indicators of Human Trafficking*, Geneva, 2003; HYLAND, *The Impact of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, in *Human Rights Brief*, 2001.

Si tratta di uno strumento giuridico molto avanzato di contrasto alla tratta di persone, le cui finalità sono elencate all'art. 2, che sancisce gli obblighi per gli Stati parti di:

> "(a) To prevent and combat trafficking in persons, paying particular attention to women and children;
> (b) To protect and assist the victims of such trafficking, with full respect for their human rights; and
> (c) To promote cooperation among States Parties in order to meet those objectives.".

Il Protocollo si divide in tre parti: la prima, dedicata alla definizione del fenomeno della tratta di persone e alla sua penalizzazione negli ordinamenti giuridici degli Stati (artt. 3-5); la seconda, riservata alla protezione delle vittime (artt. 6-8) e la terza, destinata alla prevenzione, cooperazione e altre misure che gli Stati parti sono obbligati ad adottare (artt. 9-13).

7.1. La definizione della tratta di persone: struttura dell'art. 3, lett. *a)*

L'art. 3, lett. *a),* del Protocollo di Palermo, fornisce una definizione complessa del reato, stabilendo che per tratta di persone dovrà intendersi:

> "[…] the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons

> by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organ".

Per comprendere meglio questa disposizione normativa, è opportuno dividerla in tre parti logiche distinguendo le condotte necessarie a commettere il reato, i mezzi utilizzati e le finalità perseguite dai gruppi criminali organizzati.

Per quanto riguarda le azioni, l'art. 3, lett. *a)*, stabilisce che la tratta di persone è commessa mediante l'arruolamento, il trasporto, il trasferimento l'ospitalità o l'accoglienza di persone. Affinché il reato si configuri, non si richiede il compimento di tutte le condotte elencate, essendo sufficiente la commissione di una sola di esse.

I mezzi utilizzati possono essere la minaccia, l'uso della forza o altre forme di coercizione, il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o il dare o ricevere somme di denaro o altri

vantaggi. La loro previsione è direttamente collegata all'art. 3, lett. *b)*, che fa riferimento al consenso prestato dalla vittima al proprio sfruttamento:

> "The consent of a victim of trafficking in persons […] shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used […]".

A contrario sensu, quando una persona abbia prestato il consenso ad essere sfruttata senza che sia stato utilizzato alcun mezzo tra quelli descritti all'art. 3, lett. *a)*, non può configurarsi il reato della tratta di persone.

Questa previsione trova un limite nell'art. 3, lett. *c)*, quando la vittima sia minorenne.

> "The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered "trafficking in persons" even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article".

La finalità del reato commesso deve essere lo sfruttamento. L'elenco delle forme di sfruttamento di cui all'art. 3, lett. *a)*, non è affatto tassativo e la presenza della

locuzione “come minimo” permette di considerare anche fattispecie sopravvenute all’adozione del Protocollo[150].

7.2. La definizione delle forme di sfruttamento

Il compito di definire le forme di sfruttamento ex art. 3, lett. *a)*, è lasciato agli Stati, che, al momento di tipizzarle come reato nelle legislazioni interne, possono ricorrere a trattati già esistenti, ai lavori preparatori del Protocollo e alla giurisprudenza internazionale, in particolare per quanto riguarda fenomeni come la prostituzione, il lavoro forzato, la schiavitù e la servitù, di cui ci si occuperà nei paragrafi successivi.

A) La prostituzione

Si tratta di un fenomeno disciplinato dal diritto internazionale sin dagli inizi del secolo scorso, quando sono stati adottati l’Accordo internazionale per la soppressione del commercio delle schiave bianche (Parigi, 18 maggio 1904)[151], la Convenzione internazionale per la soppressione della tratta di schiave bianche (Parigi, 4 maggio 1910)[152]; la Convenzione internazionale per la soppressione della tratta di donne e bambini (Ginevra, 30 settembre 1921)[153] e la Convenzione internazionale per la repressione del traffico delle donne adulte (Ginevra, 11 ottobre 1933)[154]. Il disposto normativo di questi strumenti

---

[150] Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6 del 4 aprile 2000, p.5-6.

[151] Entrato in vigore il 18 luglio 1905, disponibile sulla rete interconnessa.

[152] Entrata in vigore l’8 agosto 1912, disponibile sulla rete interconnessa.

[153] Entrata in vigore per ogni Stato parte alla Convenzione nella data di deposito della rispettiva ratifica o adesione, disponibile sulla rete interconnessa.

[154] Entrata in vigore il 24 agosto 1934.

internazionali è stato successivamente unificato e rafforzato con la Convenzione per la soppressione della tratta di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui (Lake Success, 2 dicembre 1949)[155].

Per ciò che concerne il Protocollo di Palermo, i lavori preparatori sono molto chiari nell'indicare che la mancanza di una definizione specifica di prostituzione all'interno dell'art. 3, lett. *a)*, è dovuta alla volontà dei negoziatori di non pregiudicare la forma in cui gli Stati parti intendano regolare il fenomeno nei rispettivi diritti interni[156]. La maggior parte delle delegazioni presenti ai negoziati, infatti, aveva chiesto di distinguere tra le vittime dello sfruttamento della prostituzione e chi invece si dedichi liberamente ad essa.

Ne deriva che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento quando si tratta di reprimere la prostituzione esercitata volontariamente, arrivando in alcuni casi a conclusioni diametralmente opposte.

Con sentenza del 23 marzo 2011 sul caso *José y Florencia*[157], il *Tribunal Supremo* spagnolo ha assolto dall'accusa di tratta di persone una coppia spagnola proprietaria di un postribolo, perché le donne brasiliane sfruttate al suo interno avevano piena consapevolezza del fatto che, una volta arrivate in Spagna, avrebbero dovuto prostituirsi e ripagare il costo del viaggio dal Brasile.

Mediante sentenza del 23 aprile 2012 sul caso *Queen v. Matyas Pis*[158], la Corte della Corona di Belfast ha condannando il signor Pis per sfruttamento della

---

[155] Entrata in vigore il 25 luglio 1951, disponibile sulla rete interconnessa.

[156] Doc. A/55/383/Add.1 del 3 novembre 2000, par. 64.

[157] *Tribunal supremo* spagnolo, sentenza n. 196 del 23 marzo 2011.

[158] *Belfast Crown Court*, sentenza n. 11/109627 del 23 aprile 2012.

prostituzione, tratta di persone, induzione alla prostituzione e possesso di un postribolo, nonostante le due donne prostituite non fossero sottoposte ad alcuna coercizione e avessero chiesto previamente al condannato di comprare i loro biglietti aerei e trovare loro un appartamento a Belfast, pienamente coscienti dei servizi che avrebbero dovuto prestare.

B) Il lavoro forzato

Il lavoro forzato era già stato definito dall'art. 2, par. 1, della Convenzione n. 29 sul lavoro forzato (Ginevra, 28 giugno 1930) [159] come "all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily". Questa norma è stata più specificamente interpretata dalla giurisprudenza internazionale.

Con sentenza resa il 23 novembre 1983 sul caso *Van der Mussele c. Belgio*[160], la Corte Europea dei Diritti Umani ha rigettato il ricorso di un avvocato belga che allegava una violazione dell'art. 4 della Convenzione europea dei diritti umani a causa del mancato compenso per il suo servizio da praticante, da egli stesso indicato come lavoro forzato.

La Corte ha preso in considerazione la definizione che del lavoro forzato dà l'art. 2, par. 1, della Convenzione n. 29 dell'Organizzazione internazionale del lavoro, adducendo che tale lavoro deve essere preteso "under the menace of any penalty" e portato a termine dalla persona

[159] Entrata in vigore il 1º maggio 1932, disponibile nella rete interconnessa.

[160] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *Van der Mussele c. Belgio*, sentenza del 23 novembre 1983.

contro la sua volontà, essendo un servizio per il quale quella stessa persona non si è offerta volontariamente.

Secondo la Corte, il servizio richiesto può violare l'art. 4 della Convenzione ed essere considerato lavoro forzato solo se impone un onere così eccessivo o sproporzionato rispetto ai vantaggi che da esso si possano trarre, da non poter considerare che esso sia stato volontariamente accettato.

C) La schiavitù

Al pari del lavoro forzato, anche la schiavitù e le pratiche ad essa analoghe erano già state disciplinate da strumenti internazionali precedenti al Protocollo di Palermo e sono state ulteriormente definite dalla giurisprudenza internazionale.

Tra i trattati internazionali specifici in questa materia è importante ricordare: la Convenzione sulla schiavitù (Ginevra, 25 settembre 1926, in seguito: la Convenzione del 1926)[161], che all'art. 2, par. 1, definisce la schiavitù come "the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised"[162]; la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, il commercio di schiavi e gli statuti e le pratiche analoghe alla schiavitù (Ginevra, 7 settembre 1956)[163], che integra la definizione già fornita dalla Convenzione del 1926 con i concetti di schiavitù per debiti, servitù, matrimonio forzato, vendita di una donna, eredità di una donna e consegna di un minore a fini di

[161] Entrata in vigore il 9 marzo 1927, disponibile sulla rete interconnessa.
[162] *Ibidem*, art. 1, par. 1.
[163] Entrata in vigore il 30 aprile 1957, disponibile sulla rete interconnessa.

sfruttamento (art. 1) e il Patto Internazionale sui diritti civili e politici (New, York, 16 dicembre 1966) [164], il cui art. 8, par. 1, riprende quanto stabilito dall'art. 4 della Dichiarazione universale dei diritti umani (New York, 10 dicembre 1948)[165] stabilendo che "No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms".

Proprio sulla definizione offerta dall'art. 2, par. 1, della Convenzione del 1926, la Corte Europea dei Diritti Umani ha basato la sentenza resa il 26 ottobre 2005 sul caso *Siliadin c. Francia*[166], ritenendo che una giovane togolese sfruttata come lavoratrice domestica presso l'abitazione di una coppia residente in Francia, fosse tenuta in condizione di servitù, ma non di schiavitù, in quanto:

> "This definition [of slavery] corresponds to the "classic" meaning […] as it was practiced for centuries. Although the applicant was, in the instant case, clearly deprived of her personal autonomy, the evidence does not suggest that she was held in slavery in the proper sense, in other words that Mr. and Mrs. B. exercised a genuine right of legal ownership

[164] Entrato in vigore il 23 marzo 1976, disponibile nella rete interconnessa.
[165] Disponibile sulla rete interconnessa.
[166] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *Siliadin c. Francia*, sentenza del 26 ottobre 2005.

> over her, thus reducing her to the status of an object"[167].

Nella sua decisione, la Corte Europea non ha tenuto conto della sentenza resa il 12 giugno 2002 dalla Camera d'appello del Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia nel caso *Kunarac e altri*[168], secondo il quale il concetto tradizionale di schiavitù ha subito un'evoluzione che permetterebbe di includere nella definizione sancita all'art. 2, par. 1, della Convenzione del 1926 altre forme contemporanee di sfruttamento, anch'esse basate sull'esercizio di "any or all of the powers attaching to the right of ownership"[169].

L'orientamento giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti Umani è cambiato con la sentenza resa il 7 gennaio 2010 sul *caso Rantsev c. Cipro e Russia*[170]. Richiamando la decisione del Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia, la Corte Europea è andata oltre la definizione di schiavitù fornita nel caso *Kunarac e altri*. Essa ha considerato innecessario stabilire se il trattamento ricevuto dalla ricorrente consistesse in una delle forme di sfruttamento vietate dall'art. 4 della Convenzione europea dei diritti umani (schiavitù, servitù o lavoro forzato) e ha ritenuto più corretto qualificare il reato in esame come tratta di persone così come definita dall'art. 3, lett. *a)*, del Protocollo di Palermo.

---

[167] *Ibidem*, par. 122.

[168] Tribunale Internazionale per l'ex-Iugoslavia, sentenza del 12 giugno 2002.

[169] *Ibidem*, par. 117.

[170] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *Rantsev c. Cipro e Russia*, sentenza del 7 gennaio 2010.

D) La servitù

Un'altra forma di sfruttamento prevista dall'art. 3, lett. *a*), del Protocollo è la servitù. Gli strumenti internazionali precedenti al Protocollo di Palermo non ne offrono una definizione soddisfacente, limitandosi a indicarla come sinonimo di schiavitù. Mentre, infatti, la Convenzione sulla schiavitù del 1926 la menziona come sinonimo del termine "slavery" (l'unico riferimento rinvenibile, tra l'altro, è nel titolo), la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, il commercio di schiavi e gli statuti e le pratiche analoghe alla schiavitù del 1956 si limita a indicare cosa debba intendersi per "person of servile status" (art. 7), richiamando le pratiche analoghe alla schiavitù menzionate all'art. 1. La stessa Convenzione europea dei diritti umani stabilisce all'art. 4 che "no one shall be held in slavery or servitude", senza però chiarire il significato di servitù.

Durante i lavori preparatori del Protocollo, ne erano state proposte due definizioni: da una parte "the condition of a person who is unlawfully compelled or coerced by another to render any service to the same person or to others and who has no reasonable alternative but to perform the service, and shall include domestic servitude and debt bondage"; dall'altra, "the status or condition of dependency of a person who is [unjustifiably] compelled by another person to render any service and who reasonably believes that he or she has no alternative but to perform the service". Alcune delegazioni avevano espresso forti dubbi sull'inclusione di questa fattispecie tra le forme di sfruttamento della tratta di persone, allegando che il suo significato fosse poco chiaro e che duplicasse il riferimento alla schiavitù o alle pratiche analoghe alla

schiavitù[171] già contemplato durante i negoziati. Tuttavia, al momento dell'adozione del Protocollo, la servitù fu annoverata all'art. 3, lett. *a),* anche se, al pari delle altre forme di sfruttamento, non ne venne fornita una definizione specifica.

La giurisprudenza internazionale è molto utile per chiarire il significato di questa forma di sfruttamento.

Nella sentenza del 26 ottobre 2005 sul caso *Siliadin c. Francia*, la Corte Europea ha ricordato che, ai sensi dell'art. 4, par 1, della Convenzione europea dei diritti umani, "servitude means an obligation to provide one's services that is imposed by the use of coercion, and is to be linked with the concept of slavery"[172] pur essendo diversa dalla schiavitù.Secondo la Corte, il termine servitù riguarderebbe una forma di negazione della libertà particolarmente grave che implica "in addition to the obligation to perform certain services for others [...] the obligation for the 'serf' to live on another person's property and the impossibility of altering his condition"[173].

Nella sentenza dell'11 ottobre sul caso *C.N. et V. c. Francia*[174], la Corte Europea si è pronunciata sulla differenza tra servitù e lavoro forzato, proponendo, tra l'altro, una definizione di servitù simile a quelle contemplate durante i lavori preparatori del Protocollo di Palermo. Secondo la Corte, la definizione di servitù si riferisce alla convinzione (o al sentimento) da parte della vittima del fatto che la sua condizione non può cambiare:

---

[171] Doc. A/AC. 254/4/Add.3/Rev.7 del 19 luglio 2000, p. 4.

[172] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *Siliadin c. Francia*, sentenza del 26 ottobre 2005, par. 124.

[173] *Ibidem*, par. 123.

[174] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *C.N. et V. c. Francia*, sentenza dell'11 ottobre 2012.

> ” [...] la Cour observe que la servitude constitue une qualification spéciale du travail forcé ou obligatoire ou, en d’autres termes, un travail forcé ou obligatoire « aggravé ». En l’occurrence, l’élément fondamental qui distingue la servitude du travail forcé ou obligatoire, au sens de l’article 4 de la Convention, consiste dans le sentiment des victimes que leur condition est immuable et que la situation n’est pas susceptible d’évoluer. A cet égard, il suffit que ce sentiment repose sur des éléments objectifs suscités ou entretenus par les auteurs des agissement”[175].

7.3. L’assistenza e la protezione alle vittime

L’assistenza e la protezione che gli Stati devono offrire alle vittime sulla base di quanto previsto dal Protocollo di Palermo sono molto ampie e si basano sul presupposto che le persone lese abbiano, insieme alle autorità, un ruolo centrale nella lotta alla tratta di persone. Esse non sono considerate solamente soggetti passivi di una condotta criminale, ma possono addirittura assumere un ruolo attivo durante le indagini e le fasi giudiziarie e far valere le loro pretese personali quando si tratti della protezione dei propri diritti.

[175] *Ibidem*, par. 91.

Gli Stati hanno infatti l'obbligo di ascoltare le opinioni e le preoccupazioni delle vittime durante il processo penale contro i delinquenti (art. 6, par. 2, lett. *b)*); tenere in considerazione le loro esigenze particolari (art. 6, par. 4) e fattori umanitari e personali (art. 7).

Oltre ai diritti civili per la durata del procedimento penale a carico dei delinquenti, gli Stati devono considerare la possibilità di garantire alle persone lese i diritti economici, sociali e culturali, necessari per recuperare la loro condizione fisica, psicologica e sociale (art.6, par. 3) permettendo loro di disporre di un alloggio adeguato (art. 6 par. 3, lett. *a)*), assistenza medica, psicologica e materiale (art. 6 par. 3, lett. *b)*), e di usufruire di opportunità d'impiego, istruzione e formazione (art. 6 par. 3, lett. *c)*).

Il quadro della garanzie di assistenza e protezione delle vittime si chiude con le disposizioni di cui all'art. 6, par. 5 e 6, rispettivamente sulla sicurezza fisica delle vittime e sulla possibilità di ottenere un risarcimento per i danni sofferti.

Queste disposizioni possono essere ricollegate a quanto stabilito dalla giurisprudenza internazionale in materia di progetto di vita, un diritto riconosciuto sulla base dell'interpretazione estensiva del diritto alla vita a partire dall'analisi delle condizioni delle persone in stato di vulnerabilità[176].

7.4. Le vittime e la condizione di vulnerabilità

È proprio la vulnerabilità l'elemento che, all'interno del Protocollo di Palermo indica la condizione più ricorrente delle vittime della tratta di persone (preambolo, art. 3 e art. 9).

[176] *Supra*, par. 6.

Tale concetto era già stato definito sul piano del diritto internazionale mediante la terza delle 100 regole di Brasilia sull'accesso alla giustizia delle persone in condizione di vulnerabilità (Brasilia, 6 marzo 2008)[177], che prevede:

> *"*[v]ulnerable people are defined as those who, due to reasons of age, gender, physical or mental state, or due to social, economic, ethnic and/or cultural circumstances, find it especially difficult to fully exercise their rights before the justice system as recognized to them by law. The following may constitute causes of vulnerability: age, disability, belonging to indigenous communities or minorities, victimization, migration and internal displacement, poverty, gender and deprivation of liberty. The specific definition of vulnerable people in each country will depend on their specific characteristics, and even on their level of social or economic development"[178].

[177] Elaborate durante la *XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas de Justicia y los Consejos de la Magistratura de Iberoamérica*, con il proposito di garantire condizioni di effettivo accesso alla giustizia senza discriminazione per donne, bambini, indigeni, rifugiati, persone disabili e anziani

[178] *100 Brasilia Regulations Regarding Access to Justice for Vulnerable People*, regola 3, disponibile sulla rete interconnessa.

Per definire in modo chiaro il significato di vulnerabilità, gli Stati hanno fatto ricorso alla cooperazione internazionale e alle giurisprudenze nazionali, secondo cui questo concetto si riferirebbe a quei fattori ambientali o contestuali che aumentano la possibilità per un individuo o per un gruppo di persone di essere trafficati: povertà, iniquità, discriminazione e violenza[179] contribuiscono, infatti, a creare condizioni sociali che limitano le scelte individuali e rendono più facile l'operato dei trafficanti di persone[180]. Altri fattori più specifici riguardano il genere, l'età, l'appartenenza a un gruppo minoritario e la mancanza di uno *status* legale all'interno di un determinato Stato[181].

Dare una definizione precisa di condizione di vulnerabilità è importante per tutti i fini che si propone il Protocollo: da una parte la prevenzione, per mitigare i fattori che rendono le persone vulnerabili alla tratta (art. 9, par. 4); dall'altra la protezione delle vittime anche mediante la loro identificazione; dall'altra ancora la repressione, affinché durante un eventuale processo penale possano essere raccolte prove in grado di dimostrare che la vulnerabilità personale, geografica o circostanziale della persona sfruttata fosse sufficientemente grave da viziare il consenso della vittima.

---

[179] Nazioni Unite, *Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons*, A/RES/64/293 del 12 agosto 2010, preambolo, par. 3.

[180] Organizzazione internazionale del lavoro e Commissione europea, *Operational Indicators of Trafficking in Human Beings*, 2009, disponibile sulla rete interconnessa.

[181] 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 sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, preambolo, par. 12, disponibile nella rete interconnessa.

La mancanza di una concettualizzazione chiara di questo termine e le conseguenti ambiguità che ne derivino[182] possono avere alcune conseguenze, tra cui: il diritto delle vittime a essere riconosciute come tali; il diritto degli accusati a essere sottoposti a un equo processo e una reinterpretazione della tratta di persone che potrebbe far perdere a questo delitto il suo carattere fondamentale di crimine estremamente grave in quanto violazione severa dei diritti umani[183].

Definire la vulnerabilità è importante anche per capire quando vi sia, ai sensi dell'art. 3, lett. *a)*, un abuso di questa condizione da parte dei gruppi criminali organizzati.

La nota interpretativa all'art. 3 del Protocollo, chiarisce che "[t]he reference to the abuse of a position of vulnerability is understood as referring to any situation in which the person involved has no real and acceptable

---

[182] Anche nell'Unione Europea, l'art. 2, par. 2, della 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 sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, si limita a riprendere letteralmente il contenuto della nota interpretativa di cui dell'art. 3, lett. *a*), del Protocollo di Palermo, intendendo per posizione di vulnerabilità una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile, se non cedere all'abuso di cui è vittima, senza definire cosa debba intendersi per "scelta definitiva ed accettabile".

[183] Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine, *Guidance Note on 'Abuse of a Position of Vulnerability' as a Means of Trafficking in Persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Vienna, 2012, p.2-3.

alternative but to submit to the abuse involved[184]", senza specificare però cosa debba intendersi per "real and acceptable alternative".

La prassi degli Stati è molto utile per colmare le lacune lasciate dal diritto internazionale. A proposito, nella sentenza resa il 28 dicembre 2012 la *Cámara Federal de Casación Penal* argentina nella causa n. 14.449 ha fatto notare che:

> "[...] la situación de vulnerabilidad hace referencia a una situación en la que la persona es más propensa a brindar su conformidad para ser explotado, y el abuso de esa situación ocurre cuando el autor usa intencionadamente o se aprovecha de la vulnerabilidad de la víctima para captarla, transportarla, trasladarla, acogerla o recibirla con el fin de explotarla, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable de que dispone y que resulte razonable que crea eso a la luz de su situación [...]"[185].

Nella sentenza del 15 gennaio 2013 il Tribunal Correctionnel di Nivelles (Belgio) ha considerato che

[184] Doc. A/55/383/Add.1 del 3 novembre 2000, par. 63.

[185] *Cámara Federal de Casación Penal* argentina , causa n. 14.449, *C.F.C.P. C. J. R. y otros*, sentenza del 28 dicembre 2012, p.18, disponibile sulla rete interconnessa.

esistesse una condizione di vulnerabilità delle vittime e un abuso di potere da parte del trafficante[186]. In merito alla definizione di tale condizione, il Tribunale ha considerato che:

> "[…] l'infraction a été commise en abusant de la situation particulièrement vulnérable dans laquelle se trouvait la personne en raison de sa situation administrative illégale ou précaire, de sa situation sociale précaire, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale, de manière telle que la personne n'avait en fait d'autre choix véritable et acceptable que de se soumettre à cet abus "[187].
>
> " […] Au vu de […] la situation physique des parties civiles, il est manifeste que, a tout le moins lorsqu'elle se trouvaient en Belgique sans en parler la langue, elles dépendaient entièrement du prévenu et n'avaient d'autre choix que celui de faire ce que ce dernier leur imposait "[188].

[186] *Tribunal correctionnel de Nivelles*, sentenza n. 13281 del 15 gennaio 2013, disponibile sulla rete interconnessa.
[187] *Ibidem,* p. 4-5.
[188] *Ibidem,* p.12.

7.5. La prevenzione e la cooperazione nel Protocollo di Palermo

Il Protocollo si presenta come uno strumento molto avanzato sul piano cooperativo-preventivo, prevedendo per gli Stati parti gli obblighi di: adottare misure generali di prevenzione, repressione e di protezione delle vittime della tratta di persone (art. 9, par 1 e 2); stabilire misure specifiche per mitigare quei fattori strutturali che favoriscono l'insorgenza del reato (art. 9, par. 4 e 5); favorire lo scambio di informazioni tra le autorità delle amministrazioni di giustizia nazionali (art. 10); adottare misure per la sicurezza delle frontiere (art. 11) e garantire la sicurezza, il controllo, la legittimità e la validità dei documenti (art. 12 e 13).

A) L'armonizzazione legislativa e l'obbligo di interventi strutturali sulla domanda e l'offerta

Tra le misure generali previste dall'art. 9, par. 1, può annoverarsi l'armonizzazione legislativa, specie in ambito penale, non esplicitamente prevista ma desumibile dai lavori preparatori (gli Stati Uniti avevano proposto di includere tra le misure di prevenzione anche quelle previste dall'art. 5, mirate alla tipizzazione nel diritto interno degli Stati del reato di tratta di persone) e dalle raccomandazioni del Gruppo di lavoro sulla tratta di persone, che tra gli esempi di misure destinate a rafforzare la cooperazione internazionale ha menzionato la promozione di una maggiore armonizzazione legislativa.

La Commissione internazionale contro l'impunità in Guatemala, ha raccomandato al Guatemala di riformare l'art. 202 ter del codice penale perché la norma vigente in materia di tratta di persone non contemplava i mezzi previsti dall'art. 3, lett. *b)*, del Protocollo di Palermo e non penalizzava la condotta di coloro i quali partecipino,

dirigano e organizzino il reato della tratta di persone così come previsto dall'art. 5 dello stesso Protocollo. Secondo la Commissione, queste omissioni generano come conseguenza la penalizzazione di condotte che possono in realtà essere consentite dalla persona sfruttata e una maggiore difficoltà al momento dell'applicazione della norma penale.

La Corte Europea dei Diritti Umani ha contribuito alla valutazione e armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali in materia di tratta di persone.

Nella sentenza resa il 7 gennaio 2010 sul caso *Rantsev c. Cipro e Russia* la Corte ha dichiarato che l'art. 4 della Convenzione europea dei diritti umani fa discendere in capo agli Stati parti l'obbligo di adottare un sistema legislativo e amministrativo adeguato per prevenire e reprimere la tratta di persone, condannando lo Stato di Cipro perché il quadro giuridico-amministrativo generale e la politica d'immigrazione non hanno offerto alla signora Rantsev una protezione pratica ed effettiva contro il suo sfruttamento.

Nella sentenza resa l'11 ottobre 2012 sul caso *C.N. and V. c. Francia*[189], la Corte europea ha condannato la Francia per la violazione dell'art. 4 della Convenzione europea dei diritti umani, considerando inadeguata la legislazione nazionale per combattere effettivamente la servitù e il lavoro forzato.

Oltre all'obbligo dell'armonizzazione legislativa, l'art. 9 si occupa dei problemi di carattere strutturale da cui origina la tratta di persone, sancendo l'obbligo per gli Stati di intervenire sia sull'offerta che sulla domanda dello sfruttamento.

---

[189] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *C.N. and V. c. Francia*, sentenza dell' 11 ottobre 2012.

Le vittime del reato rappresentano l'offerta, che deve essere limitata attraverso le azioni previste all'art. 9, par. 4, intensificando la cooperazione sul piano bilaterale e multilaterale per limitare fattori come la povertà, il sottosviluppo e la mancanza di opportunità equitative che rendono le persone, specialmente le donne e i bambini, vulnerabili alla tratta.

I consumatori dei servizi prestati dalle vittime della tratta rappresentano invece la domanda, la cui limitazione è disciplinata dall'art. 9, par. 5, mediante l'adozione di norme e di misure specifiche nel settore sociale, culturale e dell'istruzione.

B) Lo scambio di informazioni e la formazione dei funzionari pubblici

Oltre alla limitazione dei fattori di carattere strutturale, gli Stati sono chiamati a cooperare mediante lo scambio di informazione (art. 10, par. 1) e la formazione dei funzionari pubblici (art. 10, par. 2).

In base all'art. 10, par. 1, lo scambio di informazioni deve avvenire per riconoscere eventuali vittime o autori della tratta di persone; determinare quali documenti sono stati utilizzati per commettere il reato e conoscere i metodi e i mezzi utilizzati dai gruppi criminali organizzati per commettere il reato.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 10, par. 2, i funzionari pubblici devono ricevere una formazione che permetta loro di conoscere i metodi per prevenire la tratta di persone, includendo la protezione delle vittime e i diritti umani delle donne e dei bambini.

Nella sentenza sul caso *Campo Algodonero c. Messico*[190] resa il 16 novembre 2009, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha ordinato al Messico di continuare a impartire corsi di formazione a funzionari pubblici dell'amministrazione di giustizia di Ciudad Juárez soprattutto in materia di superamento degli stereotipi sul ruolo sociale delle donne e di diritti umani e genere per la dovuta diligenza nella conduzione delle indagini e dei processi giudiziari connessi con discriminazione, violenza e omicidi di donne per motivi di genere.

Le previsioni di cui all'art. 10 del Protocollo sono importanti se si considera che mentre i trafficanti di persone sono generalmente criminali di diverse nazionalità e agiscono a livello transnazionale, i sistemi nazionali di giustizia penale soffrono di limitazioni importanti per poter cooperare a livello internazionale e regionale[191].

Tra gli esempi di misure destinate a rafforzare la cooperazione internazionale per la lotta alla tratta di persone, le Nazioni Unite hanno segnalato la designazione

---

[190] Corte Interamericana dei Diritti Umani, caso *González y otras c. México*, sentenza del 16 novembre 2009, par. 541.

[191] Doc. CTOC/COP/WG.4/2011/5 del 2 agosto 2011. In particolare, sussistono difficoltà di cooperazione a causa delle differenze tra i sistemi penali nazionali, sia per il fatto che il reato di tratta di persone sia stato tipificato in maniera distinta nell'ordinamento giuridico di uno Stato e in quello di un altro, sia per la scarsa conoscenza delle leggi nazionali contro la tratta. Altre difficoltà sono da ricercarsi nell'insufficiente comunicazione tra le autorità nazionali competenti; la mancanza di informazione e di meccanismi ufficiali di cooperazione tra l'amministrazione della giustizia e i fornitori di servizi alle vittime per una collaborazione effettiva di queste ultime durante i procedimenti penali; i lunghi tempi di attesa per i processi vincolati alla cooperazione giudiziaria internazionale mediante l'assistenza reciproca, l'estradizione e la cooperazione internazionale per la confisca.

di un'autorità nazionale centrale che faccia circolare l'informazione sulla tratta di persone; la collaborazione tra le autorità consolari; la promozione di metodi di cooperazione ufficiali o ufficiosi tra le istituzioni e i fornitori dei servizi alle vittime al fine di garantire assistenza e reintegrazione adeguate nella società, sulla base di una valutazione previa dei rischi; il miglioramento delle capacità dei funzionari dell'amministrazione della giustizia.

Gli obblighi di adottare alcune tra queste misure sono stati ribaditi dalla Corte europea dei Diritti Umani. Con sentenza resa il 7 gennaio 2010 sul caso *Rantsev c. Cipro e Russia*, la Corte ha dichiarato che l'art. 4 della Convenzione europea dei diritti umani fa discendere in capo agli Stati parti l'obbligo di assicurare un'efficace tutela delle vittime, anche quelle potenzialmente tali, condannando lo Stato di Cipro perché i funzionari di polizia non hanno adottato nessuna misura per proteggere una ragazza dalla tratta di persone, ritenendo, anche alla luce dell'analisi dell'art. 10 del Protocollo di Palermo, che essi disponessero di indizi sufficienti per sospettare ragionevolmente che la giovane fosse o rischiasse di essere una vittima.

Per quanto riguarda la Russia, la Corte ha ritenuto che vi sia stata violazione dell'art. 4 della Convenzione perché le autorità competenti non avevano adottato alcuna misura per individuare i trafficanti di cui la giovane è stata vittima.

Con sentenza resa l'11 ottobre 2012 sul caso *C.N. and V. c. Francia*[192], la Corte europea ha condannato la Francia per la violazione dell'art. 4 della Convenzione europea dei diritti umani, constatando che le autorità francesi non

[192] *Supra*, nota 189.

avevano svolto alcun tipo di indagine per indagare su situazioni di potenziale sfruttamento.

A livello regionale, sono state adottate diverse iniziative di cooperazione che servono a migliorare la collaborazione tra le autorità nazionali incaricate di prevenire e reprimere la tratta di persone.

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani (Varsavia, 16 aprile 2005)[193] crea un meccanismo di controllo per assicurare un'efficace attuazione delle disposizioni da parte degli Stati[194].

La direttiva 2011/36/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio[195], del 5 de aprile 2011, relativa alla prevenzione e la lotta contro la tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, fa riferimento alla necessità di una stretta collaborazione transfrontaliera tra gli Stati membri dell'Unione europea basata sulla condivisione di informazione e di buone pratiche, e su un dialogo aperto e continuo tra le autorità di polizia, giudiziarie e finanziarie nazionali.

La Convenzione dell'Associazione dell'Asia meridionale per la cooperazione regionale (SAARC) sulla prevenzione e la lotta contro la tratta di donne e bambini con fini di prostituzione (Kathmandu, 5 gennaio 2002)[196], promuove la cooperazione tra gli Stati membri della

---

[193] Entrata in vigore il 1º febbraio 2008.

[194] Consiglio d'Europa, *Relazione esplicativa della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, Varsavia, 2005, p. 33.

[195] Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, n. L 101 del 15 aprile 2011.

[196] Entrata in vigore il 15 novembre 2005, disponibile sulla rete interconnessa.

SAARC al fine di prevenire, intercettare e reprimere la tratta di donne e bambini.

La Convenzione sulla Cooperazione delle polizie in Europa sudorientale (Vienna, 5 maggio 2006)[197] prevede forme moderne di cooperazione tra gli Stati parti, tra cui l'analisi dei fattori di rischio , la protezione dei testimoni, la vigilanza internazionale, le indagini in borghese, la trasmissione e comparazione di profili di DNA e altri materiali di identificazione, misure tecniche per facilitare la cooperazione transfrontaliera, gruppi di lavoro di analisi, squadre di indagine e pattuglie miste nelle frontiere statali .

Il Piano di azione dell' OCSE (Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa) per la lotta al traffico di esseri umani (Maastricht, 24 luglio 2003)[198] include le migliori pratiche statali e una prospettiva avanzata di lotta contro la tratta di persone, facilitando la cooperazione tra gli Stati partecipanti.

C) L'adozione delle misure per la sicurezza delle frontiere e il coinvolgimento delle imprese

L'art. 11 del Protocollo si riferisce all'obbligo di rafforzare i controlli transfrontalieri necessari per prevenire e individuare casi di tratta di persone.

A tale scopo, gli Stati parti devono adottare misure idonee a evitare che i trasportatori utilizzino mezzi di trasporto per commettere il reato della tratta di persone, stabilendo sanzioni adeguate nel caso in cui essi non controllino se i viaggiatori sono in possesso dei documenti

[197] Entrata in vigore il 10 ottobre 2007, disponibile sulla rete interconnessa.

[198] Approvato dal Consiglio dei Ministri il 2 dicembre 2003, disponibile sulla rete interconnessa.

di viaggio richiesti per entrare legalmente nello Stato di destinazione.

Questa disposizione è importante perché considera i trasportatori e le imprese di trasporto non solo sul piano sanzionatorio, ma anche su quello preventivo, affiancandole alle autorità statali nell'ambito di un primo accertamento sui documenti dei passeggeri (anche se non si tratta di un vero e proprio controllo sulla legittimità dei documenti, bensì di una constatazione sul possesso tutt'al più seguita da una verifica sui difetti evidenti sulla superficie dei documenti o sulla loro vigenza).

Fatto salvo quanto previsto dall'art. 11, non vi sono altre disposizioni del Protocollo di Palermo che prevedano obblighi preventivi o sanzionatori nei confronti delle imprese, sia pubbliche che private, né loro eventuali coinvolgimenti nella lotta contro la tratta di persone accanto alle autorità pubbliche.

Tuttavia, è necessario ricordare che l'art. 10 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (le cui disposizioni si applicano al Protocollo alla luce dell'art. 1, par. 2 dello stesso), prevede la responsabilità penale delle persone giuridiche coinvolte in attività criminali organizzate. Alla luce di questa considerazione, vi sono state iniziative a livello internazionale per coinvolgere le imprese e in particolar modo il settore privato, anche grazie alla collaborazione della società civile così come previsto dall'art. 10, par. 2.

L'organizzazione non governativa End Child Prostitution Pornography and Trafficking (ECPAT), ha promosso a livello mondiale il codice di condotta, in base al quale i firmatari si impegnano a non organizzare viaggi di turismo sessuale con minori. Il Codice prevede anche l'incarico di formare il personale delle agenzie di viaggio e delle strutture all'estero in modo che sia in grado di

riconoscere, evitare e contrastare potenziali situazioni di sfruttamento e si inserisce nella categoria degli strumenti di autoregolamento e responsabilità sociale d'impresa per l'industria turistica.

Non sono mancate leggi nazionali che hanno sanzionato penalmente le imprese.

L'art 46 della *Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos*[199] del Messico prevede che la responsabilità delle persone giuridiche sia determinata sulla base di quanto previsto dal Codice penale federale e dal codice di procedura penale.

8. Il traffico illecito di armi

Il traffico illecito di armi è annoverato dalle Nazioni Unite tra i mercati più proficui per la criminalità organizzata transnazionale, agevolato da fattori come i conflitti armati presenti in tutto il mondo e la violenza contro particolari categorie vulnerabili, specialmente in quei Paesi dove continuano a essere presenti disparità di trattamento e discriminazione.

Questo fenomeno criminale causa seri problemi alla stabilità democratica degli Stati e comporta gravi ripercussioni sul mantenimento della pace e la sicurezza internazionale, oltre a generare elevati costi in termini di vite e risorse umane, contribuendo a immettere nel mercato una grandissima quantità di armi il cui uso rimane incontrollato.

[199] Pubblicata nel *Diario Oficial de la Federación* il 14 giugno 2012.

8.1. Il protocollo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata

Per far fronte alla criminalità organizzata transnazionale, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato il Protocollo contro la fabbricazione ed il traffico illecito di armi da fuoco, loro parti, componenti e munizioni (New York, 31 maggio 2001; in seguito: il Protocollo)[200]

Scopo di questo strumento è quello di promuovere, facilitare e rafforzare la cooperazione tra gli Stati per combattere e sradicare la fabbricazione illecita e il traffico di armi da fuoco, le loro parti, componenti e munizioni (art. 2).

In base all'art. 5 del Protocollo, gli Stati sono tenuti a sanzionare: la fabbricazione e il traffico illecito di armi da fuoco e di loro parti, componenti e munizioni; e la falsificazione, cancellazione, asportazione o alterazione illecita della marcatura di un'arma da fuoco.

Affinché si configuri il reato di fabbricazione illecita, deve ricorrere almeno uno dei tre elementi indicati all'art. 3 lett. *d)*, del Protocollo, essendo necessario che la fabbricazione o l'assemblaggio dell'arma derivino da parti o componenti trafficati illecitamente; o siano eseguiti senza una licenza o un'autorizzazione di un'autorità competente dello Stato parte nel quale la fabbricazione o l'assemblaggio hanno luogo; o siano effettuati senza aver contrassegnato le armi al momento della loro fabbricazione.

Per quanto riguarda invece la definizione di traffico illecito, l'art. 3, lett. *e)*, fa riferimento a condotte di carattere transnazionale (importazione, esportazione, acquisizione, vendita, consegna o trasferimento) che non

[200] Entrato in vigore il 3 luglio 2005.

rispettino quanto previsto agli art. 8 e 10 in materia di marcatura delle armi e rilascio di autorizzazioni e licenze da parte degli Stati.

Le definizioni di fabbricazione e traffico illecito si basano sull'elemento centrale della marcatura delle armi prevista dall'art. 8, da cui dipende la liceità dell'arma, della sua creazione e del suo commercio.

Il Protocollo prevede tre casi specifici di marcatura: al momento della fabbricazione dell'arma, della sua importazione e del trasferimento dal possesso pubblico all'uso civile permanente.

Nel primo caso, previsto dall'art. 8, lett. *a*), è necessario che la marcatura indichi il nome del fabbricante, il Paese o il luogo di fabbricazione e il numero di serie, o contenga simboli geometrici semplici accompagnati da un codice numerico o alfanumerico che permetta di identificare senza difficoltà il Paese di fabbricazione.

Nel secondo caso, *ex* art. 8, lett. *b)*, vi fu un forte dibattito tra i Paesi partecipanti ai negoziati, in particolare tra coloro che sostenevano la poca praticabilità della marcatura delle armi da importazione (anche adducendo come giustificazione le politiche dell'Unione Europea di libera circolazione delle merci) e coloro che invece ne sottolineavano la necessità. Alla fine prevalse la seconda tesi, stabilendo l'obbligo per gli Stati di applicare sulle armi importate una marcatura semplice e appropriata dalla quale risulti il Paese e, se possibile, la data di importazione.

Nel terzo caso, l'art. 8, lett. *c)*, richiede l'applicazione di una marcatura che permetta a tutti gli Stati parti di identificare il Paese che effettua il trasferimento dall'uso pubblico a quello civile.

È interessante notare che, durante i negoziati dell'art. 8, la Turchia aveva insistito sulla necessità di un sistema efficace di marcatura non solo delle armi da fuoco, ma anche dei componenti e delle munizioni, formulando varie proposte sulle quali non era stato possibile raggiungere un consenso.

La marcatura è strumentale alle misure previste agli art. 7 e 11 del Protocollo, che riguardano rispettivamente la creazione di registri e l'introduzione di sistemi di licenza e autorizzazioni di esportazione, importazione e transito.

Secondo l'art. 7, i registri devono essere mantenuti per un periodo non inferiore a dieci anni, un tempo accettabile se si considera il fatto che le armi hanno una funzionalità di lunga durata e che le organizzazioni criminali sono in grado di trasferirle da uno Stato all'altro e da una parte all'altra del pianeta.

Per quanto riguarda invece l'art. 11, il Protocollo fornisce una serie di disposizioni dettagliate sulle procedure che gli Stati devono adottare durante il trasferimento delle armi, stabilendo la reciprocità delle autorizzazioni o delle licenze di esportazione e di importazione rilasciate dallo Stato esportatore e da quello importatore; i dati che tali autorizzazioni o licenze devono contenere sulle armi trasferite o trasportate; l'obbligo dello Stato importatore di notificare la ricezione del carico di armi allo Stato esportatore; l'adozione di misure che garantiscano la sicurezza dei procedimenti di rilascio delle autorizzazioni o licenze e l'autenticità dei documenti ad esse inerenti; l'adozione di procedimenti semplificati per importazioni o esportazioni di armi con fini leciti verificabili come la caccia, il tiro sportivo, prove, esposizioni o riparazioni.

A proposito di fini leciti, il Protocollo non poteva non prendere in considerazione le condotte dei privati e degli intermediari, tra i quali si possono celare gruppi criminali organizzati che, con false intenzioni, sono in grado di deviare il commercio delle armi sul mercato illecito. In tal senso, l'art. 15 suggerisce agli Stati di creare un sistema di regolamentazione delle attività degli intermediari, che devono essere iscritti in un apposito registro e dotati di una licenza o autorizzazione per l'esercizio dell'approvvigionamento di armi.

Durante i negoziati vi fu chi sosteneva che la licenza o autorizzazione potesse essere generale (Svizzera) e chi invece richiedeva che fosse concessa per ogni singola operazione di approvvigionamento (Stati Uniti) [201]. Prevalse la seconda proposta, per cui secondo l'art. 10, par. 3 del Protocollo, la licenza deve contenere dati come "at a minimum, [...] the place and the date of issuance, the date of expiration, the country of export, the country of import, the final recipient, a description and the quantity of the firearms, their parts and components and ammunition and, whenever there is transit, the countries of transit".

La mancanza della licenza configura generalmente una sanzione penale nel diritto interno degli Stati. Con sentenza resa il 5 dicembre 2012[202], la sezione d'appello della *London's Southwark Crown Court* ha condannato Gary Hyde per aver trasportato dalla Cina alla Nigeria un ingente quantitativo di armi ed averlo venduto evitando consapevolmente di chiedere l'autorizzazione previa al *Department for Business, Innovation and Skills*. La Corte ha ritenuto che la licenza dovesse essere rilasciata da

[201] Doc. A/AC.254/5/Add.18 del 23 dicembre del 1999.

[202] *London's Southwark Crown Court*, caso n. T20110209, sentenza del 5 dicembre 2012, disponibile sulla rete interconnessa.

un’autorità nazionale perché la spedizione era stata in parte pianificata quando il signor Hyde si trovava nel territorio del Regno Unito.

In base all’art. 12 del Protocollo, i dati relativi a intermediari e operazioni di approvvigionamento possono essere oggetto di scambio di informazioni tra Stati, così come altri dati inerenti alla fabbricazione e il traffico illecito di armi: i gruppi criminali dediti a questa attività; i mezzi di occultamento utilizzati durante il processo di fabbricazione o nel traffico illecito; i metodi e i mezzi, i luoghi di origine e di destino e le rotte generalmente utilizzate per commettere il reato; esperienze di carattere legislativo; pratiche e misure connesse per prevenire combattere la fabbricazione e il traffico illecito.

Per quanto riguarda l’aspetto preventivo, il Protocollo si limita a disegnare un quadro di cooperazione internazionale di carattere meramente amministrativo che permetta, ai sensi dell’art. 3, lett. *f)*, una rapida localizzazione delle armi con il fine di individuare, indagare e analizzare la fabbricazione e il traffico illecito delle stesse. A differenza dei protocolli contro la tratta di persone e il traffico illecito di migranti, non vengono previste misure di intervento di carattere strutturale che implichino, per esempio il lavoro con le istituzioni, la società civile e la popolazione per la costruzione di una cultura di pace.

8.2. La Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio illegale di armi leggere e di piccolo calibro in tutti i suoi aspetto

L’utilizzo di un approccio integrale per la lotta alla fabbricazione e al traffico illecito di armi venne proposto durante la Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio illegale di armi leggere e di piccolo calibro in tutti i suoi

aspetti (New York, 9-20 luglio 2001), durante la quale gli Stati partecipanti adottarono il Piano d'azione per prevenire, combattere e sradicare il commercio illegale di armi leggere e di piccolo calibro (New York, 20 luglio 2011)[203]. Esso stabilisce tre livelli di azione sul piano nazionale, regionale e globale.

Sul piano nazionale, tale Programma afferma la necessità di leggi, regolamenti e procedure amministrative adeguate al fine di: esercitare un controllo effettivo sulla produzione di piccole armi; identificare i gruppi o gli individui responsabili del traffico illecito; assicurare che le imprese produttrici di armi applichino marcature appropriate e certificate ai loro prodotti; adottare misure appropriate contro chi trasferisca o possegga armi non registrate o registrate inadeguatamente; stabilire regole di tracciabilità delle armi in possesso dello Stato; disciplinare le attività degli intermediari*;* facilitare il disarmo e la distruzione pubblica delle armi in eccesso*;* creare coscienza pubblica e disegnare programmi di formazione relativi ai problemi e le conseguenze derivanti dal traffico illecito di armi.

Sul piano regionale, è richiesto agli Stati di creare un "punto di contatto" tra le diverse organizzazioni regionali e sotto-regionali per lo sviluppo del Programma d'azione; avviare negoziati per adottare strumenti internazionali giuridicamente vincolanti; rafforzare o stabilire una moratoria o altre iniziative simili; sviluppare la cooperazione doganale transfrontaliera, reti per la condivisione di informazione legislativa, e agenzie frontaliere di controllo doganale; supportare il disarmo nazionale e migliorare gli aspetti inerenti alla trasparenza dell'operato statale.

[203] Doc. A/CONF.192/15 del 9-20 luglio 2001.

Infine, sul piano globale viene sancita la necessità della cooperazione tra gli Stati e le Nazioni Unite al fine di: rendere effettivi gli embarghi sulle armi; raccogliere e far circolare dati e informazioni sul traffico illecito; incoraggiare il disarmo, la smobilitazione degli *ex*-combattenti e la loro reintegrazione nella vita civile nelle situazioni di post-conflitto e nelle operazioni di mantenimento della pace; cooperare per identificare e tracciare armi illecite; migliorare la cooperazione con Interpol; ratificare strumenti legislativi internazionali; lottare contro il traffico illecito; collaborare con la società civile e promuovere un dialogo e una cultura di pace attraverso programmi di istruzione e creazione di coscienza pubblica[204].

8.3. Verso la redazione di un trattato sul commercio di armi

Nel 2006, si tenne la Conferenza delle Nazioni Unite per valutare i progressi svolti dagli Stati nell'attuazione del Programma d'azione per prevenire, combattere e sradicare il traffico illecito di armi leggere e di piccolo calibro, conclusasi senza il raggiungimento di un accordo tra gli Stati partecipanti, sebbene la maggior parte di essi (compresi i Paesi dell'Unione europea e molti Paesi africani e latinoamericani) avesse sostenuto la necessità di più rigidi controlli sul commercio internazionale[205].

---

[204] Doc. A/CONF. 192/15 del 9-20 luglio 2001, *Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects.*

[205] "La Conferenza, terminata il 7 luglio, è arrivata a un punto morto dopo che una manciata di Stati, tra cui in particolare gli Usa, ha manifestato una così forte contrarietà su una serie di punti-chiave, da rendere impossibile qualsiasi accordo. Tra gli altri paesi che hanno impedito di fare passi avanti verso controlli globali sul

Quello stesso anno l'Assemblea Generale chiese agli Stati di far pervenire le loro osservazioni per la redazione di un trattato sul commercio di armi[206]. Più di cento Stati parteciparono a questa iniziativa e le loro osservazioni vennero pubblicate nel Rapporto del Segretario Generale sulla questione delle armi[207], mentre un gruppo di esperti governativi redigeva un secondo rapporto, facendo riferimento alla necessità di esaminare le misure relative al commercio internazionale delle armi convenzionali in forma schematica, aperta e trasparente per giungere, sulla base del consenso, a un equilibrio che fosse di beneficio a tutti, avendo come guida i principi stabiliti nella Carta delle Nazioni Unite[208].

Nel 2012 l'Assemblea Generale decise di organizzare una Conferenza per redigere un trattato sul commercio di armi, il cui testo venne approvato nel marzo 2013.

8.4. Il trattato sul commercio di armi

Il trattato sul commercio di armi è stato adottato il 2 aprile 2013, non è ancora entrato in vigore ed è stato ratificato fino a questo momento da 41 Paesi[209].

In questo gruppo di Stati è importante sottolineare la presenza di due Paesi latinoamericani tra cui il Costa Rica e il Messico.

A partire dalla fine della guerra civile, il Costa Rica si è fatto promotore di una cultura di pace. È celebre il

---

commercio delle armi di piccolo calibro, la campagna *Control Arms* segnala Cuba, India, Iran, Israele e Pakistan": disponibile su *amnesty.it*

[206] A/Res. 61/89 del 18 dicembre 2006.

[207] Doc. A/62/278 del 17 agosto 2007.

[208] Doc. A/63/334 del 26 agosto 2008.

[209] Aperto alla firma a New York il 3 aprile 2013, dati aggiornati al 20 luglio 2014

gesto con cui il 1° dicembre 1948 il generale Figueres distrusse, martello alla mano, una parte del muro di una torre-vedetta costaricana, simbolizzando il dissolvimento dell'esercito nazionale, che venne formalmente sciolto con l'approvazione dell'art. 12 della Costituzione[210]. Le risorse economiche risparmiate con l'abolizione dell'esercito sono state gradualmente reinvestite per migliorare la garanzia dei diritti umani, dedicando particolare attenzione ai diritti economici, sociali e culturali, principalmente all'istruzione e la salute pubblica.

Il Messico, invece, ha di recente approvato una serie di norme legislative per la promozione e la protezione dei diritti umani, tra cui la riforma all'art. 1 della costituzione federale, il cui scopo è quello di introdurre i diritti umani come parametro di azione delle istituzioni pubbliche. La ratifica del trattato sul commercio di armi può inserirsi nella più ampia strategia dettata dall'art. 1 della Costituzione federale, soprattutto in vista della fine della guerra tra Stato e narcotraffico, che dal 2006 a oggi ha ucciso più di centomila vittime.

I Paesi dell'America Latina hanno fatto più volte riferimento alla necessità di vincolare i diritti umani alla necessità di intervenire contro la fabbricazione e il traffico illecito di armi, componenti e munizioni. Con sentenza resa il 22 febbraio 2012 la *Corte Constitucional* colombiana[211] ha dichiarato che "la visión moderna del derecho penal no se agota en la tipificación de los delitos individuales, sino que también tiene la obligación

[210] Costituzione politica della Repubblica del Costa Rica, art. 12, par. 1: "[s]e proscribe el Ejército como institución permanente. Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias".

[211] *Corte Constitucional* colombiana, sentenza C-121 del 22 febbraio 2012.

de asegurar la convivencia social para garantizar otros bienes jurídicos. La vida y la integridad personal se encuentran seriamente amenazados sí no se controla, efectivamente el tráfico y porte de armas de fuego".

A) Struttura del trattato

Il trattato sul commercio delle armi (in seguito: il Trattato) è uno strumento più avanzato rispetto al Protocollo contro la fabbricazione ed il traffico illecito di armi da fuoco, di loro parti, componenti e munizioni (in seguito: il Protocollo), prevedendo norme più specifiche in materia di definizione delle armi, registri e autorizzazioni, proibizioni e permessi, cooperazione e assistenza internazionale, presentazione di rapporti periodici e la creazione di due organi centrali di coordinamento degli Stati membri.

B) Definizione delle armi

Mentre l'art. 1 del Protocollo si occupa delle armi da fuoco intese come "any portable barrelled weapon that expels, is designed to expel or may be readily converted to expel a shot, bullet or projectile by the action of an explosive", l'art. 2 del Trattato distingue tra carri armati, veicoli blindati da combattimento, sistemi di artiglieria di grosso calibro, aeronavi da combattimento, elicotteri da attacco, navi da guerra missili e lanciamissili, piccole armi e armi leggere.

Questa distinzione è importante soprattutto se si considera che i gruppi criminali organizzati sono andati oltre il traffico di armi meramente portatili, dedicandosi al commercio di veri e propri armamenti. Per esempio, con sentenza resa il 22 agosto 2012, il *U.S. District Judge James A. Teilborg* ha condannato David Diaz-Sosa, uno degli affiliati all'organizzazione criminale messicana del

"cartel de Sinaloa" facente capo al Chapo Guzman, per aver cercato di comprare ed esportare armamenti militari dagli Stati Uniti al Messico. Oggetto della tentata compravendita erano un missile antiaereo Stinger, diverse armi anticarro, lanciatori da granata, granate e mitragliatrici[212]. L'uomo era stato arrestato dalle autorità statunitensi insieme ad altri due membri del cartello di Sinaloa, a loro volta condannati per aver trafficato la droga con cui le armi avrebbero dovuto essere pagate.

C) I registri

Con il Trattato cambia anche la disciplina relativa ai registri. Mentre per l'art. 7 del Protocollo gli Stati hanno l'obbligo di garantire il mantenimento di registri delle armi da fuoco e la facoltà ("nella misura di quanto sia appropriato e fattibile") di istituire registri per le parti delle armi, i componenti e le munizioni, nel Trattato tali registri devono essere obbligatoriamente istituiti sia per le armi (art. 12, par. 2 e 3), che per le loro parti e componenti (art. 4) e munizioni (art. 3).

È da notare che secondo l'art. 7 del Protocollo la registrazione (e la conseguente identificazione e localizzazione) delle armi è basata sulla loro previa marcatura, mentre la nuova disciplina ex art. 5, par. 2, del Trattato, prevede solamente l'istituzione di sistemi e liste di controllo nazionali sulle armi.

D) Le proibizioni

In linea con lo scopo di ridurre la sofferenza umana (art. 1), il Trattato stabilisce una disciplina speciale sulle

[212] Caso n. CR-10-322-PHX-JAT; sentenza del 22 agosto 2012; CNN, *Man gets 25 years for trying to buy military weapons for cartel*, 2012, disponibile su *edition.cnn.com*

proibizioni delle esportazioni, importazioni, transito, trasbordo e approvvigionamento (definiti come "trasferimenti" all'art. 2, par. 2).

Per quanto riguarda le proibizioni, l'art. 6, ne prevede tre tipi. La prima è quella stabilita all'art. 6, par. 1, che stabilisce il divieto di autorizzazione al trasferimento di armi, loro parti, componenti, e munizioni, quando, effettuando tale trasferimento, lo Stato possa incorrere in una violazione degli obblighi che su di esso incombono in virtù delle misure che abbia adottato il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite sulla base di quanto previsto dal capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, in particolare quando sia stato stabilito un embargo delle armi.

Questa disposizione è importante soprattutto se si considera che gli Stati non hanno adottato una uniformità di criteri al riguardo.

Con la sentenza del 5 marzo 2013[213], la *Cámara Federal de Casación Penal* argentina ha condannato l'ex-presidente dell'argentina Menem e altre undici persone in quanto coautori del reato di contrabbando aggravato di armi, per aver inviato materiale bellico in Croazia tra il 1991 e il 1995, periodo in cui la ex-Iugoslavia era stata sottoposta a un embargo delle armi da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite[214] con la risoluzione n. 713 (1991), recepita in Argentina con il decreto n. 217/92[215].

---

[213] *Cámara Federal de Casación Penal* argentina, causa n. 15.667, sentenza del 5 marzo 2013.

[214] S/RES/1991/713 del 25 settembre 1991.

[215] Decreto 217 del 28 gennaio 1992, di approvazione della risoluzione 713 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite sull'embargo generale e completo di tutte le consegne di armi e strumenti militari all'ex-Iugoslavia.

Di diverso avviso il Tribunale di Trieste, che con sentenza resa il 24 dicembre 1993, ha assolto Barcot Frano e Troijc Zdravkoe dall'accusa di fabbricazione o commercio non autorizzati di armi, reato contestato dopo che le autorità italiane avevano sequestrato la nave croata Vela Luka, con la quale i due imputati, rispettivamente capitano e primo ufficiale dell'imbarcazione, cercavano di trasportare un ingente carico di armi in Croazia. Il Tribunale ha stabilito che non potevano discendere conseguenze per l'ordinamento giuridico interno dall'embargo sulle armi imposto dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite all'ex-Iugoslavia con risoluzione No. 713 (1991), poiché "le cosiddette risoluzioni O.N.U., oltre a stabilire determinate condotte o comportamenti per gli Stati, non hanno alcuna efficacia normativa estensibile all'ambito degli ordinamenti interni di tali Stati, cosicché per le violazioni delle prescrizioni connesse con il contenuto o l'oggetto di tali risoluzioni non possono essere applicate sanzioni di carattere penale già esistenti nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro e valevoli per fatti commessi nell'ambito territoriale di esso, senza strumenti legislativi di adeguamento della legislazione interna alle direttive dell'organizzazione internazionale"[216].

La seconda proibizione al rilascio di un'autorizzazione per i trasferimenti di armi, loro parti componenti e munizioni è prevista dall'art. 6, par. 2, del Trattato e si riferisce al caso in cui, concedendo il

[216] Tribunale di Trieste, sentenza 24 dicembre 1993, in *Il diritto marittimo* 1994, p. 839; Per un commento a questa pronuncia cfr. PAGANI, *Note sulla partecipazione dell'Italia alle operazioni di interdizione navale in Adriatico e riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto marittimo*, 1994, p. 827 ss..

permesso, lo Stato possa incorrere in una violazione dei suoi obblighi internazionali, specialmente quelli relativi al trasferimento internazionale o al traffico internazionale di armi convenzionali.

Nella sentenza resa il 5 marzo 2013, la *Cámara federal de Casación penal* argentina ha preso in considerazione il fatto che l'invio di armi dall'Argentina all'Ecuador fosse stato realizzato nel momento in cui era vigente il Protocollo di pace, amicizia e limiti tra l'Ecuador e il Perù (Rio de Janeiro, 29 gennaio 1942)[217], i cui art. 3 e 5 stabiliscono che l'Argentina era garante di questo strumento internazionale e della sua attuazione e aveva l'obbligo di cooperare per propiziare le circostanze del disimpegno delle truppe peruviane in Ecuador[218].

La terza e ultima ipotesi di proibizione è quella prevista dall'art. 6, par. 3, del Trattato, che dispone il divieto di autorizzazione al trasferimento di armi, loro parti, componenti e munizioni quando lo Stato sia a conoscenza del fatto che il materiale trasferito potrebbe essere utilizzato per commettere genocidio, crimini contro l'umanità, infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra del 1949, attacchi diretti ai beni civili o a civili protetti o altri crimini di guerra menzionati negli accordi internazionali di cui sia Parte.

Una disposizione molto simile è quella contenuta all'art. 6, par. 3, della Convenzione della Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale sulle armi leggere e di piccolo calibro, loro munizioni e altri materiali connessi (Abuja, 14 giugno 2006)[219].

---

[217] Entrato in vigore il 31 marzo 1942.

[218] *Cámara Federal de Casación penal* argentina, causa n. 15.667, sentenza del 5 marzo 2013, p. 174, 175.

[219] Entrata in vigore il 29 settembre 2009.

E) Le esportazioni

L'art. 7 del Trattato prevede una disciplina speciale per le esportazioni, che possono essere realizzate solo dopo che lo Stato esportatore abbia rilasciato un'autorizzazione previa (art. 7, par. 5) in seguito a una valutazione nazionale effettuata secondo i criteri *ex* art. 7, par. 1 e par. 4.

Prima di concedere il permesso, lo Stato esportatore deve esaminare se il materiale esportato può contribuire alla pace e alla sicurezza o essere utilizzato per commettere o facilitare la commissione di: gravi atti di violenza per questioni di genere o contro donne e bambini (art. 7, par. 4); una violazione grave del diritto internazionale umanitario o del diritto internazionale dei diritti umani; un'azione che costituisca reato in virtù delle Convenzioni internazionali inerenti al terrorismo o delle convenzioni o protocolli internazionali sulla delinquenza organizzata transnazionale di cui sia parte lo Stato esportatore (art. 7, par. 1).

Alla base di quanto stabilito dall'art. 7, par. 1, vi è l'esigenza di tenere in considerazione il diritto internazionale quando il traffico illecito delle armi possa ledere interessi di un altro Stato.

Questo argomento era già stata oggetto di analisi da parte della giurisprudenza peruviana.

Con sentenza resa il 21 settembre 2006[220], la *Primera Sala penal especial de la Corte Superior de Justicia* di Lima ha condannato il colonnello Vladimiro Montesino Torres e altri otto collaboratori per aver trasferito armi

[220] *Corte Superior de Justicia* di Lima, fascicolo n. 038-2001, sentenza del 21 settembre 2006, in seguito confermata dalla *Corte Suprema de Justicia* del Perù con sentenza resa l'8 giugno 2010 (fascicolo n. 4936 – 2006).

dalla Giordania alla Colombia e averle vendute alle Forze armate rivoluzionarie della Colombia (FARC), commettendo i reati di associazione per delinquere, somministrazione illegale di armi, violazione della sovranità, cospirazione e atti ostili contro uno Stato straniero. La Camera ha dichiarato che: "[e]l delito de suministro de armas es per se atentatorio contra diversos principios y normas del derecho, tanto de orden constitucional cuanto de orden internacional, a nivel de derecho internacional público, derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario. [H]oy asistimos a un proceso de constitucionalismo global que implica que el Estado constitucional [...] moderno se caracteri[ce] por ser cooperativo y abierto. La apertura constitucional implica no sólo un modelo de recepción jurídica del derecho internacional en el derecho interno, sino también la capacidad de contribuir a la solución de problemas comunes y de interés general [para] promover vínculos armoniosos entre el Perú y los restantes Estados [...]favorables, ante todo, a la efectividad y maximización de los derechos humanos, la paz y la seguridad [de los Países][221]".

F) Le deviazioni

L'art. 8 del Trattato dispone l'obbligo per gli Stati parti di evitare le deviazioni dei trasferimenti delle armi, loro componenti, parti e munizioni attraverso il sistema nazionale di controllo di cui all'art. 5.

A tal fine, gli Stati esportatori devono effettuare una valutazione del rischio di deviazione delle esportazioni e considerare la possibilità di stabilire misure preventive, tra cui: migliorare la fiducia e elaborare programmi di azione

[221] *Ibidem*, parr. 343-354.

insieme agli Stati importatori; esaminare i soggetti che prendono parte alle esportazioni; esigere documentazione addizionale, certificati o garanzie; non autorizzare l'esportazione o imporre altre misure adeguate (art. 8, par. 2).

Gli Stati importatori, invece, devono cooperare tra loro e scambiare informazione nel rispetto della legislazione nazionale (art.8, par. 3). In particolare, lo Stato che scopra la deviazione di un trasferimento di armi, deve allertare gli altri Stati parti al Trattato potenzialmente danneggiati, esaminare le spedizioni deviate e adottare misure di indagine e repressione del reato.

È importante sottolineare il fatto che l'art. 8, par. 5, e l'art. 13, par. 2, esortano gli Stati a scambiare informazioni sensibili sulle misure efficaci per far fronte alle deviazioni, come, per esempio, il modus operandi delle parti coinvolte nella deviazione e le attività illecite ad essa connesse.

Per emettere la sentenza resa il 21 settembre 2006[222], la *Primera Sala penal especial de la Corte Superior de Justicia* di Lima si avvalse di dati ottenuti mediante lo scambio di informazioni tra Perù e Colombia, che riferivano sul tipo di armi oggetto del traffico illecito, i permessi di volo e i dati inerenti alle aeronavi che avevano sorvolato il territorio colombiano.

Tra le attività illecite connesse al traffico di armi e in particolare alla deviazione dei trasferimenti, l'art. 8, par. 5, e l'art. 15, par. 6, fanno riferimento alla corruzione, un tipico delitto di criminalità organizzata, specialmente

[222] *Corte Superior de Justicia* di Lima, fascicolo n. 038-2001, sentenza del 21 settembre 2006, in seguito confermata dalla *Corte Suprema de Jiusticia* della Repubblica del Perù con sentenza resa l'8 giugno 2010 (fascicolo n. 4936 – 2006).

quando i componenti del gruppo criminale sono funzionari statali.

Nella già citata sentenza resa il 5 marzo 2013[223], *la Cámara federal de Casación penal* argentina ha accertato che la promulgazione dei decreti presidenziali[224] mediante i quali il presidente Menem aveva autorizzato l'invio a Panama e in Venezuela di armi belliche, altro non era che una copertura per nascondere il traffico illecito di armi verso la Croazia e l'Ecuador.

8.5. La cooperazione tra Stati

In materia di cooperazione, il Trattato stabilisce una serie di disposizioni molto avanzate rispetto al Protocollo, prevedendo che gli Stati si prestino la più ampia assistenza in materia di indagine, processi e attività giudiziarie (art. 15, par. 5) e scambino informazioni su questioni di interesse mutuo, programmi di disarmo, legislazione modello e pratiche efficaci (art. 16, par. 1).

Gli Stati sono inoltre tenuti a redigere un rapporto iniziale sulle misure di attuazione adottate per ottemperare agli obblighi previsti dal Trattato e un rapporto annuale (art. 13, par. 1 e 3).

Entrambi i documenti devono essere presentati alla Segreteria (art. 18), che deve mantenere e mettere a disposizione degli Stati parti la lista dei punti di contatto nazionali; facilitare la corrispondenza tra le offerte e le richieste di assistenza per l'applicazione del Trattato e promuovere la cooperazione internazionale; compiere le funzioni che le vengano assegnate dalla Conferenza degli Stati parte e agevolarne il lavoro.

---

[223] *Supra*, nota 212.

[224] Si tratta dei decreti presidenziali 1697/91, 2283/91 e 103/95.

Da parte sua, la Conferenza degli Stati parti (art. 17), deve: esaminare e approvare raccomandazioni sull'applicazione, il funzionamento e l'universalizzazione del Trattato; gli emendamenti ad esso; le questioni inerenti alla sua interpretazione e la creazione di organi sussidiari necessari per migliorarne il funzionamento; i compiti e il bilancio della Segreteria.

Il vero punto di forza del Trattato rispetto al Protocollo, sta nell'aver creato (oltre a norme più specifiche, soprattutto per quanto riguarda il rispetto del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani) due organi di coordinamento centrale come la Segreteria e la Conferenza degli Stati parti. Particolare non da poco, se si considera che uno dei punti di maggiore debolezza nella lotta al crimine organizzato è proprio la difficoltà di coordinamento dei lavori delle autorità nazionali, che non permette di avere una visione completa di un fenomeno che ha raggiunto dimensioni mondiali.

Inoltre, i dati sul traffico di armi non sono sempre disponibili e quelli esistenti sono insufficienti per disegnare un quadro generale con statistiche funzionali sui flussi tra le diverse regioni.

Anche se i rapporti sui trasferimenti al Registro delle Nazioni Unite sulle armi convenzionali sono aumentati, la mancanza di trasparenza e l'incompletezza delle informazioni fornite da molti Stati rendono praticamente impossibile condurre indagini e analisi incrociate

Senza un controllo adeguato e una corretta procedura di registrazione, le pratiche come i trasferimenti multipli e la rivendita di armi nuove e di seconda mano accrescono il rischio della loro deviazione dal commercio lecito e ostacolano l'effettività delle indagini e della persecuzione penale dei responsabili.

Il Trattato e i suoi meccanismi di applicazione potrebbero limitare questi problemi di articolazione tra le istituzioni di diversi Stati, promuovendo e migliorando le loro capacità di cooperazione internazionale.

8.6. Iniziative regionali

Per rendere ancora più efficace la lotta alla fabbricazione e al traffico illecito di armi, gli Stati devono dare maggiore attuazione agli strumenti regionali già esistenti.

I Paesi africani sono quelli che più dispongono di trattati regionali vincolanti in materia. Tra di essi, il Protocollo per la Prevenzione, il controllo e la riduzione di piccole armi e armi leggere nella Regione dei Grandi Laghi e il Corno d'Africa (Nairobi, 21 aprile 2004)[225]; il Protocollo sul controllo delle armi da fuoco, le munizioni e altri materiali connessi nella Regione della Comunità dell'Africa Meridionale per lo sviluppo (Blantyre, 14 agosto 2001)[226]; la Convenzione della Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale sulle armi leggere e di piccolo calibro, loro munizioni e altri materiali connessi (Abuja, 14 giugno 2006)[227]; la Convenzione centroafricana per il controllo delle piccole armi e delle armi leggere, loro munizioni e tutte le parti e componenti

[225] Entrato in vigore il 5 maggio2006, disponibile sulla rete interconnessa.
[226] Entrato in vigore l'8 novembre 2004, disponibile sulla rete interconnessa.
[227] Entrata in vigore il 29 settembre 2009, disponibile sulla rete interconnessa.

che possono essere usate per la loro fabbricazione, riparazione e assemblaggio (Kinshasa, 30 aprile 2010)[228].

Gli Stati americani dispongono invece della Convenzione Americana contro la fabbricazione e il traffico illecito di armi da fuoco, munizioni, esplosivi e altri materiali connessi (Washington, 14 novembre 1997)[229].

In ultimo, l'Unione Europea ha disciplinato la materia mediante la direttiva 2008/51/CE e il regolamento n. 258/2012/UE (IP/12/225). La prima stabilisce le norme in materia di controllo da parte degli Stati membri dell'UE dell'acquisizione e della detenzione di armi da fuoco e del loro trasferimento verso un altro Stato membro dell'UE; il secondo prevede obblighi in materia di autorizzazioni per l'esportazione, l'importazione e il transito e semplifica il rintracciamento delle armi loro parti e componenti essenziali e munizioni ad uso civile.

9. Il traffico illecito di droga

L'uso delle droghe non è sempre stato vietato dagli Stati, che anzi hanno contribuito in passato al loro commercio[230]. Tuttavia, a partire dall'inizio del secolo scorso è cominciata l'epoca del proibizionismo, che è arrivata fino a oggi e ha comportato l'adozione di strumenti internazionali sempre più specifici per combattere un fenomeno in continua espansione.

[228] La Convenzione entrerà in vigore il 30° giorno dopo il deposito del sesto strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione.
[229] Entrata in vigore il 1° luglio 1998.
[230] *Infra*, cap. III, par. 4.4.

9.1 La Conferenza di Shangai del 1909

Su iniziativa dell'allora presidente Roosevelt venne convocata nel 1909 la Conferenza di Shangai, a cui parteciparono le delegazioni di tredici Paesi tra cui Gran Bretagna, Francia, Stati Uniti, Cina, Germania, Italia, Austria-Ungheria, Russia, Giappone, Persia (attuale Iran) e Siam (attuale Tailandia) con lo scopo dichiarato di cessare il consumo di oppio, molto usato nelle Filippine e in tutto l'Estremo Oriente.

La Commissione internazionale sull'oppio, costituita dagli Stati partecipanti alla conferenza di Shangai, ebbe principalmente carattere di studio preliminare, anche perché i delegati degli Stati partecipanti non disponevano dei pieni poteri per poter concludere un trattato internazionale.

Risultato finale della conferenza furono una documentazione dei fatti e una serie di risoluzioni non vincolanti[231], in base alle quali si stabilì che le delegazioni presenti avrebbero esortato i loro Stati a prendere delle misure per sopprimere la pratica del fumo dell'oppio (risoluzione 2); effettuare un riesame dei sistemi statali di regolamentazione (risoluzione 3); prevenire l'importazione di droghe in uno Stato dove il loro uso era illegale (risoluzione 4); considerare i pericoli derivanti dalla mancata restrizione alla produzione, vendita e distribuzione dell'oppio e dei suoi derivati (risoluzione 5) e promulgare leggi restrittive per prevenirne il traffico illecito dei farmaci contenenti droghe (risoluzione 9)[232].

---

[231] BRUUN, PAN, REXED, *The Gentlemen's Club: International Control of Drugs and Alcohol*, Chicago, 1975, p.11; LOWES, *The Genesis of International Narcotics Control*, Geneva, 1966, p. 187-188.

[232] CHATTERJEE, *Legal Aspects of International Drug Control*, The Hague, 1981, p. 37-39.

Il lavoro svolto dalla Commissione internazionale sull'oppio rappresenta l'inizio dell'epoca proibizionista e porterà negli anni successivi all'adozione di una serie di strumenti internazionali tra cui le due Convenzioni Internazionali sull'oppio (L'Aia, 23 gennaio 1912[233] e Ginevra, 19 febbraio 1925[234]) e la Convenzione per limitare la produzione e regolare la distribuzione degli stupefacenti (Ginevra, 13 luglio 1931)[235], emendate dal Protocollo di Lake Success (Lake Success, New York, 11 giugno 1946)[236] che sancì il passaggio di competenze dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite.

Dopo la Seconda guerra mondiale, gli Stati cercarono di disciplinare ulteriormente il traffico di droga, adottando il Protocollo che porta sotto il controllo internazionale droghe fuori dallo scopo della Convenzione del 13 luglio 1931 (Parigi, 9 novembre 1948)[237] e il Protocollo per limitare e regolare la coltivazione, la produzione, il commercio internazionale all'ingrosso e l'uso della pianta di papavero (New York, 23 giugno 1953)[238].

9.2 La Convenzione internazionale sull'oppio del 1912

Il primo strumento internazionale vincolante sulla proibizione del commercio di droga è la Convenzione internazionale sull'oppio, adottata nel 1912 all'Aia dalle delegazioni di 12 Stati, decisi sul fatto che fosse necessario

[233] Per la Cina, l'Olanda e gli Stati Uniti la Convenzione del 1912 è entrata in vigore l'11 febbraio 1915. Per gli altri stati, l'entrata in vigore è avvenuta con l'inclusione della Convenzione nel Trattato di Versailles, il 28 giugno 1919.
[234] Entrata in vigore il 25 settembre 1928.
[235] Entrata in vigore il 9 luglio 1933.
[236] Entrato in vigore l'11 dicembre 1946.
[237] Entrato in vigore il 1° dicembre 1949.
[238] Entrato in vigore l'8 marzo 1963.

imporre un limite al libero consumo di droga, sebbene le resistenze all'interno del gruppo dei negoziatori non fossero del tutto vinte, soprattutto per gli interessi politico-economici in gioco.

Mentre, infatti, l'agenda degli Stati Uniti era basata esclusivamente sulla proibizione dell'oppio per mettere fine al proficuo commercio degli Stati colonialisti e guadagnarsi i favori e la collaborazione economica della Cina[239]; il Regno Unito insisteva per proibire anche altre sostanze psicoattive, così da distrarre l'attenzione dalla produzione dell'oppio indiano e creare condizioni di mercato più favorevoli affinché le farmaceutiche britanniche potessero competere ad armi pari con le potenti industrie di droghe sintetiche tedesche[240].

Le diverse volontà politiche degli Stati sono riflesse nella struttura della Convenzione internazionale sull'oppio. I primi tre capitoli, infatti, sono dedicati oltre che all'oppio grezzo (cap. I) e a quello lavorato (cap. II), anche ad altre sostanze tra cui la morfina, la cocaina e l'eroina (cap. III)[241]; mentre il capitolo IV e V contengono disposizioni specifiche sulla riduzione del traffico di droga in Cina e la cooperazione tra Stati.

Il principale Stato promotore della Convenzione cominciò ancor prima della sua entrata in vigore, avvenuta

---

[239] MCALLISTER, *Conflicts of Interest in the International Drug Control System*, in Walker III, *Drug Control Policy: Essays in Historical and Comparative Perspective*, Pennsylvania, 1992, p. 145.

[240] MCALLISTER, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century*, London, 2000, p. 32-33; BRUUN, PAN, REXED, *op. cit.*, p. 11-12. In realtà la Germania non ratificò immediatamente la Convenzione sull'oppio del 1912, ma fu obbligata alla fine della Seconda Guerra mondiale con il Trattato di Versailles del 1919.

[241] Diventata un prodotto farmaceutico a partire dal 1898.

nel 1915, a rendere effettivo il proibizionismo a livello nazionale. Il 17 dicembre 1914 veniva approvato negli Stati Uniti *l'Harrison Narcotics Tax Act*, la cui sezione 9 conteneva norme penali per la sanzione di chi "violates or fails to comply with any of the requirements of this Act", ad eccezione di quanto stabilito nella sezione 2, che prevedeva la non punibilità per "the dispensing or distribution of any of the aforesaid drugs to a patient by a physician, dentist, or veterinary surgeon registered under this Act in the course of his professional practice only[…]".

Dopo l'approvazione della legge, questa clausola venne interpretata nel senso che un dottore non potesse prescrivere oppiacei a un oppiomane perché avrebbe contribuito a mantenerlo in uno stato di dipendenza. Poiché l'oppiomania non era considerata una malattia, un oppiomane non era un paziente, e di conseguenza gli oppiacei che gli fossero stati distribuiti o prescritti da un medico non sarebbero stati somministrati "in the course of his professional practice". Per questo motivo, molti medici statunitensi furono arrestati e alcuni vennero condannati e imprigionati, mentre altri, che erano scappati, videro le loro carriere rovinate per sempre[242].

Lo stesso anno in cui veniva approvato l'*Harrison Narcotics Tax Act*, moriva Papa Pio X, che insieme al suo predecessore Leone XIII era stato un grande amatore del vino Mariani, bevanda alcolica preparata macerando alcune foglie di coca in una bottiglia di vino Bordeaux, trasformatasi nella più famosa Coca-Cola nell'epoca del

[242] BRECHER**,** *Licit and Illicit Drugs; The Consumers Union Report on Narcotics, Stimulants, Depressants, Inhalants, Hallucinogens, and Marijuana - Including Caffei*, Mount Vernon, New York, 1972, p. 87.

proibizionismo sulla droga e sull'alcool imposto negli Stati Uniti.

9.3 Il Comitato consultivo sul traffico dell'oppio e delle altre droghe nocive e il Comitato della salute

Dopo la creazione della Società delle Nazioni, gli Stati istituirono due organi internazionali per il controllo del traffico di droghe. Nel 1921 venne creato il Comitato consultivo sul traffico dell'oppio e delle altre droghe nocive, che sarebbe stato il precursore della Commissione sugli stupefacenti[243] e nel 1922 venne istituito il Comitato della salute, da cui sarebbe nata l'Organizzazione mondiale della sanità[244].

9.4 La Convenzione del 1925

La seconda Convenzione internazionale sull'oppio venne adottata nel 1925 a Ginevra. Rispetto alla Convenzione del 1912, essa presentava tre novità importanti, tra cui alcune norme più specifiche sulla proibizione delle droghe; il passaggio da un sistema di controllo nazionale (affidato ai singoli Stati) a un'amministrazione di carattere internazionale e l'inclusione della cannabis nella lista delle sostanze oggetto di supervisione.

Sul primo aspetto, la Convenzione del 1925 richiedeva agli Stati informazioni più specifiche rispetto a quelle stabilite nella Convenzione del 1912 e introduceva controlli più stringenti per le droghe lavorate (art. 5).

---

[243] *Infra*, par. 9.9.1 A).

[244] BUXTON, *The Political Economy of Narcotics: Production, Consumption and Global Markets*, London, 2006, p. 40.

Per quanto riguarda, invece, il controllo internazionale, il capitolo V introdusse il modello di autorizzazioni all'importazione e all'esportazione (ancora oggi esistente) per assicurare la supervisione incrociata degli Stati importatori ed esportatori.

Il Capitolo VI creò il Comitato centrale permanente (precursore del Comitato internazionale per il controllo degli stupefacenti), un organo imparziale composto da individui indipendenti e senza legami di rappresentanza statale (art. 19). La sua funzione principale era quella di amministrare le informazioni statistiche provenienti dagli Stati parti alla Convenzione e di monitorare l'andamento del commercio mondiale di droga, con la prerogativa di richiedere spiegazioni a quegli Stati nei cui territori si stessero accumulando grandi quantità di sostanze narcotiche con il pericolo di trasformarsi in centri per il traffico illecito (art. 24, par. 1).

Nonostante ciò, il Comitato non era dotato di ampi poteri di intervento, non potendo richiamare l'attenzione degli Stati sulle statistiche presentategli (art. 22, par 3 e art. 23), né sanzionare uno Stato che fosse a tutti gli effetti un centro per il traffico illecito (art. 24, par. 2).

L'ultimo elemento di novità era quello dell'inclusione della cannabis tra le sostanze psicoattive, sulla quale, tuttavia, non veniva richiesto un controllo così ampio come per le droghe lavorate.

9.5 La Convenzione del 1931

Sul finire degli anni Venti, la politica proibizionista aveva raggiunto importanti risultati, tra cui il pieno funzionamento del Comitato centrale permanente per l'oppio; il coordinamento tra Comitato e Stati per il controllo dei flussi della droga attraverso il metodo dei rapporti statali e il rafforzamento delle legislazioni interne.

Tuttavia, non tutti gli Stati avevano aderito agli strumenti internazionali fino ad allora adottati, generando una serie di problemi collaterali che, con il tempo, sarebbero diventati più gravi: da una parte, la Persia si stava impossessando di quote del mercato che un tempo erano appartenute all'India, favorendo una forte crescita dell'importazione delle droghe raffinate in Cina; dall'altra, le imprese farmaceutiche con sede in Europa si trasferivano verso quei Paesi che non avevano ratificato la Convenzione internazionale sull'oppio e in cui, di conseguenza, i controlli non erano affatto rigorosi.

A ciò si aggiunga il fatto che la crisi economica degli anni Venti rappresentò un ostacolo per ulteriori politiche proibizionistiche, poiché i Paesi produttori non volevano rinunciare alle opportunità di esportazione esistenti, mentre gli Stati importatori credevano che livelli di produzione più bassi avrebbero favorito l'aumento dei prezzi d'importazione.

Per questi motivi si cominciò a pensare a controlli ancora più stringenti, fino ad adottare, nel 1931, la Convenzione per limitare la produzione e regolare la distribuzione degli stupefacenti.

Tale Convenzione creava un sistema di previsioni obbligatorie per limitare la produzione globale di droga alle sole esigenze mediche e scientifiche e istituiva un Organo di vigilanza allo scopo di controllare l'operato degli Stati, che ai sensi dell'art. 5, par. 2, dovevano fornire la stima dei quantitativi di droga destinata all'uso medico e scientifico, alla lavorazione e all'immagazzinamento.

Secondo quanto stabilito all'art. 6, par. 1, gli Stati avrebbero dovuto programmare la produzione di droghe in base alle quantità stimate *ex* art. 5, par. 2, e il mancato compimento di quest'obbligo avrebbe comportato una

deduzione della produzione in eccesso da quella prevista per l'anno successivo (art. 6, par. 2).

Inoltre, i produttori dovevano essere sottoposti a controllo presentando rapporti trimestrali sulle droghe e il lavoro con esse svolto (art. 17).

9.6 La Convenzione del 1936

Dopo la Convenzione del 1931 gli scambi economici derivanti dall'oppio e dalla coca erano sensibilmente diminuiti. Tuttavia, gli aspetti negativi del proibizionismo cominciarono a manifestarsi quando gruppi privati intrapresero varie attività illecite, tra cui il traffico di droga.

La Società delle Nazioni convocò una Conferenza nel 1936, durante la quale adottò la Convenzione per la soppressione del traffico illecito di droghe pericolose.

Si tratta del primo trattato che si occupa esplicitamente di traffico illecito di droga e che richiede la criminalizzazione di condotte ad esso inerenti (art. 2), prevedendo, tra l'altro, l'estradizione come mezzo di cooperazione penale tra Stati (art. 6).

9.7 Il Protocollo del 1953

Dopo la Seconda Guerra mondiale, gli equilibri politici mondiali erano cambiati: gli Stati Uniti e l'Unione Sovietica erano usciti vincitori; il Giappone e la Germania erano stati sconfitti e la Cina aveva vietato la coltivazione e il commercio di oppio sul suo territorio, eliminando di fatto le giustificazioni utilizzate dagli Stati che continuavano a produrre questa droga prevedendo che un'eventuale riduzione produttiva sarebbe stata rimpiazzata dalla produzione cinese.

Sulla base di questi cambiamenti della geopolitica mondiale, gli Stati adottarono nel 1953 il Protocollo per

limitare e regolare la coltivazione, la produzione, il commercio internazionale all'ingrosso e l'uso della pianta di papavero.

Questo strumento internazionale conteneva le norme più proibizioniste adottate fino ad allora e prevedeva maggiori poteri di controllo e azione sia per l'Organo di vigilanza che per il Comitato centrale permanente.

Il primo, infatti, poteva analizzare i preventivi presentati dagli Stati sulle quantità di droga stimate per gli anni successivi; richiedere informazioni aggiuntive per completare tali preventivi, chiarirne il contenuto o, con il consenso del Governo interessato, emendarli; fissare le quantità di droga per gli anni successivi quando lo Stato interessato non avesse presentato il proprio preventivo (art. 8).

Il secondo, invece, poteva proporre a uno Stato una commissione d'inchiesta nel caso in cui considerasse opportuna un'indagine locale; dichiarare la violazione degli obblighi discendenti dal Protocollo e raccomandare un embargo o addirittura imporlo (art. 11 e 12).

A norma dell'art. 6, l'oppio da esportazione poteva essere prodotto solo da sette Paesi tra cui Bulgaria, Grecia, India, Iran, Turchia, Unione Sovietica e Iugoslavia, che avevano l'obbligo di creare una o più Agenzie governative con il diritto esclusivo di importazione, esportazione, commercio all'ingrosso e immagazzinamento di oppio. Tali agenzie dovevano avere determinate funzioni, tra cui: limitare la produzione ad aree prestabilite; concedere licenze di produzione ai coltivatori; specificare nelle licenze l'estensione delle aree coltivabili e acquistare e prendere possesso delle coltivazioni di oppio richiedendo ai coltivatori di consegnarle (art. 3).

Per entrare in vigore, il Protocollo avrebbe dovuto essere ratificato da venticinque Stati, includendo tre degli

Stati produttori di cui all'art. 6. Considerate le sua particolari restrizioni, gli Stati si dimostrarono refrattari alla ratifica e lo strumento internazionale divenne operativo solo l'8 marzo 1963, data in cui la nuova Convenzione del 1961 era già stata adottata.

9.8 Le Convenzioni vigenti

A partire dagli anni Sessanta, gli Stati approvarono sotto l'egida della Nazioni Unite tre nuovi strumenti internazionali. Si tratta della Convenzione unica sugli stupefacenti (New York, 30 marzo 1961; in seguito: Convenzione del 1961 o Conv. 1961)[245]; della Convenzione sulle sostanze psicotropiche (Vienna, 21 febbraio 1971, in seguito: Convenzione del 1971 o Conv. 1971)[246] e della Convenzione contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotropiche (Vienna, 20 dicembre 1988, in seguito: Convenzione del 1988 o Conv. 1988)[247].

Questi trattati internazionali, tutt'ora vigenti, sono da considerarsi tra loro complementari e costituiscono la base essenziale del diritto internazionale in materia di controllo della droga e lotta al traffico illecito. La loro struttura si basa sullo schema già considerato per gli strumenti internazionali destinati alla lotta contro il crimine organizzato, poiché fa riferimento a tre diversi settori

[245] Entrata in vigore l'13 dicembre 1964 e successivamente emendata dal Protocollo d'emendamento della Convenzione unica sugli stupefacenti (Ginevra, 25 marzo 1972, entrato in vigore l'8 agosto 1975), disponibile sulla rete interconnessa.

[246] Entrata in vigore il 16 agosto 1976, disponibile sulla rete interconnessa.

[247] Entrata in vigore l'11 novembre 1990, disponibile sulla rete interconnessa.

d'intervento: la prevenzione, la repressione e la cooperazione internazionale.

Sulla base di questa struttura, le tre Convenzioni contro la droga creano un articolato sistema di amministrazione e vigilanza; stabiliscono la penalizzazione di determinate condotte e richiedono agli Stati di cooperare tra loro per contrastare i gruppi criminali che si sono affacciati sul panorama internazionale del commercio della droga, approfittando dei divieti vigenti, creando reti interconnesse operanti oltre i confini nazionali e investendo capitali privati per captare la domanda e conquistare il mercato.

9.9 La prevenzione e il sistema di controllo e vigilanza

Il sistema preventivo si basa sul controllo e l'amministrazione delle sostanze psicoattive (intese come l'insieme delle sostanze stupefacenti e delle sostanze psicotropiche) e fa capo a due organi che sono La Commissione delle Nazioni Unite sugli stupefacenti e il Comitato internazionale per il controllo dei narcotici.

9.9.1 Gli organi preposti al controllo delle droghe

A) La Commissione delle Nazioni Unite sugli stupefacenti

La Commissione delle Nazioni Unite sugli stupefacenti (in seguito: la Commissione) è stata creata nel 1946 dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (in seguito: il Consiglio)[248], che assiste nella supervisione dell'applicazione dei trattati internazionali sul controllo delle droghe.

[248] E/RES/1946/9(I) del 16 febbraio 1946, *Commission on Narcotics Drugs*.

Essa è composta da 53 membri, eletti dal Consiglio per un periodo di quattro anni, ed è l'apparato politico decisionale centrale del Programma delle Nazioni Unite per il controllo internazionale della droga (UNDCP), che fa capo all'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine (UNODC).

La Commissione si occupa della revisione e l'analisi dei procedimenti per il controllo globale delle droghe[249]; fa raccomandazioni agli Stati in merito all'applicazione delle Convenzioni vigenti sulla droga e al conseguimento dei loro obiettivi[250]; emette decisioni con le quali compie funzioni normative e di controllo[251]; modifica le liste degli stupefacenti[252] e quelle delle sostanze psicotropiche[253] sulla base di raccomandazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità e del Comitato internazionale per il controllo degli stupefacenti e decide, su raccomandazione dello stesso Comitato, di mettere sotto il controllo internazionale i precursori chimici che sono utilizzati per produrre droghe illecite.

L'aggiornamento continuo delle liste delle droghe contribuisce a un proibizionismo di tipo dinamico, mediante il quale la Commissione e le istituzioni internazionali preposte alla lotta contro il traffico illecito di droga cercano di stare al passo dei gruppi criminali organizzati e dei loro continui tentativi di sfuggire alla

---

[249] Per espletare questa funzione la Commissione propone soluzioni sulla prevenzione, la riabilitazione dei tossicodipendenti, le forniture e il traffico di droghe illecite.

[250] Art. 8, lett. *c)* e *d)* Conv. 1961; art. 17, par. 1 Conv. 1971 e art. 21, lett. *b)* e *f)*, Conv. 1988.

[251] Art. 7, Conv. 1961.

[252] Art. 3 e art. 8, lett. *a)*, Conv. 1961.

[253] Art. 2 e art. 3, Conv. 1971.

legge e ai divieti creando droghe sempre più elaborate da immettere sul mercato.

B) Il Comitato internazionale per il controllo dei narcotici

Dopo la dissoluzione della Società delle Nazioni, la Convenzione singola sugli stupefacenti fuse le competenze del Comitato centrale permanente e dell'Organo di controllo[254], creando nel 1968 il Comitato internazionale per il controllo degli stupefacenti (art.5).

Si tratta di un organo permanente e indipendente, composto da 13 membri eletti per cinque anni dal Consiglio economico e sociale, sulla base delle loro competenze e capacità personali[255]. Esso vigila sull'attuazione delle Convenzioni[256]; amministra il controllo statistico delle droghe sulla base dei dati presentati dai Governi[257]; valuta il fabbisogno nazionale di droghe lecite per adattarne la produzione[258]; raccoglie informazioni sul traffico illecito e presenta un rapporto annuale al Consiglio economico e sociale attraverso la Commissione sugli stupefacenti, mediante la quale rende pubbliche le sue osservazioni e raccomandazioni[259].

Al Comitato spetta inoltre la funzione di monitorare l'attuazione delle tre Convenzioni. In particolare, quando ritenga che il comportamento di uno Stato ponga in grave pericolo gli obiettivi perseguiti dalle Convenzioni, esso può intervenire seguendo una procedura[260] che prevede

[254] *Supra,* parr. 9.4.
[255] Art. 9, Conv. 1961.
[256] Art. 19, Conv. 1971.
[257] Art. 12, Conv. 1961.
[258] Art. 19, Conv. 1961.
[259] Art. 15 Conv. 1961, e art. 18, Conv. 1971 e art. 23, Conv. 1988.
[260] Art. 14, Conv. 1966; art. 19, Conv. 1971 e art. 22 Conv. 1988.

l'adozione di particolari misure, tra cui: chiedere informazioni; chiedere di adottare misure correttive; segnalare la questione agli Stati parti, alla Commissione e al Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite; raccomandare agli Stati parti di cessare le esportazioni o le importazioni verso lo Stato inadempiente; prendere una decisione che verrà pubblicata in un rapporto da trasmettere al Consiglio e agli Stati parti, in merito alle azioni da intraprendere.

Tra i vari atti adottati dal Comitato, si può ricordare a titolo esemplificativo la raccomandazione n. 16 del 16 novembre 2012, mediante la quale si dichiarava preoccupato per la situazione in Afganistan, instando al Governo di questo Paese di applicare misure idonee a ridurre la coltivazione illecita del papavero; limitare la produzione e la fabbricazione illecita di stupefacenti; aumentare le quantità di droghe sequestrate e migliorare le politiche di prevenzione dell'abuso[261].

9.9.2 Le liste delle droghe e la loro amministrazione

Per ottenere un controllo mondiale sulla droga, intesa come minaccia alla salute fisica e morale dell'umanità[262], era necessario razionalizzare le droghe presenti sul mercato e creare un sistema mediante il quale sistematizzarle.

Per questo motivo, le tre Convenzioni hanno creato delle liste nelle quali sono iscritte le sostanze proibite, di cui gli Stati devono necessariamente vietare la produzione, la coltivazione, l'esportazione e l'importazione.

---

[261] Doc. E/INCB/2012/1 del 16 novembre 2012, *Report of the International Narcotics Control Board for 2012*, par. 847.
[262] Preambolo, Conv. 1961 e Conv. 1971.

Tali sostanze sono classificate secondo due principi introdotti dalla Convenzione del 1931[263]: da una parte, il loro grado di pericolosità (stabilito tenendo in considerazione la suscettibilità di creare dipendenza e il rischio di abuso); dall'altro, l'impiego medico che se ne possa dare.

La Convenzione del 1961 distingue quattro tipi di stupefacenti: le sostanze che causano dipendenza e presentano un grave rischio di abuso (allegato I); quelle normalmente utilizzate per scopi medici e con più basso rischio di abuso (allegato II); i preparati farmaceutici derivati da sostanze non inducenti abuso o effetti nocivi (allegato III) e i preparati più pericolosi, composti delle sostanze già indicate nell'allegato I, che sono particolarmente dannosi e di valore terapeutico estremamente ridotto (allegato IV).

La Convenzione del 1971 fa riferimento a quattro tipi di sostanze psicotropiche: mentre nella tabella I sono iscritte le sostanze di alto rischio per la salute pubblica e di scarsa utilità terapeutica, a cui si applicano le misure di controllo più severe; nella tabella IV succede il contrario, per cui le sostanze ivi contenute sono quelle di minor rischio per la salute pubblica e di maggiore utilità terapeutica.

La Convenzione del 1988 si occupa invece dei precursori, componenti chimici strumentali alla fabbricazione di stupefacenti e sostanze psicotropiche. Essi sono divisi in due gruppi, in relazione alla frequenza con cui si utilizzino per la fabbricazione illecita di sostanze psicoattive e la loro capacità di causare gravi problemi sanitari o sociali (art. 12, par. 4).

Tutte queste liste possono essere aggiornate dalla

[263] *Supra*, par. 9.5.

Commissione delle Nazioni Unite sugli stupefacenti, su iniziativa di uno degli Stati parti, dell'Organizzazione mondiale della sanità o del Comitato Internazionale per il controllo dei narcotici, seguendo la procedura stabilita all'art. 3 della Convenzione del 1961, all'art. 2 della Convenzione del 1971 e all'art. 12 della Convenzione del 1988.

L'aggiornamento continuo delle liste delle sostanze psicoattive contribuisce a un proibizionismo di tipo "dinamico", mediante il quale le istituzioni internazionali preposte alla lotta contro il traffico illecito di droga cercano di stare al passo dei gruppi criminali organizzati e dei loro continui tentativi di sfuggire alla legge e ai divieti, creando droghe sempre più elaborate da immettere sul mercato.

Con risoluzione 55/1 del 16 marzo 2012, la Commissione ha chiesto agli Stati di monitorare le tendenze emergenti sulla composizione, produzione e distribuzione di nuove sostanze psicoattive, al fine di raccogliere informazioni sui rischi per la salute pubblica, da trasmettere all'Organizzazione mondiale della sanità, incaricata di avviare la procedura prevista per la modificazione delle liste delle sostanze psicoattive.

A proposito, negli ultimi anni l'attenzione delle istituzioni internazionali è ricaduta sulle "Club drugs", termine con cui si indicano diverse sostanze come l'ecstasy, l'acido γ-idrossibutirrico e la chetamina[264], che sono droghe di nuova generazione usate specialmente nei luoghi di aggregazione. Tra queste, l'acido γ-idrossibutirrico è stato definito anche "droga da stupro",

[264] Doc. E/2013/28, E/CN.7/2013/14, Comitato internazionale per il controllo dei narcotici, *Report on the fifty-sixth session*, 7 dicembre 2012 e 11-15 marzo 2013, p. 76-78.

poiché adoperato per commettere atti di violenza sessuale, grazie alle sue capacità di provocare perdita di coscienza ed amnesia temporanea: sciolto in bevande alcoliche o analcoliche è assunto involontariamente dalle vittime che, dopo la violenza subita, non hanno ricordo dell'accaduto, e, di conseguenza, non denunciano gli aggressori[265].

Con decisione 56/1 del 13 marzo 2013, la Commissione ha accolto una raccomandazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, trasferendo l'acido γ-idrossibutirrico dalla lista IV alla lista II della Convenzione del 1971 e aumentando i livelli di controllo su questa sostanza psicotropica.

Le stesse considerazioni sulla dinamicità del proibizionismo valgono per le modificazioni alle liste dei precursori.

Con le due decisioni 44/5 e 44/6 del 20 marzo 2001, la Commissione ha trasferito dalla lista II alla lista I della Convenzione del 1988 l'anidride acetica e il permanganato di potassio, due precursori utilizzati dai gruppi criminali organizzati per trasformare una sostanza naturale in eroina e cocaina.

Inoltre, con decisione 53/1 dell' 8 marzo 2010, la Commissione ha trasferito dalla lista II alla lista I della Convenzione del 1988 l'acido fenilacetico, un precursore utilizzato dai gruppi criminali per sintetizzare la metanfetamina.

Nonostante il lavoro di aggiornamento delle liste da parte degli organi preposti dalle tre Convenzioni, le

[265] CASTIGLIA, *Tecniche di spettrometria di massa nella ricerca di sostanze stupefacenti ed in particolare delle "new club drugs"*, Corso di dottorato in Ricerca in ambiente, prevenzione e medicina pubblica, sede amministrativa Università degli studi di NAPOLI FEDERICO II, XX ciclo, discussa nell'a.a. 2006/07, rell. Buccelli e Acampora, p. 4.

organizzazioni criminali hanno saputo approfittare di un mercato dalle grandi potenzialità economiche e finanziarie, generando ingenti profitti che sono in parte reinvestiti per la ricerca di nuove sostanze psicoattive non soggette a penalizzazione.

Le reazioni a questo problema sono state di diverso tipo: mentre alcuni Stati hanno preferito intensificare i controlli, altri hanno annunciato cambi nella direzione opposta.

La Commissione Europea ha presentato il 17 settembre 2013 una proposta di direttiva[266] e una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio[267]: mentre la prima prevede l'assoggettamento a sanzione penale delle più recenti sostanze psicoattive; la seconda stabilisce nuove regole per rimuovere dal mercato le droghe più pericolose.

L'Organizzazione degli Stati Americani, invece, ha adottato la Dichiarazione di Antigua Guatemala per una politica integrale di fronte al problema mondiale delle droghe nelle Americhe[268], il cui art. 1 afferma la necessità di affrontare il problema della droga "bajo un enfoque integral, fortalecido, equilibrado y multidisciplinario, con pleno respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, que incorpore la salud pública, educación, e inclusión social, junto a acciones preventivas para hacer

---

[266] Commissione europea, COM(2013) 618, 2013/0304 (COD) del 17 settembre 1013, Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica, per quanto riguarda la definizione di "stupefacenti", la decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

[267] *Ibidem*.

[268] Antigua Guatemala, 6 giugno 2013.

frente a la delincuencia organizada transnacional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas, así como el impulso del desarrollo local y nacional". Tale "desarrollo" deve essere, ai sensi dell'art. 19 della Dichiarazione, "alternativo, integral y sostenible", favorendo politiche preventive orientate a "eliminar los factores causantes de la pobreza, la exclusión social y el deterioro ambiental para, entre otros, prevenir la inserción de poblaciones vulnerables en actividades vinculadas a la producción y el tráfico ilícitos de drogas".

La Dichiarazione di Antigua Guatemala è contestuale ad altre azioni di singoli Paesi dell'America Latina nel contesto della lotta al narcotraffico.

In data 10 dicembre 2013 il Senato uruguayano ha definitivamente approvato la legge per la regolamentazione dell'uso della cannabis in Uruguay[269], secondo il quale lo Stato assume il controllo delle attività commerciali sulla cannabis e crei politiche di intervento preventivo, specialmente nei settori della salute e dell'istruzione, interpretando l'abuso delle droghe come un problema di salute pubblica.

Il 1° gennaio 2012 la Bolivia ha denunciato la Convenzione del 1966[270] in seguito ai tentativi falliti di emendare l'art. 49, par. 2, lett. *e)*, di questo strumento internazionale, che prevede l'obbligo per gli Stati parti di abolire la masticazione della foglia di coca entro venticinque anni dalla sua entrata in vigore.

Tale decisione è stata coerente con quanto previsto all'art. 384 della Costituzione plurinazionale boliviana e

[269] Progetto n..CM/534 dell'8 agosto 2012. Legge n. 19172, *Marihuana y sus derivados*, pubblicata nel *Diario oficial* il 7 gennaio 2014.

[270] Facendo ricorso al meccanismo previsto dall' art. 46.

all'art. 14, par. 2, della Convenzione del 1988. Mentre, infatti, la prima considera la coca "patrimonio cultural, recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia, y […] factor de cohesión social [que] en su estado natural no es estupefaciente"; la seconda stabilisce che le misure per eliminare la domanda e la coltivazione illecita di stupefacenti devono tenere in considerazione gli usi tradizionali leciti e la protezione dell'ambiente.

L'11 gennaio 2013, la Bolivia ha aderito nuovamente, ma con riserva, alla Convenzione del 1966, dichiarando che: "[t]he Plurinational State of Bolivia reserves the right to allow in its territory: traditional coca leaf chewing; the consumption and use of the coca leaf in its natural state for cultural and medicinal purposes, such as its use in infusions; and also the cultivation, trade and possession of the coca leaf to the extent necessary for these licit purposes".

9.9.3 Gli altri strumenti di controllo delle droghe

A) Il controllo degli stupefacenti

Per quanto riguarda il controllo degli stupefacenti, la Convenzione del 1961crea due sistemi di amministrazione: da una parte, quello delle previsioni (art. 12); dall'altra, quello dell'informazione statistica (art. 13). Entrambi si basano sui dati che le Parti forniscono periodicamente al Comitato sulla base degli artt. 19 e 20 e devono essere costantemente aggiornati per reagire il più rapidamente possibile ai problemi derivanti dalla circolazione delle droghe.

Sulla base di questi sistemi, vengono calcolate le quantità di stupefacenti di cui uno Stato ha bisogno e autorizzate le rispettive importazioni ed esportazioni (art. 21).

L’art. 23 richiede agli Stati di creare Organi nazionali di controllo, incaricati di stabilire le zone e le porzioni di terreno dove permettere la coltivazione del papavero e la produzione dell’oppio; concedere ai coltivatori le licenze per tale coltivazione e ritirare e comprare la totalità del raccolto con il diritto esclusivo di importare, esportare e venderlo.

Gli Organi nazionali di cui all’art. 23 sono anche adibiti al controllo degli arbusti e della foglia di coca (art. 26) e della cannabis (art. 28).

Per quanto riguarda la fabbricazione degli stupefacenti, gli Stati parti hanno l’obbligo di controllare le persone e le imprese ad essa dedicate; sottoporre a regime di licenza gli stabilimenti e i locali dove tale produzione avvenga e rilasciare permessi periodici ai fabbricanti con licenza, che attestino la classe e la quantità di stupefacenti autorizzati a fabbricare (art. 29).

Oltre ai soggetti coinvolti nella fabbricazione, anche quelli che si dedicano al commercio e alla distribuzione sono sottoposti al regime delle licenze, con l’eventuale eccezione di coloro i quali siano autorizzati ad esercitare funzioni terapeutiche o scientifiche (art. 30, par. 1): a loro si richiede il rilascio di ricette mediche nel caso in cui somministrino o vendano stupefacenti a soggetti privati (art. 30, par.2, lett. *b)*).

Il Comitato internazionale per il controllo dei narcotici ha dichiarato che le organizzazioni criminali transnazionali ricorrono sempre più spesso a medici e pazienti compiacenti che, da una parte, prescrivono sostanze soggette a controllo senza la necessità di una giustificazione, e, dall’altra, richiedono la ricettazione di

tali sostanze simulando sintomi di malattie inesistenti[271]. A proposito, va notato che in Paesi come gli Stati Uniti è presente il fenomeno delle cosiddette "pain clinics", strutture ospedaliere al margine della legalità che distribuiscono o ricettano grandi quantità di oppioidi a persone che non hanno alcuna necessità di consumarne[272].

Con sentenza resa il 18 gennaio 2013, la *District Court* in *Pensacola*, Florida, ha condannato due medici e il titolare di una "pain clinic" rispettivamente a uno, due e vent'anni di prigione, per aver costituito un'associazione a delinquere mediante la quale prescrivevano ai loro pazienti ricette di antidolorifici a base di oppio, in cambio di denaro, riscuotendo otto milioni e mezzo di dollari in quattro anni[273].

Se il commercio è internazionale, gli Stati parti devono controllare i porti e le zone franche (art. 31, par. 2) e le imprese importatrici ed esportatrici (art. 31, par. 3), oltre a richiedere un'autorizzazione per ogni singola operazione di importazione o esportazione da realizzare (art. 31, par. 2). Prima di concedere un permesso di esportazione, è necessario che venga presentato il permesso di importazione del Paese ricevente. Il Paese attraverso cui transitino gli stupefacenti prima di arrivare al Paese di destinazione, dovrà prendere tutte le misure possibili per evitare che vi sia una deviazione degli stupefacenti verso una destinazione diversa rispetto a quella indicata nel permesso di esportazione (art. 31, par. 12).

---

[271] Doc. E/INCB/2011/1 dell'11 novembre 2011, *Report of the International Narcotics Control Board for 2011*, par. 193.

[272] *Ibidem*, par. 418.

[273] Riassunto della sentenza disponibile sul sito internet del dipartimento di giustizia degli Stati Uniti d'America: http://www.justice.gov/usao/fln/press/2013/jan/dilio.html

B) Il controllo delle sostanze psicotropiche

La Convenzione del 1971 prevede la creazione di basi di dati statistici, che ai sensi dell'art. 16 devono essere forniti dagli Stati parti alla Commissione, al Comitato e al Segretario generale delle Nazioni Unite. Tali dati devono riguardare la legislazione interna e gli aspetti rilevanti dell'uso indebito e del traffico illecito delle sostanze psicotropiche e le quantità esportate, importate, fabbricate e immagazzinate di tali sostanze.

Esse devono essere destinate all'uso medico (art. 5, par. 2 e art. 7, par. 1); sottoposte a un regime di licenze (art. 7, par. 2 e art. 8); somministrate o vendute a soggetti privati che ne facciano uso mediante ricetta medica (art.9) e iscritte in appositi registri nei quali siano inserite le loro qualità e provenienze (art. 11).

Se le sostanze psicotropiche devono essere commercializzate internazionalmente, sono richieste autorizzazioni separate di importazione e di esportazione, che ne indichino le caratteristiche e contengano i dati dell'importatore e dell'esportatore. Tali autorizzazioni devono essere utilizzate dagli Stati importatore ed esportatore in modo incrociato, così da certificare l'avvio e verificare il compimento delle operazioni di importazione e di esportazione (art.12).

C) Il controllo dei precursori

Il controllo dei precursori è disciplinato dall'art. 12 della Convenzione del 1988, che richiede agli Stati di controllare tutte le persone e imprese dedicate alla fabbricazione o distribuzione di queste sostanze; stabilire un sistema di licenze e autorizzazioni e impedirne l'accumulazione nelle mani dei fabbricanti (par. 8, lett. *a)*); esigere che le importazioni e le esportazioni siano correttamente etichettate e documentate (par. 9, lett. *d)*) e

presentare un rapporto annuale al Comitato (par. 12) nel quale si indichino le quantità di precursori sequestrate, qualunque precursore non classificato che si impieghi nella fabbricazione illecita e i metodi di deviazione e di fabbricazione illecita.

9.10 La repressione

Mentre la Convenzione del 1961 e quella del 1971 sono dedicate principalmente alla creazione di un sistema di amministrazione e controllo delle droghe, la Convenzione del 1988 stabilisce una più precisa disciplina sanzionatoria del traffico illecito di sostanze psicoattive e promuove una più articolata cooperazione tra gli Stati, indicando gli strumenti pratici che servono a contrastare il narcotraffico, specie quando chi commette il delitto è un gruppo criminale organizzato.

La presenza sempre più imponente di tali gruppi sullo scenario internazionale, era stata fonte di preoccupazione da parte degli Stati, come si evince dal preambolo della Convenzione del 1988, che spiega:"[i]n the past, organized criminality was rarely considered a problem outside the society in which it was rooted. In the last few decades, however, it has come to the forefront of the attention of the international community because of the transnational ramification of drug trafficking. Criminal organizations have projected their ability to inflict social damage by exploiting the demand for drug consumption in societies other than their own. These organizations have become international enterprises by virtue of their transnational dealings and the assets and influence derived from the unprecedented profits of drug trafficking"[274].

[274] Preambolo della Convenzione del 1988.

I Paesi dell'America Latina avevano espresso la loro preoccupazione già prima della Convenzione del 1988, adottando due importanti dichiarazioni, in seguito sottoposte all'attenzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite: da una parte, la Dichiarazione di Quito contro il narcotraffico[275], che esortava gli Stati alla realizzazione di una campagna internazionale mediante la quale imporre sanzioni ai criminali, ovunque si trovassero; dall'altra, la Dichiarazione di New York contro il traffico e l'uso illecito delle droghe[276], che chiedeva alle Nazioni Unite di convocare una conferenza specializzata per esaminare i problemi istituzionali e giuridici derivanti dal traffico illecito, e di adottare un piano d'azione intrernazionale contro il narcotraffico. Entrambe le Dichiarazioni proponevano di considerare il traffico illecito di droga come crimine contro l'umanità, per le sue gravi ripercussioni sulla tutela dei diritti umani. Tale criterio non venne preso in considerazione nella Convenzione del 1988, anche se, tra i Paesi che adottarono le dichiarazioni del 1984 vi è chi continua a considerarlo valido.

Con sentenza resa il 18 dicembre 2012[277], la *Sala Constitucional* del Venezuela, ha interpretato che "el delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en forma genérica, como en sus distintas modalidades, como de *lesa humanidad*".

[275] Doc. A/39/407, adottata l'11 agosto 1984.
[276] Doc. A/39/55 e Corr. 1, adottata il 1° ottobre 1984.
[277] *Sala Constitucional* del Venezuela, sentenza n. 12-1340 del 12 giugno 2012.

9.10.1 La criminalizzazione e la sanzione del traffico illecito

La nuova criminalità dedicata al traffico illecito di droga era molto più organizzata e aggressiva rispetto alle manifestazioni criminali precedenti, poiché in grado di agire oltre i confini nazionali, rifinanziare le proprie attività illecite e infiltrarsi nelle istituzioni statali. Considerati tali fattori, gli Stati decisero di criminalizzare un più ampio numero di condotte rispetto a quelle già previste dalla Convenzione del 1961 (art. 36) e da quella del 1971 (art. 22).

L'art. 3, par. 1, lett. *a)*, della Convenzione del 1988 obbliga gli Stati parti a sanzionare la produzione e il trasferimento di sostanze psicoattive (n. *i)*); la coltivazione del papavero, della coca e della cannabis quando sia diretta alla produzione di stupefacenti (n. *ii)*); il possesso e l'acquisto di sostanze psicoattive per produrre o trasferire la stessa sostanza o sostanze derivate (n. *iii)*); la fabbricazione o il trasferimento dei precursori per produrre sostanze psicoattive (n. *iv)*) e l'organizzazione, la gestione o il finanziamento di qualunque condotta enunciata in precedenza (n. *v)*).

La norma di cui al n. *v)*, è stata introdotta dagli Stati per sanzionare i rappresentanti del commercio di droga ai più alti livelli dirigenziali. I termini "organizzazione", "gestione" e "finanziamento" indicano, infatti, le condotte di chi, pur mantenendosi al margine di qualunque tipo di partecipazione diretta nelle operazioni di traffico illecito, è parte della delinquenza organizzata e dirige le attività di un gruppo di subordinati.

Oltre alle condotte appena esaminate, l'art. 3, lett. *b)*, è diretto a sanzionare le operazioni di riciclaggio dei beni derivanti dalle operazioni di traffico illecito. Si tratta di una misura necessaria per evitare che il crimine

organizzato reinvesta i proventi delle sue attività illegali nell'economia legale, potendo successivamente disporre di attivi mediante i quali penetrare e ledere il tessuto economico e sociale dello Stato.

Con sentenza resa il 13 ottobre 2010 il *Tribunal Constitucional* del Perù ha dichiarato che: "[...]el tráfico ilícito de drogas afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas en todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1º), la familia (artículo 4º), la educación (artículos 13º a 18º), el trabajo (artículos 22º y 23º), la paz social (inciso 22 del artículo 2º), entre otros [...] Asimismo, tanto el tráfico ilícito de drogas como el lavado de activos constituyen ilícitos de carácter pluriofensivo, en la medida en que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado"[278].

Tra le condotte vietate dall'art. 3, lett. *b)*, vi sono la conversione o il trasferimento di beni prodotto del traffico illecito di droga al fine di occultare o alterare la loro origine illecita o aiutare un delinquente ad eludere gli effetti giuridici delle azioni criminali che li hanno prodotti (num. *i)*) e l'occultamento o alterazione della loro natura, origine, ubicazione, destinazione, movimento o proprietà reale o di diritti ad essi inerenti (n. *ii)*). Affinché questi reati siano configurabili, è necessaria la consapevolezza della natura illecita dei beni. La Convenzione non chiarisce tuttavia se tale consapevolezza debba essere specifica o se il mero sospetto sulla provenienza illecita dei beni possa configurare i reati di cui all'art. 3, lett. *b)*.

[278] *Tribunal Constitucional* del Perù, fascicolo n. 03245-2010-PHC/TC, sentenza resa il 13 ottobre 2010, disponibile sulla rete interconnessa.

Con sentenza resa il 30 luglio 2013, la Corte di Cassazione italiana ha annullato senza rinvio il giudizio impugnato nei confronti di C.O., perché il fatto di ricevere periodicamente somme di denaro dal suo compagno narcotrafficante, "con la consapevolezza non dell'illecita provenienza dei beni, ma solo della qualità criminale del suo congiunto, non è di per sé sufficiente a configurare il dolo eventuale di ricettazione e, di conseguenza, non costituisce reato"[279].

Ai sensi dell'art. 3, par. 5, le condotte analizzate devono essere considerate particolarmente gravi quando siano state eseguite in circostanze come: la partecipazione a un gruppo criminale organizzato (lett. *a)*), ad attività criminali internazionali (lett. *b)*) o ad altre attività illecite la cui esecuzione sia facilitata dalla commissione del reato principale (lett. *c)*); il ricorso alla violenza o alle armi (lett. *d)*); il fatto di ricoprire un incarico pubblico o che il reato sia in relazione con tale incarico (lett. *e)*); la vittimizzazione o utilizzo di minori (lett. *f)*); il fatto che il reato sia stato commesso all'interno di un centro penitenziario, un'istituzione educativa, un centro di assistenza o nelle loro immediate vicinanze, o in altri luoghi in cui gli scolari e gli studenti si riuniscano per realizzare attività educative, sportive e sociali (lett. *g)*); una dichiarazione di colpevolezza anteriore, stabilita da tribunali esteri o dello stesso Stato su reati analoghi (lett. *h)*).

Particolare rilievo assumono le norme di cui all'art. 3, par. 5, lett. *g)* e *h)*, soprattutto se si considera che negli ultimi anni la criminalità organizzata ha utilizzato le istituzioni preposte all'istruzione per il processo di

[279] Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 33131 del 30 luglio 2013, par. 25, 67-84, disponibile sulla rete interconnessa.

arruolamento, generando violenza all'interno degli istituti scolastici e favorendo la dispersione scolastica e il reclutamento criminale dei giovani[280].

In data 23 settembre 2013, la Camera dei deputati del Messico ha approvato *Decreto que reforma el primer párrafo y el inciso c) del artículo 21 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*[281], sulla giustificazione del fatto che "las bandas criminales han encontrado el medio para obligar a menores de edad a realizar trabajos forzados [y] ser esclavos del narco [...]"[282]. Se il provvedimento sarà approvato anche dal Senato messicano, il nuovo articolo 21 della legge oggetto di riforma prevederà l'adozione di misure legislative atte a proteggere il diritto all'istruzione dei minori dalla criminalità organizzata.

Oltre alle ipotesi previste all'art. 3, la Convenzione del 1988 prevede l'obbligo per gli Stati di adottare misure per prevenire e combattere il traffico illecito di droga in casi particolari, come quelli in cui l'attività illecita sia compiuta da trasportatori commerciali (art. 15) o via mare (art. 17) o, ancora, facendo ricorso ai servizi postali (art. 19).

Per quanto riguarda l'art. 17 sul trasporto marino, è opportuno segnalare che la criminalità organizzata transnazionale ha fatto ricorso a strategie sempre più elaborate, come per esempio l'utilizzo a mezzi diversi rispetto alle classiche navi.

---

[280] Doc. E/INCB/2003/1 del 14 novembre 2003, *Report of the International Narcotics Control Board for 2003*, p. 1-60.

[281] Pubblicato nella *Gaceta Parlamentaria*, numero 3864-II il 18 settembre 2013.

[282] *Ibidem.*

Con sentenza resa il 30 ottobre 2012, il *Tribunal supremo* spagnolo ha aumentato di un anno la pena già inflitta in secondo grado a sei narcotrafficanti, applicando l' "iperaggravante" di cui all'art. 370, par. 3, del codice penale spagnolo e interpretando che il sottomarino di fabbricazione artigianale utilizzato per trasportare la droga lungo la Ria di Vigo, seppur privo di coperta, dovesse essere considerato una nave[283].

Mentre nel 2012 si introduceva in Spagna l'aggravante del trasporto sottomarino per via giurisprudenziale, in Colombia (dove dal 1998 al 2012 erano stati sequestrati ben sessantasei sommergibili e semisommergibili[284]), era già stata promulgata la legge 1453/2011[285], il cui art. 22 riforma l'art. 377B del codice penale, stabilendo che: "[s]i la nave semisumergible o sumergible es utilizada para almacenar, transportar o vender, sustancia estupefaciente, insumos necesarios para su fabricacièon o es usado como medio para la comisión de actos delictivos, la pena será de quince (15) a treinta (30) años y multa de setenta mil (70.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

Osservazioni possono essere svolte anche sull'art. 19, in merito alla responsabilità configurabile per il destinatario di una spedizione di droga avvenuta per spedizione postale.

Con sentenza resa il 12 marzo 2013, il *Tribunal supremo* spagnolo ha dichiarato che il reato di traffico di droga è consumato per chi abbia previamente concertato

---

[283] *Tribunal Supremo* spagnolo, sentenza 823/2012 del 30 ottobre 2012, disponibile sulla rete interconnessa.

[284] Armada Nacional de la República de Colombia, *Incautados tres semisumergibles en el Urabá antioqueño*, in *armada.mil.co*, 2012.

[285] *Ibidem,* riferimento alla legge 1453 del 24 giugno 2011, disponibile nella rete interconnessa.

l'invio con il mittente, mentre si ha tentato delitto nel caso in cui il destinatario, già controllato dalla polizia, intervenga "a posteriori" nell'intento di ritirare la droga[286].

Per quanto riguarda le sanzioni di tutte le condotte analizzate, l'art. 3, par. 6, richiede agli Stati parti di dare la "massima efficacia" alle indagine e alla penalizzazione del traffico illecito di sostanze psicoattive, confermando lo scopo repressivo della Convenzione del 1988. A tale proposito, le autorità devono tenere in considerazione la gravità di questo reato e delle circostanze di cui all'art.3, par. 5, oltre a stabilire termini di prescrizione prolungati nelle legislazioni interne (art. 3, par. 8).

[286] *Tribunal Supremo* spagnolo, sentenza n. 183 del 12 marzo 2013, disponibile sulla rete interconnessa.

Capitolo II
Corruzione e riciclaggio come entrata nelle istituzioni e nell'economia legale

Sommario 2. 1. Descrizione della corruzione come reato-mezzo e risposte del diritto internazionale- 2. La Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali- 2.1 La definizione di corruzione nella Convenzione OCSE: corruzione attiva e "grease payments"- 2.2 Altri aspetti rilevanti della Convenzione OCSE- 2.2 Altri aspetti rilevanti della Convenzione OCSE- 3. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata- 4. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione- 4.1 Le misure previste dal capitolo II della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione: l'obbligo di tipizzare i reati negli ordinamenti interni- 4.1.1 Gli autori del reato: il funzionario pubblico- 4.1.2 Il bene giuridico tutelato- A) La corruzione- B) La corruzione di funzionari pubblici stranieri e di funzionari pubblici di organizzazioni internazionali pubbliche- C) La penalizzazione delle condotte del pubblico ufficiale previste dall'art. 17- C.1) La malversazione e il peculato- C.2) L'appropriazione indebita- C. 3) Le altre forme di deviazione e la distinzione tra le diverse fattispecie- C.4) Le deviazioni dei fondi dell'Unione Europea- D) Il traffico di influenze- E) L'abuso delle funzioni- F) L'arricchimento illecito- F.1) I soggetti rilevanti- F.2) Il periodo di rilevanza- F.3) L'incremento significativo del patrimonio- F.4) L'assenza di giustificazione- G) La penalizzazione delle condotte di corruzione nel settore privato- G.1) Osservazioni generali- G.2) Il bene giuridico tutelato- G. 3) La corruzione privata- G.3.1) Corruzione in camicia e corruzione in pantaloncini- G.4) La responsabilità degli enti priva. 5. La prevenzione della corruzione- 5.1 Politiche e pratiche di prevenzione della corruzione- 5.2 La partecipazione della società- 5.3 Rispetto del principio di trasparenza e ruolo dell'informazione- 5.4 Il finanziamento ai partiti politici- 6. Il riciclaggio- 6.1 Le norme internazionali in materia di riciclaggio- 6.2 La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope- 6.3 Il Gruppo di azione finanziaria internazionale- 6.4 La Convenzione di Strasburgo- 6.5 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata- 6.6 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione- 6.7 Il contrasto al riciclaggio nell'Unione Europea- A) La direttiva 91/38/CEE- B) La direttiva 2001/97/CE- C) La direttiva 2005/60/CE.

1. Descrizione della corruzione come reato-mezzo e risposte del diritto internazionale

Mentre nel primo capitolo sono stati analizzati i principali trattati multilaterali volti a contrastare il fenomeno della criminalità organizzata nel suo complesso o a rafforzare la cooperazione internazionale in settori in cui tale criminalità si sviluppa, è ora opportuno esaminare gli strumenti internazionali diretti a prevenire e reprimere il contatto delle organizzazioni criminali con lo Stato e con l'economia legale, per eludere il controllo delle autorità pubbliche e facilitare il reinvestimento dei guadagni illeciti e la loro trasformazione in capitali leciti. Si tratta, in particolare, degli strumenti contro la corruzione e il riciclaggio.

Il primo di questi due reati è stato riconsiderato dal diritto internazionale oltre il semplice concetto meccanicistico a cui era stato confinato dal diritto penale tradizionale- inteso, cioè, come qualsiasi fatto che leda l'attività funzionale dello Stato[287]- e rivisitato in un'accezione più ampia, come "minaccia per lo stato di diritto, la democrazia e i diritti umani, [in grado di] mina[re] i principi del buon governo, di equità e giustizia sociale, [e di] falsa[re] la concorrenza, ostacola[re] lo sviluppo economico e mette[re] in pericolo la stabilità

[287] PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale. I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1998, p. 5; LEONE, *Considerazioni in tema di rapporti tra diritto penale e pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di G. Mussotto*, Palermo, 1981, p. 153 ss.; ALTAVILLA, *Concezione penalistica della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, p. 95 ss.; LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1935, p. 1 e ss.

delle istituzioni democratiche e i fondamenti morali della società"[288].

Parole avvenieristiche erano state usate dall'avvocato generale francese Badouin, nel 1893: "[c]e que la loi a voulu punir c'est l'un des crimes qui mettent le plus grièvement en péril la sécurité d'un pays : c'est la vénalité de tous ceux [...] qui à un degré quelconque participent à la gestion des affaires publiques. C'est à ce prix qu'est attaché ce bon renom de la France où le désintéressement a toujours été la qualité maîtresse"[289].

Alla luce di queste considerazioni, la corruzione è stata reinterpretata da reato-fine (in quanto azione capace di esprimere un'autonoma lesività, derivata dall'immediato disvalore sociale prodotto e dalla sua idoneità ad intralciare la funzionalità della macchina amministrativa[290]), a reato-mezzo, come condotta mediante cui la criminalità organizzata cerca di instaurare con le istituzioni pubbliche una relazione di dipendenza economica, strumentale all'occultamento degli illeciti o alla trasformazione del loro prodotto.

La mutazione del quadro criminologico e la modificazione del baricentro offensivo dei fatti di corruzione sull'impatto negativo da essi prodotto su interessi di elevatissima caratura[291]- stabilità e sicurezza sociale, funzionalità degli apparati istituzionali […],

---

[288] Convenzione penale sulla corruzione (Strasburgo, 27 gennaio 1999), entrata in vigore il 1° luglio 2002, disponibile sulla rete interconnessa, preambolo.

[289] Avvocato generale Baudouin, Cass. crim., 24 février 1893, Sirey, 1893.1.220

[290] MARRA, *Contrasto e prevenzione della corruzione pubblica transnazionale*, in ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Roma, 2007, p. 144.

[291] *Ibidem*, p. 138.

vitalità dei valori democratici, efficienza dei mercati, salvaguardia del patrimonio pubblico, stabilità politica e prosperità economica dello Stato[292]- sono intrinsecamente connesse con la storia del commercio degli ultimi venticinque anni e del periodo denominato la "grande corruzione"[293], caratterizzata dall'entrata sulla scena economica e finanziaria internazionale di gruppi criminali organizzati, molto diversi e molto più aggressivi rispetto alle tradizionali imprese transnazionali.

Si pensi ai pericoli per la salute pubblica e al danno finanziario per 100 milioni di euro[294] arrecato all'Unione Europea da un gruppo di imprese tedesche, francesi, belghe e italiane, tra cui la Italburro, che avvalendosi della collaborazione di quattro funzionari pubblici ha distribuito in Europa, tra il 1997 e il 1999, un burro ottenuto dalla miscelazione fraudolenta di additivi chimici, oli destinati alla cosmesi e grassi vegetali[295].

Quantitativamente, la Banca Mondiale afferma che la corruzione costa agli Stati il 5% del prodotto interno lordo mondiale, pari a 2,6 miliardi di dollari americani, di cui oltre 1 miliardo pagato in tangenti ogni anno. Questo

---

[292] Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione, preambolo.

[293] ROJAS AMANDI, *Los tratados internacionales sobre corrupción,* Ciudad de México, 2010, p. 165; MALEM, *Globalización, comercio internacional y corrupción,* Barcelona, 2000, p. 39.

[294] Risoluzione del Parlamento europeo del 7 giugno 2005 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità e la lotta contro la frode (2004/2198(INI)), disponibile sulla rete interconnessa.

[295] Con sentenza resa il 5 novembre 2008, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ha condannato dodici persone per associazione per delinquere e corruzione finalizzata alle sofisticazioni e truffe in danno della comunità Europea.

fenomeno ammonta al 10% del costo totale dell'attività commerciale a livello globale e al 25% del costo dei contratti d'appalto nei Paesi in via di sviluppo[296].

Si tratta di cifre spropositate di denaro liquido, che superano in alcuni casi le disponibilità finanziarie di singoli Stati e che permettono ai loro possessori di influire sulle decisioni delle autorità statali, dirigendone programmi e scelte politiche.

Ne è un esempio evidente l'art. 5 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, 17 dicembre 1997)[297] nella parte in cui richiede agli Stati che le indagini e il giudizio sulla corruzione di un funzionario pubblico straniero non siano influenzati da considerazioni di interesse economico nazionale, dal possibile effetto sulle relazioni con un altro Stato né "dalle identità delle persone fisiche o giuridiche implicate".

Si pensi a quei Paesi in cui le cui istituzioni sono condizionate in maniera rilevante dal narcotraffico, come il Guatemala o il Messico; alla situazione italiana negli anni '90, quando la mafia siciliana aveva tentato un vero e proprio assalto allo Stato; o, ancora, alla Guinea-Bissau, convertita dai gruppi criminali organizzati in un vero e proprio centro di commercio illegale di droga senza che le istituzioni possano intraprendere una strategia di contrasto veramente efficace.

---

[296] Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI)), disponibile sulla rete interconnessa.

[297] Entrata in vigore il 15 febbraio 1999, disponibile sulla rete interconnessa.

Negli ultimi anni, il contatto della criminalità organizzata con gli organi pubblici è diventato sempre più frequente, soprattutto per la crescente incapacità degli Stati di imporsi sui mercati, sia quelli legali (privatizzati e deregolarizzati), che quelli illegali (nei confronti dei quali le strategie repressive non hanno dato risultati soddisfacenti).

La perdita di garanzie da parte dei lavoratori, la crisi economica e l'innalzamento della povertà da essa derivata hanno favorito l'abbassamento dei livelli d'istruzione e la legittimazione di rappresentanti politici di discutibile valore sociale, contribuendo a un innalzamento della disillusione dei cittadini nei confronti dell'amministrazione pubblica e al disinteresse per la partecipazione politica.

La corruzione ha potuto raggiungere i ranghi istituzionali più elevati, anche attraverso il finanziamento di campagne elettorali e le compravendite di voti su piccola e grande scala (dall'ambito municipale a quello provinciale, regionale e nazionale).

A partire dagli anni '90, il diritto internazionale è riuscito gradualmente (almeno sul piano formale) a dare risposte a questo fenomeno, richiedendo agli Stati di prestare particolare attenzione alle pratiche illegali in cui possono essere coinvolti i loro funzionari e proponendo strumenti di contrasto alla corruzione sempre più precisi, fino ad arrivare all'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione.

Come per gli strumenti internazionali analizzati nel capitolo precedente, i trattati multilaterali in materia di corruzione illustrano strategie di contrasto su tre livelli: prevenzione, repressione e rafforzamento della cooperazione internazionale.

A differenza di quelli, però, essi possono considerarsi innovativi per due motivi: da una parte, creano sistemi di supervisione dell'adempimento degli obblighi in capo ai singoli Stati, cercando di correggere o di guidare le loro strategie di contrasto, coordinandole con quelle intraprese da altri Stati o sulla base di un piano comune d'azione; dall'altra, dedicano particolare attenzione all'aspetto preventivo, proponendo una serie di azioni che gli Stati devono necessariamente intraprendere per convincere il settore privato e la popolazione della necessità di una società libera dalla corruzione e dai suoi effetti negativi.

Tra questi strumenti, vi sono la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, 17 dicembre 1997)[298], la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (New York, 15 novembre 2000)[299] e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Merida, 31 ottobre 2003)[300], oltre a varie iniziative del Consiglio d'Europa, dell'Organizzazione degli Stati Americani e degli Stati Africani che verranno richiamate nel corso della trattazione, tra cui: la Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione (Strasburgo, 27 gennaio 1999)[301], la Convenzione civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione (Strasburgo, 4 novembre 1999)[302], la

[298] *Ibidem.*

[299] Entrata in vigore il 29 settembre 2003, disponibile sulla rete interconnessa.

[300] Entrata in vigore il 14 dicembre 2005, disponibile sulla rete interconnessa.

[301] Entrata in vigore il 1º luglio 2002, disponibile sulla rete interconnessa.

[302] Entrata in vigore il 1º novembre 2003, disponibile sulla rete interconnessa.

Convenzione interamericana contro la corruzione (Caracas, 29, marzo 1996)[303], la Convenzione dell'Unione africana per prevenire e combattere la corruzione (Maputo, 11 luglio 2003)[304]; il Protocollo della Comunità sudafricana per lo sviluppo contro la corruzione (Blantyre, 14 agosto 2001)[305] e il Protocollo sulla lotta alla corruzione della Comunità economica degli Stati dell'Africa dell'Ovest (Dakar, 21 dicembre 2001)[306].

2. La Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali

La Convenzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economici sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri (Parigi, 17 dicembre 1997. In seguito: la Convenzione OCSE)[307] è il primo trattato multilaterale dedicato specificamente alla corruzione internazionale. Prima di esso, gli Stati erano dotati solamente di normative di contrasto alla corruzione dei pubblici ufficiali o degli agenti statali interni.

Tale strumento internazionale è stato adottato su iniziativa degli Stati Uniti[308], i quali, essendo gli unici a

---

[303] Entrata in vigore il 3 giugno 1997, disponibile sulla rete interconnessa.

[304] Entrata in vigore il 5 agosto 2006, disponibile sulla rete interconnessa.

[305] Entrato in vigore il 6 luglio 2005, disponibile sulla rete interconnessa.

[306] Non ancora entrato in vigore, disponibile sulla rete interconnessa.

[307] Entrata in vigore il 15 febbraio 1999, disponibile sulla rete interconnessa. *Supra*, nota 296.

[308] WINKLER, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milano, 2008.

disporre di una normativa contro la corruzione estera, il *Foreign Corrupt Practices Act*, fin dal 1977[309], avevano promosso una serie di ricerche di diritto comparato per stabilire quali fossero le principali caratteristiche del reato di corruzione e dell'esercizio della giurisdizione nazionale in tema di reato commesso in tutto o in parte all'estero[310], soprattutto per difendere la competitività delle loro imprese in territorio straniero.

Gli altri Paesi, infatti, non prevedevano nei loro ordinamenti interni alcuna sanzione per i reati di corruzione internazionale, limitandosi a penalizzare chi avesse commesso reati sul territorio e mostrando un totale disinteresse per le attività di corruzione svolte dai propri cittadini in territorio estero, salvo rari casi in cui questi avessero violato anche il diritto penale interno. Un dato interessante è il fatto che alcuni Stati permettessero addirittura la deducibilità fiscale di quanto pagato per corrompere i pubblici ufficiali stranieri[311].

A ciò si aggiunga il fatto che negli anni '80 si era ormai affermata sul piano transnazionale una vasta e

[309]L. n. 95-213, 91, Stat. 1494 (1977).

[310] GALGANO, MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2011, p. 261; PERKEL, *Foreign Corrupt Practices Act*, in *American Criminal Law Review*, 2010; SACERDOTI, *La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali*, in *Studi Capotorti*, 1999, pp. 451-467; DRAETTA, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, p.969 ss.; SALVADORI, *La lotta alla corruzione nei rapporti economici internazionali*, in PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 1999, p. 266.

[311] GALGANO, MARRELLA, *op. cit.*, p. 262.

articolata tipologia di prassi corruttive, tese a falsare il gioco della libera concorrenza sui mercati internazionali.

La Convenzione OCSE cerca di arginare queste pratiche, seppur in maniera elementare rispetto ai trattati che la seguiranno e che verranno analizzati in seguito. La semplicità delle norme stabilite da questo strumento internazionale deriva dal fatto che, all'epoca della loro adozione, il fenomeno della corruzione fosse ancora in una fase di sviluppo iniziale. Le disposizioni della Convenzione OCSE, infatti, sono appena tredici e solo una di esse è dedicata all'aspetto preventivo della corruzione (art.8), mentre la maggior parte concerne l'ambito repressivo e quello della cooperazione internazionale.

2.1 La definizione di corruzione nella Convenzione OCSE: corruzione attiva e "*grease payments*"

La Convenzione OCSE si apre con l'obbligo per gli Stati di disciplinare la sola corruzione attiva (art. 1), intesa come la condotta di chi offra, prometta o dia qualsiasi indebito beneficio pecuniario ad un pubblico ufficiale straniero, affinché egli ponga in essere o si astenga dal compimento di attività in relazione ai suoi doveri di ufficio, per ottenere un vantaggio indebito nel contesto degli scambi internazionali.

La mancanza di un richiamo alla corruzione passiva si deve, da una parte, alla preoccupazione dei negoziatori per eventuali problemi di coordinamento tra diverse autorità giurisdizionali competenti in vista di una sanzione a un atto di corruzione di natura passiva; dall'altra, alla natura prettamente economica della Convenzione e al suo scopo di garantire il corretto funzionamento dei mercati

internazionali (piuttosto che la moralità e l'indipendenza delle istituzioni pubbliche)[312].

La maggiore rilevanza dell'interesse economico si evince dal disposto normativo dell'art. 1 della Convenzione OCSE che menziona l'ottenimento di "un vantaggio indebito nel contesto degli scambi internazionali" tra gli atti costitutivi della corruzione, escludendone i "pagamenti di facilitazione" o *"grease payments"*.[313].

Tali pagamenti sono definibili come l'azione ed effetto di dare o ricevere qualcosa di valore affinché un funzionario faccia o ometta di fare qualcosa, o lo faccia con maggiore o minore velocità o efficacia, aggirando una regola formale o implicita riguardante quello che deve fare o smettere di fare, in beneficio di chi dà o riceve, o di un terzo, per aiutare a risolvere un problema, accelerare un tramite amministrativo, concedere una licenza, un permesso o un servizio[314].

La differenza tra un atto di corruzione e un pagamento di facilitazione sta nel fatto che l'obiettivo prefissato con la seconda condotta è qualcosa a cui si ha diritto: ciò che ci si aspetta dal funzionario o impiegato pubblico non è un'azione o un'omissione illegittima, impropria o immorale, ma, piuttosto, che egli compia il suo normale dovere nell'esercizio delle sue funzioni[315].

---

[312] NINO, *L'applicazione delle Convenzioni internazionali in materia di contrasto alla corruzione internazionale nell'ordinamento italiano,* in *Comunità internazionale*, 2013 , p. 491.

[313] Paragrafo 9 dei commenti alla Convenzione dell'OCSE, disponibile sulla rete interconnessa.

[314] ARGANDOÑA, *La corrupción y las empresas: el caso de los pagos de facilitación*, Navarra, 2004, p. 5.

[315] *Ibidem.*

Su questo fenomeno, la Convenzione ha subito l'influenza della già richiamata legislazione statunitense del 1977, che ammette i pagamenti di facilitazione. Tuttavia, a partire dal 2009, l'OCSE ha raccomandato agli Stati di sottoporre a revisione periodica le politiche nazionali su questa materia[316]. Ciò ha portato a conseguenze diverse sul piano interno, così che alcuni Stati hanno continuato a permettere i pagamenti di facilitazione, mentre altri li hanno vietati.

L'art. 7 e l'art. 45 della *Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos* del Messico[317], stabiliscono che "[c]uando el servidor público reciba de una misma persona un bien o donación, para sí o para [otros], cuyo valor acumulado durante un año exceda de diez veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, al momento de su recepción, [...], deberá ponerlo a disposición [...] de la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial de la Secretaría de la Función Pública".

Nella stessa direzione della legge messicana, in Italia l'art. 4 del Decreto del Presidente della Repubblica del 16 aprile 2013, n. 62[318] stabilisce che è "[i]l dipendente non

---

316 Raccomandazione del Consiglio dell'OCSE per combattere ulteriormente la corruzione degli ufficiali pubblici stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 26 novembre 2009, par. VI, disponibile sulla rete interconnessa.

317 Pubblicata nel *Diario Oficial de la Federación* il 2 gennaio 2013, disponibile sulla rete interconnessa. Per il Messico la Convenzione è entrata in vigore il 26 luglio 1999.

318 Decreto di attuazione della legge 6 novembre 2012, n. 190, recante "[d]isposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", pubblicata nella Gazzetta ufficiale n.265 del 13 novembre 2012.Per

accetta, per sé o per altri, regali o altre utilità, salvo quelli d'uso di modico valore effettuati occasionalmente nell'ambito delle normali relazioni di cortesia. […] I regali e le altre utilità comunque ricevuti fuori dai casi consentiti dal presente articolo, a cura dello stesso dipendente cui siano pervenuti, sono immediatamente messi a disposizione dell'Amministrazione per la restituzione o per essere devoluti a fini istituzionali nell'ambito delle consuetudini internazionali".

In altri Paesi, i pagamenti di facilitazione sono permessi. Tuttavia, mentre negli Stati Uniti, Canada, Australia, Nuova Zelanda e Corea del Sud essi sono esplicitamente consentiti, in altri Stati come Danimarca, Slovacchia, Svezia, Norvegia e Svizzera, la loro ammissione è soggetta a interpretazione legislativa[319].

L'Unione Europea non ha ancora stabilito una disciplina univoca per tutti gli Stati membri, proponendo iniziative che non si sono consolidate in strumenti legislativi vincolanti o di soft law. In particolare, si segnala il passaggio tra la relazione intermedia e la relazione finale della "Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere", in cui scompare l'esortazione diretta agli Stati al fine di elaborare

---

l'Italia la Convenzione OCSE è entrata in vigore il 13 febbraio 2001.

[319] JORDAN, *The Oecd's Call For An End To "Corrosive" Facilitation Payments And The International Focus On The Facilitation Payments Exception Under The Foreign Corrupt Practices Act,* in *Penn State Law* Review, 2011, p. 899.

orientamenti per un'interpretazione uniforme dei pagamenti di facilitazione in tutta l'Unione[320].

La disparità di trattamento tra Stato e Stato[321] e addirittura all'interno di uno stesso Stato (quando la legislazione nazionale prevede l'interpretazione caso per caso) può generare problemi di certezza del diritto e rappresenta un beneficio per la criminalità organizzata, che trae vantaggio dalle cosiddette zone grigie, espressione usata per identificare uno spazio non ben definito tra legalità e illegalità.

A ciò si aggiunga il fatto che, nei Paesi in via di sviluppo, i pagamenti di facilitazione possono rappresentare, allo stesso tempo, piccoli costi per le organizzazioni criminali e grandi guadagni per funzionari pubblici, che hanno generalmente salari molto bassi.

Su questo punto è necessario che gli Stati prendano una posizione certa, motivo per cui, oltre a richiedere una revisione periodica delle loro politiche in materia, l'OCSE ha anche richiesto agli Stati parti della Convenzione di proibire la pratica dei pagamenti di facilitazione da parte delle imprese.

---

[320] Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 giugno 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione intermedia) (2012/2117(INI)), disponibile sulla rete interconnessa; Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI)), disponibile sulla rete interconnessa.

[321] BERNASCONI, *Lotta variabile alla corruzione internazionale*, Il Sole 24 ore, 2013, disponibile sulla rete interconnessa.

2.2 Altri aspetti rilevanti della Convenzione OCSE

Proprio in materia di imprese, è importante evidenziare che la Convenzione OCSE stabilisce la responsabilità delle persone giuridiche[322].

Per dichiarare tale responsabilità, gli Stati devono considerare diversi fattori, tra cui quelli che per maggiore praticità si possono definire come "livello di autorità flessibile" e "livello di autorità gerarchico": il primo si riferisce all'autorità della persona fisica nel momento in cui la sua condotta provoca la responsabilità della persona giuridica; il secondo, invece, riguarda la persona con l'autorità direttiva di livello gerarchico più alto, e comprende i casi in cui tale persona: a) offra, prometta, o dia un'utilità non dovuta a un funzionario pubblico straniero; b) ordini o autorizzi una persona di livello gerarchico più basso a offrire, promettere o dare un'utilità non dovuta a un funzionario pubblico straniero; c) non riesca ad evitare che una persona di livello gerarchico più basso corrompa un funzionario pubblico straniero.

Ai fini del compimento degli obblighi stabiliti *ex* art. 2 della Convenzione OCSE, non è necessario che gli Stati prevedano la responsabilità penale degli enti giuridici, essendo sufficiente contemplare negli ordinamenti interni sanzioni di carattere civile o amministrativo.

Tali sanzioni possono essere monetarie, purché efficaci, proporzionali e dissuasorie (art. 3, par. 2). Sono previsti, inoltre, il sequestro e la confisca del prodotto del reato o dei beni da esso derivati (art. 3, par. 3) e l'imposizione di sanzioni civili o amministrative aggiuntive (art. 3, par. 4).

---

[322] FONTANELLA, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in *Liuc Papers, Impresa e istituzioni*, 2001.

Sulla base di queste considerazioni, con sentenza resa l'11 luglio 2013 il tribunale di Milano ha condannato in primo grado la Saipem s.p.a. a una multa di 600 mila euro e alla confisca di 24,5 milioni di euro, adducendo "evidenze probatorie della operatività di un modello organizzativo parallelo, illegale e segreto, finalizzato ad agevolare la commissione di reati di corruzione internazionale". Secondo il Tribunale, dal 1994 al 2004 la società del gruppo ENI aveva pagato una quota degli oltre 180 milioni di dollari di tangenti versate dal consorzio internazionale di imprese TSKJ a esponenti politici e dirigenti nigeriani per assicurarsi appalti sul gas da 6 miliardi di dollari.

Tra le sanzioni amministrative o civili che possono essere imposte alle persone giuridiche, vi sono l'esclusione del diritto a ricevere aiuti o benefici pubblici; la diffida temporanea o permanente a partecipare alle acquisizioni pubbliche o a esercitare altre attività commerciali; la supervisione giudiziaria e l'ordine giudiziario di liquidazione.

In Italia, queste sanzioni di carattere interdittivo non erano previste per il reato di corruzione internazionale dal decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001, avente ad oggetto la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300 [323]. Con sentenza resa il 30 settembre 2010[324], la Corte di Cassazione italiana

[323] Pubblicato in Gazzetta ufficiale n.140 del 19 giugno 2001, entrato in vigore il 4 luglio 2001, disponibile sulla rete interconnessa.

[324] Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 42701 del 30 settembre 2010.

ha stabilito con un'interpretazione evolutiva che tali sanzioni devono essere disposte anche quando la società si sia resa responsabile di un reato di corruzione internazionale, nonostante questa possibilità non sia esplicitamente contemplata dall'art. 25, comma 5 del decreto menzionato.

D'altra parte, la *Corte Costitucional* colombiana, con sentenza resa il 14 novembre 2012[325], non ha dovuto fare ricorso ad alcuna interpretazione del suo ordinamento interno per stabilire che l'art. 91 della legge 906/2004 soddisfa i criteri richiesti dalla Convenzione OCSE nella misura in cui prevede la sospensione e la cancellazione dell'impresa dal registro delle persone giuridiche quando ne sia accertata la responsabilità per corruzione di un funzionario pubblico straniero durante le transazioni commerciali internazionali.

Al fine di comminare le sanzioni previste, le autorità nazionali degli Stati Parti devono disporre di un termine di prescrizione adeguato per indagare e giudicare i colpevoli (art. 8); prestarsi la più ampia collaborazione possibile mediante lo scambio di informazioni (art. 9, par.1); non declinare una richiesta di aiuto internazionale adducendo il segreto bancario (art. 9, par. 3) e fare ricorso all'estradizione, che deve essere prevista dagli ordinamenti interni (art. 10, par. 1).

Per combattere efficacemente la corruzione di funzionari pubblici stranieri, l'art. 8 obbliga gli Stati parti ad adottare i provvedimenti necessari a mantenere libri e registri contabili; pubblicare stati finanziari; proibire la creazione di conti non registrati e la doppia contabilità; vietare la registrazione di transazioni identificate in

[325] *Corte Constitucional* colombiana, sentenza C-944 del 14 novembre 2012.

maniera inadeguata delle spese inesistenti e delle passività il cui scopo non sia adeguatamente segnalato; precludere l'uso di documenti falsi per corrompere pubblici ufficiali stranieri e occultare condotte di corruzione.

Detto articolo ha trovato applicazione in Italia dopo il noto caso Parmalat, in seguito al quale il legislatore ha introdotto nell'ordinamento interno mediante legge 262/2005, recante "[d]isposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"[326], gli articoli 2621 e 2622 del codice civile, prevedendo la sanzione delle società quotate in borsa e di quelle non quotate che pongano in essere false comunicazioni sociali, anche in danno dei soci o dei creditori.

In ultimo, ciò che rende la Convenzione OCSE uno strumento internazionale attuale, è l'istituzione *ex* art. 12 del Gruppo di lavoro dell'OCSE sulla corruzione nelle transazioni commerciali internazionali, un meccanismo di supervisione per il compimento degli obblighi internazionali e l'armonizzazione del diritto interno degli Stati.

3. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata

Dopo la Convenzione OCSE, anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (in seguito: la Convenzione di Palermo)[327] fornisce una definizione di corruzione.

L'inclusione di questo reato nella Convenzione di Palermo non faceva più riferimento alla corruzione come un fenomeno in grado di ledere quantitativamente interessi

[326] Legge 28 dicembre 2005, n. 262, in Gazzetta ufficiale n. 301, 28 dicembre 2005.
[327] *Supra*, par. 4.

di aziende ed economie, bensì come un mezzo di cui è dotata la criminalità organizzata per sovvertire i governi e il commercio legittimo.

Questa interpretazione è stata in seguito adottata anche dalle giurisprudenze nazionali in sede di interpretazione dei trattati sulla corruzione. Applicando un criterio storico-evolutivo e sistematico di interpretazione, la *Corte Constitucional* colombiana in sede di controllo di costituzionalità della Convenzione OCSE ha definito la corruzione come "amenaza contra el estado social de derecho"[328].

La disciplina della corruzione da parte della Convenzione di Palermo è contenuta negli artt. 8 e 9. Mentre la prima di queste norme fornisce una definizione del reato, la seconda è dedicata in maniera molto generale alle misure di prevenzione.

A differenza di quanto previsto dall'art. 1 della Convenzione OCSE, che come si è visto punisce solo la corruzione attiva, la fattispecie di cui all'art. 8 della Convenzione di Palermo sanziona due tipi di condotte: da una parte, quella del privato che promette, offre o concede (condotta attiva, lett. *a)*); dall'altra, quella del pubblico funzionario che richiede o accetta (corruzione passiva , lett. *b)*). In entrambi i casi si deve trattare di un beneficio non dovuto per compiere o omettere di compiere un atto nell'esercizio delle funzioni pubbliche.

Dalla lettura di questa disposizione è evidente il mancato riferimento all'ottenimento di un indebito vantaggio da parte del privato, elemento che nella definizione di corruzione fornita dall'art. 1 della

[328] *Corte Constitucional* colombiana, sentenza C-944/12 del 14 novembre 2012, disponibile sulla rete interconnessa.

Convenzione OCSE risulta essenziale per la tipizzazione del reato negli ordinamenti interni.

Nel caso dell'art. 8 della Convenzione di Palermo, tutto si risolve nell'accertare un passaggio di denaro o altra utilità, con conseguenze sul piano sostanziale come per esempio la distinzione tra corruzione antecedente e susseguente[329].

La previsione di una definizione così ampia risiede nelle considerazioni già analizzate sulla corruzione come reato strumentale all'affermazione degli interessi superiori della criminalità organizzata, capace di minare le basi dello Stato di diritto e di ridurre la pubblica amministrazione a mero esecutore di ordini economici o finanziari.

Se, infatti, la corruzione è un fenomeno che può inficiare la salvaguardia dell'ordine pubblico o "un'amplissima gamma di interessi che vanno dalla democrazia alla funzionalità dei mercati […], non vi è ragione per selezionare la definizione di condotte corruttive con profili particolarmente netti"[330], così come è successo per l'art. 8 della Convenzione Di Palermo.

Sulla base di questa considerazione, oltre alla definizione del reato sono state ampliate anche le misure preventive. Se, infatti, la corruzione può diventare endemica e arrivare impossessarsi delle istituzioni statali, lo Stato deve intervenire non solo attuando quei provvedimenti che riguardano la prevenzione del diritto penale, ma anche mediante strategie di promozione dell'integrità dei funzionari pubblici (art. 9, par. 1) per contrastare sul nascere le pretese e le offerte indebite della criminalità organizzata.

---

[329] MARRA, op. cit., p. 134; *infra*, par. 4.1.2 A).
[330] *Ibidem*, p. 137.

Nonostante lo sforzo degli Stati per arginare la corruzione e l'inclusione nella Convenzione di Palermo di norme *ad hoc*, questo fenomeno è avanzato a tal punto che le strategie di contrasto devono essere aggiornate periodicamente dagli Stati, mediante continui interventi sul piano legislativo e giurisprudenziale in grado di interpretare realtà sociali in continuo cambiamento, in cui la macchina dello Stato può risultare un impaccio all'affermazione dei diritti di determinate fasce della popolazione, che decidono di allearsi o entrare a far parte della criminalità organizzata per far fronte a determinate esigenze, sia personali, sia della comunità di appartenenza.

4. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione

La necessità di un approccio amplio e multidisciplinare[331] viene presa in considerazione dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Merida, 31 ottobre 2003. In seguito: Conv. corruzione)[332], ultimo trattato internazionale, in termini cronologici, destinato a combattere questo fenomeno. Si tratta di uno strumento molto avanzato che prende in considerazione quanto già ampliamente considerato sulle conseguenze della corruzione per le istituzioni statali e per lo stato democratico.

Essa si struttura in otto capitoli, sei dei quali contengono norme specifiche in materia di prevenzione, criminalizzazione, cooperazione internazionale, recupero di beni, assistenza tecnica, scambio di informazioni e meccanismi di applicazione.

---

[331] Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, preambolo.

[332] *Supra*, par. 1, nota 299.

Particolare attenzione viene posta sull'aspetto preventivo, con misure dirette sia al settore pubblico che a quello privato, includendo misure come la creazione di organi anticorruzione e per il miglioramento della trasparenza nel finanziamento delle campagne elettorali e dei partiti politici.

Gli Stati devono cercare di assicurare che i loro funzionari pubblici partecipino a programmi di promozione dell'efficienza e della trasparenza e siano scelti mediante il criterio del riconoscimento del merito, particolarmente in ambito giudiziario. Oltre alla collaborazione dei pubblici ufficiali, si richiede quella di tutti i membri della società, mediante la partecipazione della società civile e delle organizzazioni comunitarie diretta a creare consapevolezza sulla corruzione e sulle strategie di contrasto[333].

Per quanto riguarda l'aspetto repressivo, la Convenzione fa un passo ulteriore rispetto ai precedenti strumenti internazionali sulla corruzione, obbligando gli Stati parti a tipizzare nei loro ordinamenti interni una serie di condotte che vanno oltre la semplice corruzione attiva o passiva e considerando anche il peculato, il traffico di influenze, l'abuso di funzioni pubbliche, l'arricchimento illecito e altri reati commessi nel settore privato.

Nell'ambito della cooperazione internazionale, gli Stati si impegnano a cooperare su ogni fronte riguardante la lotta contro la corruzione, obbligandosi a creare forme specifiche di mutua assistenza penale; indagare; giudicare ed eventualmente estradare i colpevoli; raccogliere e trasferire prove da usare in sede giudiziaria. Essi sono altresì vincolati a prendere le misure necessarie a

[333] *Infra*, cap. III, par. 5.

rintracciare, congelare, sequestrare e confiscare il prodotto del reato.

Su quest'ultimo punto, la Convenzione prevede un capitolo speciale che stabilisce i procedimenti attraverso cui recuperare i beni illeciti derivanti dalla commissione del reato e le eventuali restituzioni internazionali che potrebbero derivare dall'accertamento della corruzione internazionale e dalla condanna dei colpevoli.

Fermo restando l'ordine dei capitoli della Convenzione, per una questione di continuità con l'analisi effettuata degli strumenti internazionali precedenti, si esamineranno in un primo momento gli aspetti repressivi della corruzione, per poi passare a quelli preventivi.

4.1 Le misure previste dal capitolo II della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione: l'obbligo di tipizzare i reati negli ordinamenti interni

Come premesso, la Convenzione fa un passo ulteriore rispetto ai precedenti strumenti internazionali sulla corruzione, obbligando gli Stati parti a tipizzare nei loro ordinamenti interni una serie di condotte che vanno oltre la semplice corruzione attiva o passiva, considerando anche il peculato, il traffico di influenze, l'abuso di funzioni pubbliche, l'arricchimento illecito e altri reati commessi nel settore privato.

Si procederà ora ad analizzare la struttura dei reati di corruzione e degli altri crimini ad essa connessi, prendendo in considerazione i soggetti coinvolti, il bene giuridico tutelato e le fattispecie previste dalla Conv. corruzione.

4.1.1 Gli autori del reato: il funzionario pubblico

Prima di entrare nel merito dell'analisi delle fattispecie di reato previste dal III capitolo della Conv.

corruzione, è importante chiarire chi sono gli autori di tali crimini.

Tali reati si caratterizzano per il fatto di essere plurisoggettivi, o a concorso necessario, poiché ne rispondono sia il privato che il pubblico ufficiale.

La Conv. corruzione si sofferma in particolar modo sul concetto di pubblico ufficiale. Per quanto riguarda, in particolare, le misure legislative sulla criminalizzazione dei reati di cui al capitolo II, l'art. 2, lett. *a)*, stabilisce che per funzionario pubblico deve intendersi "any person who performs a public function or provides a public service as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party".

Questa norma può essere integrata con le definizioni particolari di cui all'art. 2, lett. *a)*, num. *i)*, *ii)* e *iii)*, secondo cui funzionario pubblico è qualsiasi persona che: *i)* abbia un mandato amministrativo o giudiziario di uno Stato parte, [e sia] nominata o eletta, a titolo permanente o temporaneo, remunerata o non remunerata e qualunque sia il suo livello gerarchico; *ii)* eserciti una pubblica funzione presso un organismo pubblico o una pubblica impresa, o fornisca un servizio pubblico come definito nel diritto interno dello Stato parte e applicato nel ramo pertinente dell'ordinamento giuridico di tale Stato; *iii)* sia definita come pubblico ufficiale nel diritto interno di uno Stato parte.

Ai sensi del num. *i)*, è opportuno chiedersi se la responsabilità per corruzione o per condotte ad essa connesse possa configurarsi per la persona "nominata o eletta" appena dopo la sua nomina o elezione, oppure debba attendersi un formale conferimento delle funzioni pubbliche da parte dello Stato, così come avviene nel caso degli esponenti del potere legislativo o esecutivo.

La legge 30124 del 22 novembre 2013[334] che modifica l'art. 425 del codice penale peruviano, introduce al comma 6 una nuova definizione di "funcionario o servidor público", indicando con tale espressione "[l]os designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades"[335].

Questa nuova norma rafforza e consolida quanto già stabilito nel caso *Kouri*, deciso dalla *Corte Suprema* de Justicia del Perù con sentenza resa il 22 marzo 2002[336], mediante la quale si è stabilito che sia la Convenzione delle Nazioni Unite che la Convenzione interamericana contro la corruzione prevedono che "los ciudadanos elegidos son funcionarios públicos" e che "aplicándose correctamente, estas normas servirán para controlar e impedir que los ciudadanos ya elegidos como Presidentes o Congresistas pretendan impunemente vender sus decisiones futuras [ya que] no se puede dejar de sancionar

[334] Pubblicata il 13 dicembre 2013, disponibile sulla rete interconnessa.

[335] Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley 1978/2012-PE, mediante el cual se propone la Ley que modifica el concepto de funcionario público del Código Penal, Lima, 17 settembre 2013, disponibile sulla rete interconnessa. Secondo quanto riportato dal dictamen, questa riforma è stata introdotta sulla base di quanto stabilito dalla Convenzione interamericana e dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, per introdurre nell'ordinamento penale la responsabilità di quei "funcionarios [que,] designados o proclamados para el ejercicio de un cargo, sin posicionarse aun en el mismo, suelen aceptar beneficio o ventajas económicas para realizar un acto en violaciòn o en cumplimiento de sus obligaciones".

[336] *Corte Suprema* del Perù, caso *Kouri Bumachar*, fascicolo No. 06-2001, sentenza del 22 marzo 2002.

a quienes monitorean y se dejan dirigir por terceros con el propósito de perpetuarse en el poder y seguir medreando al Estado".

Per quanto riguarda il num. *ii)*, gli ordinamenti nazionali sono concordi nello stabilire che sono funzionari pubblici coloro i quali sono vincolati a società dello Stato o a partecipazione mista.

La già citata legge 30124 del 22 novembre 2013[337] che modifica l'art. 425 del codice penale peruviano, introduce al comma 3 un'ulteriore definizione di funzionario pubblico, inteso come "[t]odo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos". Questa riforma legislativa riprende quanto già affermato con la risoluzione resa l'11 aprile 2007[338] dalla *Primera Sala especial della Corte Superior de Justicia* di Lima, la quale ha dichiarato che "devendría en un contrasentido interpretar que la Constitución Política permite algo como la despenalización de comportamientos funcionales de quienes manejan fondos del Estado en los entes empresariales del mismo o de quienes en dicho ámbito ostentan determinadas capacidades relativas a la gestión o administración de aquéllos, dado que estas competencias se hallan vinculadas con los intereses de la administración pública, en estricta y objetiva consideración al ejercicio

[337] *Supra*, nota 333.

[338] *Corte Superior de Justicia* di Lima, risoluzione n. 09 dell'11 aprile 2007.

y/o destino de las actividades, al margen de la calidad de los agentes". Secondo la Corte, "esta última concepción de alcance amplio sobre función pública, se corresponde también con la definición que sobre la misma establece la Convención Interamericana contra la Corrupción [...], esto es, función pública como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; en consecuencia [...] se tiene que el delito que se le imputa al excepcionante por su vinculación funcional con la Empresa Petroleos del Perú S.A., sí se corresponde con el delito contra la Administración Pública [...] dada su condición de funcionario público".

In Argentina, l'inclusione di coloro i quali sono vincolati alle società dello Stato o a partecipazione Statale nella categoria dei funzionari pubblici è avvenuta per via interpretativa. In particolare, sulla base di giurisprudenza pregressa, la Procuración del Tesoro de la Nación[339] ha stabilito che "son funcionarios públicos los directivos o empleados que representan al Estado en las Sociedades Anónimas con Participación Estatal -mayoritaria o minoritaria-, los de las Sociedades del Estado, los de las Empresas del Estado, los de las Sociedades de Economía Mixta y, en suma, todos aquellos que actúen por y para el Estado, cualquiera sea la entidad total o parcialmente estatal en la que lo hagan y el régimen jurídico laboral o contractual que se aplique a su relación con el Estado".

Sia l'interpretazione argentina che quella peruviana richiedono che le imprese dello Stato siano "destinadas al

[339] *Procuraduría del Tesoro de la Nación, Oficina anticorrupción del ministerio de justicia y derechos humanos*, nota n. 24/01, Buenos Aires, 5 marzo 2001.

interés colectivo o al bien común" e che "[tengan] a su cargo finalidades del Estado". Ne sono dunque escluse le imprese con finalità diverse da quelle del perseguimento dell'interesse dello Stato.

Questo concetto è stato espresso anche dalla Corte di Cassazione italiana, che con sentenza resa il 10 febbraio 2014 ha dichiarato che "non riveste la qualifica di pubblico ufficiale […] il componente del consiglio di amministrazione di un'azienda […] stante la natura privatistica dell'ente, privo di poteri autoritativi o certificativi"[340].

Infine, ai sensi del num. *iii)*, potrebbe essere lasciato un certo spazio di interpretazione agli Stati sulla qualifica del pubblico ufficiale.

La nozione dettagliata di funzionario pubblico fornita dalla Conv. corruzione è il risultato di un'ampia discussione tra gli Stati durante la fase dei negoziati. Si pensi, infatti, che all'interno di uno stesso Stato, le persone che lavorano nell'ambito della sfera pubblica non sono sempre considerate funzionari.

Il codice penale italiano, per esempio, distingue tra pubblici ufficiali e incaricati di pubblici servizi[341]. Ai sensi

---

[340] Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 6145del 10 febbraio 2014.

[341] I pubblici ufficiali sono definiti come coloro i quali "esercitano […] la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione e dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi" (art. 357). Gli incaricati di pubblici servizi, invece, sono coloro i quali, "a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio [dove per] pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata, dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento

delle variazioni introdotte dalle legge n. 190 del 6 novembre 2012 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", è stato modificato l'art. 320 c.p., nel senso che le disposizioni dell' art. 318 c.p. su corruzione per l'esercizio della funzione e dell'art. 319 c.p. su corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio si applicano sia al pubblico ufficiale che all'incaricato di servizio pubblico[342].

4.1.2 Il bene giuridico tutelato

Come già visto nei paragrafi precedenti, trattandosi di reati commessi dalla criminalità organizzata, il bene giuridico tutelato non è più (o, almeno, non è solo) il corretto funzionamento dell'amministrazione pubblica.

Considerato il grande potenziale delle istituzioni pubbliche, l'atto di corruzione compiuto dalla criminalità organizzata corrisponde a un problema molto più grave rispetto alla condotta corruttiva (anch'essa penalmente rilevante) del singolo privato o di un piccolo gruppo di privati.

Metaforicamente, è come se un individuo dipendente dall'adrenalina si appropriasse in maniera illecita di un'automobile capace di raggiungere altissime velocità. Non è difficile immaginare che egli la utilizzerà sfruttando le sue massime potenzialità, magari sfrecciando per il centro della città in pieno giorno come se si trovasse sul circuito automobilistico di Montecarlo.

Parafrasando, i criminali organizzati transnazionali si comportano esattamente come il dipendente

---

di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale" (art.358).

[342] Art. 320 del codice penale italiano.

dall'adrenalina, sfruttando al massimo l'istituzione pubblica, infiltrata mediante la corruzione dei suoi funzionari, per assumere il controllo su determinati settori istituzionali o su settori privati che quella determinata istituzione è preposta a gestire.

Ecco perché, alla luce della Conv. corruzione e delle considerazioni precedenti, la corruzione e i reati ad essa connessi sono configurabili come reato-mezzo, strumentale alla commissione di altri reati, e a perseguire scopi ulteriori rispetto al semplice ottenimento di un vantaggio indebito.

Si pensi per esempio alla corruzione dell'ufficiale di migrazione affinché egli faccia entrare nel territorio di uno Stato un gruppo di bambine non meglio identificate. Sarebbe ingenuo non pensare che esse verranno sfruttate o immesse in qualche mercato illecito, del sesso o del lavoro, o per servire in luoghi dove potrebbero essere vittime di servitù o schiavitù.

Con sentenza resa il 12 novembre 2010, il *Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata* ha rimesso al *Juzgado Federal de la Ciudad de Azul* copia della sentenza di condanna per tratta di persone, "a fin de que se investigue la posible complicidad de las autoridades policiales de la ciudad de Tandil en los hechos juzgados", adducendo che "no hay trata sin corrupción policial".

Ancora, si può fare riferimento alla corruzione dell'apparato politico nazionale per commerciare armi, con le conseguenze che ne derivano per la sicurezza e la pace tra gli Stati.

Con sentenza resa il 21 settembre 2006[343] nel processo per somministrazione illegale di armi da fuoco a uno Stato straniero, la *Primera Sala especial de la Corte*

[343] *Supra*, nota 219.

Superior de Justicia de Lima ha dichiarato che "[el coronel] Montesinos [a]provechó de la administración ineficiente y corrupta, para los fines de la organización criminal que conformó", così rendendosi colpevole dei reati contro la tranquillità e la pace pubblica e di associazione illecita per delinquere.

In ultimo, si pensi all'infiltrazione mafiosa di un comune o alla compravendita delle decisioni di esponenti politici nazionali che abbiano gravissime ripercussioni per la stabilità politica di un Paese o per la depenalizzazione di taluni reati gravissimi previsti dal diritto internazionale.

In questo caso, l'interesse all'ordine pubblico riceverebbe addirittura una tutela mediata e anticipata attraverso la difesa delle istituzioni dalle infiltrazioni e dai condizionamenti mafiosi, assumendo invece valore preminente lo scopo di salvaguardare i cardini su cui si regge lo stato di diritto con la garanzia che l'accesso alle cariche elettive avvenga in regime di parità tra i contendenti e, più in generale, che la cittadinanza possa liberamente esprimere le sue preferenze[344].

Mediante la già citata sentenza *Kouri* resa il 22 marzo 2002[345] la *Sala penal especial de la Corte Suprema de Justicia* del Perù ha dichiarato che "respecto al bien jurídico tutelado por los artículos trescientros noventitrés [cohecho pasivo proprio] y cuatrocientos uno [enriquecimiento ilícito], no sólo protege el bien jurídico el cual es la correcta función de la Administración Públkica, al efecto, tiene mayor alcance porque indirectamente protege otros bienes jurídicos superiores como lo son el Derecho Universal de votar para elegir a sus gobernantes;

[344] INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 88.
[345] *Corte Suprema* del Perù, caso *Kouri Bumachar*, fascicolo n. 06-2001, sentenza del 22 marzo 2002.

razòn por el que es necesario proteger el Voto Popular frente al negociado del mismo y preservar el voto de los ciudadanos contra el pago de coimas, el Poder Legislativo debe legislar normas orientadas a disuadir e impedir que en el futuro no se traicione el voto popular".

Questi casi aiutano a comprendere quanto possa essere pericoloso per lo stato di diritto un atto di corruzione commesso dalla criminalità organizzata e, soprattutto, quanto possano essere gravi le conseguenze sul piano pratico, dove si potrebbe arrivare a ledere diritti fondamentali in ragione di un interesse illecito.

A) La corruzione

Sebbene durante i lavori preparatori della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione le delegazioni di diversi Paesi fossero orientate verso l'adozione di una norma distinta rispetto a quelle già adottate in strumenti internazionali precedenti, la disposizione prevista all'art. 15 riprende letteralmente l' articolo 8 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, disciplinando sia la corruzione attiva che quella passiva.

Per quanto riguarda la corruzione attiva, si tratta, *mutatis mutandis*, di un particolare accordo tra un funzionario pubblico e un privato rappresentante della criminalità organizzata, corrispondente a "the promise, offering or giving, to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official itself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties".

La corruzione passive, invece, è "the solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or

another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties".

Il pubblico funzionario che si fa corrompere ed il privato che lo corrompe non commettono delitti diversi ma risultano essere compartecipi del medesimo reato. In tal senso, il comportamento dei due soggetti del delitto di corruzione è identico: anche se l'art. 15 della Conv. corruzione fa riferimento, da una parte, al fatto di "dare" o "promettere" (lett. *a)*) , e dall'altra, al fatto di "ricevere" o "accettare" (lett. *b)*), la differenza tra le condotte è apparente, perché un dare o un ricevere esistono sia da parte del privato che del pubblico ufficiale. Mentre, infatti, il primo riceve l'atto di ufficio o l'atto contrario ai doveri di ufficio e dà in cambio denaro o altra utilità; il secondo riceve la dazione o la promessa e dà in cambio l'atto d'ufficio contrario ai doveri di ufficio.

Il riferimento all'atto d'ufficio è meramente esplicativo. L'art. 15 della Convenzione, infatti,
non fa ricorso a un sostantivo (l'atto, appunto) ma a un verbo, richiedendo agli Stati di sanzionare il funzionario che "agisca" o "ometta di agire" nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali.

Ciò permette di spostare l'attenzione sull'esercizio delle "funzioni o dei poteri" del pubblico funzionario, consentendo la repressione dell'asservimento della pubblica funzione agli interessi privati, laddove la dazione del denaro o di altra utilità non è correlata al compimento, all'omissione o al ritardo di uno specifico atto, ma alla generica attività, ai generici poteri e alla generica funzione cui il soggetto qualificato è preposto[346].

[346] MARANI, *Corruzione*, in *AltalexPedia Enciclopedia giuridica online*, 2013.

Questa precisazione comporta due importanti ripercussioni negli ordinamenti interni: sul piano processuale, maggiori facilità per la dimostrazione del vincolo tra l'azione o l'omissione del pubblico ufficiale e la dazione o la promessa del privato; sul piano sostanziale, la sanzione delle condotte di corruzione susseguente, in cui il funzionario pubblico abbia agito nell'esercizio delle sue funzioni prima della promessa, l'offerta o la dazione del privato.

Sulla base di queste premesse, in Italia la già citata legge 190/2012 ha modificato il disposto normativo degli articoli 318 (corruzione per l'esercizio della funzione) e 322 (istigazione alla corruzione) eliminando il riferimento specifico agli "atti" d'ufficio e introducendo "l'esercizio delle funzioni e dei poteri"[347].

---

[347] Corte di Cassazione, relazione n. III/11/2012, Roma, 15 novembre 2012, p.3-4, disponibile sulla rete interconnessa. In particolare, si segnala: "[l]'innovazione pare peraltro avere recepito, in tal modo, gli approdi dell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità che, sia pure con riferimento alla corruzione propria, non solo ha attribuito alla nozione di atto di ufficio, intesa dunque in senso lato, una vasta gamma di comportamenti, effettivamente o potenzialmente riconducibili all'incarico del pubblico ufficiale (e quindi non solo il compimento di atti di amministrazione attiva, la formulazione di richieste o di proposte, l'emissione di pareri, ma anche la tenuta di una condotta meramente materiale o il compimento di atti di diritto privato: vedi, tra le altre, Sez. 6, n. 38698 del 26/09/2006, Moschetti ed altri, Rv. 234991; Sez. 6, n. 23804 del 17/03/2004, P.G. in proc. Sartori e altri, Rv. 229642), ma è giunta anche, in plurimi arresti, a prescindere dalla necessaria individuazione, ai fini della configurabilità del reato, di un atto al cui compimento collegare l'accordo corruttivo, ritenendo sufficiente che la condotta presa in considerazione dall'illecito rapporto tra privato e pubblico ufficiale sia individuabile anche genericamente, in ragione della competenza

In Francia, seppure il riferimento all'"atto" del funzionario pubblico sia ancora previsto dagli art. 433-1 e 432-11del *Code Pénal*, è sanzionato il funzionario che commetta o "faciliti" la commissione di tale atto, così stabilendo una nozione di "acte de sa fonction" *latu sensu*[348]. Inoltre, l'inserimento della locuzione temporale "à tout moment", mediante la riforma attuata dall'art. 6 della legge 2013-1117[349] , permette di sanzionare anche la corruzione susseguente[350].

---

o della concreta sfera di intervento di quest'ultimo, così da essere suscettibile di specificarsi in una pluralità di atti singoli non preventivamente fissati o programmati, ma pur sempre appartenenti al "genus" previsto (Sez. 6, n. 30058 del 16/05/2012, p.c. in proc. Di Giorgio e altro, Rv. 253216; Sez. 6, n. 2818 del 02/10/2006, Bianchi, Rv. 235727), sino al punto di affermare (in difformità da un precedente orientamento che negava la sussistenza del reato laddove il versamento del denaro o di altra utilità, fosse il prezzo di eventuali, futuri e imprecisati atti omissivi o commissivi : vedi Sez. 6, n. 9354 del 19/09/1997, Paolucci ed altro, Rv. 210301) come integri il reato di corruzione, in particolare di quella cosiddetta "propria", sia l'accordo per il compimento di un atto non necessariamente individuato "*ab origine*", ma almeno collegato ad un "*genus*" di atti preventivamente individuabili, sia l'accordo che abbia ad oggetto l'asservimento - più o meno sistematico - della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore, che si realizza nel caso in cui il privato prometta o consegni al soggetto pubblico, che accetta, denaro od altre utilità, per assicurarsene, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori (Sez. fer., n. 34834 del 25/08/2009, Ferro, Rv. 245182)".

[348] *Cour de cassation, Chambre criminelle,* sentenza n. 4806 del 14 gennaio1949.

[349] Legge n. 2013-1117 del 6 dicembre 2013, disponibile sulla rete interconnessa.

[350] Sul punto, si veda anche *Cour de cassation, Chambre criminelle,* sentenza n. 05-82265 del 29 giugno 2005.

Promessa, offerta e dazione, da un lato, sollecitazione e accettazione, dall'altro, devono poter produrre un indebito vantaggio nella sfera del funzionario pubblico. È opportuno chiedersi se tale indebito vantaggio debba corrispondere a una retribuzione, nel senso di un vero e proprio rapporto sinallagmatico tra quanto dato dal privato e l'importanza della prestazione richiesta al pubblico ufficiale, oppure se il reato possa configurarsi anche nel caso di minima entità dell'utilità o di evidente sproporzione rispetto al vantaggio ottenuto.

Con sentenza resa il 25 gennaio 2012[351], la Corte di Cassazione italiana ha stabilito che l'offerta di cinque euro a due agenti per evitare il sequestro del ciclomotore è così "irrisoria" da poter tutto al più integrare il reato di oltraggio a pubblico ufficiale. La Corte ha valutato la potenzialità dell'offerta corruttiva constatando che l'offerta del presunto corruttore era talmente esigua da non essere idonea a causare quel "turbamento psichico nell'agente, funzionale all'omissione dell'atto dovuto", essendo che "la serietà dell'offerta e quindi la sua potenzialità corruttiva va necessariamente correlata alla controprestazione richiesta, alle condizioni dell'offerente e del soggetto pubblico, nonché alle circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si colloca".

Il criterio del "turbamento psichico funzionale all'omissione dell'atto dovuto" è interessante dal punto di vista della sua applicazione a casi di criminalità organizzata finalizzata alla corruzione, specie quando il reato si consumi negli Stati in via di sviluppo, in cui è sufficiente una dazione di piccola entità per poter corrompere il pubblico funzionario che riceve un salario la

[351] Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 3176 del 11 gennaio 2012, disponibile sulla rete interconnessa.

cui entità non è comparabile con le disposizioni monetarie del soggetto corruttore.

Nella realtà, può anche succedere che alcuni funzionari pubblici, nonostante prestino servizio per uno Stato sviluppato, si accontentino di dazioni di poco conto.

È il caso degli undici guardías civiles dell'aeroporto di Malaga, in Andalucia, Spagna, condannati dall'*Audiencia provincial* con sentenza resa il 4 marzo 2013[352] alla sospensione dall'incarico e a una multa, per aver commesso corruzione passiva nei confronti di passeggeri extracomunitari. Il gruppo criminale è stato sanzionato "no ya por la cuantía de las dádivas solicitadas y recibidas, que individualmente consideradas no son muy cuantiosas [monedas, collares, comida cuya entrada a España es prohibida y pequeños montos de dólares], sino por la circunstancias aprovechadas por los acusados para exigir la dádiva", poiché "ocupaban un puesto tan sensible como es el de revisar los equipajes de extranjeros".

Come stabilito dall'art. 27 della Conv. corruzione, gli Stati sono inoltre tenuti a sanzionare la partecipazione di terzi.

Con sentenza resa il 4 maggio 2006[353], la Corte di Cassazione italiana ha dichiarato che nel reato di corruzione è possibile il concorso eventuale di terzi, sia nel caso in cui il contributo si realizzi nella forma della determinazione o del suggerimento fornito all'uno o all'altro dei concorrenti necessari, sia nell'ipotesi in cui si risolva in un'attività di intermediazione finalizzata a realizzare il collegamento tra gli autori necessari.

---

[352] *Audiencia provincial* di Malaga, sentenza n. T000-78435 del 4 marzo 2013.

[353] Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 33435 del 4 maggio 2006, in *Cassazione penale*, 2006, 3578.

Un ultimo elemento importante da prendere in considerazione per l'analisi dell'art. 15 della Conv. corruzione è il momento a partire dal quale è configurabile l'atto criminale. Ciò permette di stabilire quali siano i termini di prescrizione e di migliorare la lotta all'impunità, fenomeno direttamente connesso al dilagare della corruzione pubblica. Le giurisprudenze nazionali e quella internazionale, sono concordi nell'affermare che la corruzione sia un reato di carattere istantaneo che si rinnova ogni volta che il corrotto agisca nell'esercizio delle sue funzioni.

Con sentenza resa il 29 giugno 2005[354], la *Chambre Criminelle de la Cour de Cassation* francese ha dichiarato che "[s]i le délit de corruption est une infraction instantanée, consommée dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu, il se renouvelle chaque fois que le corrompu accomplit un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction. Il n'importe que le corrompu n'ait pas accompli lui-même le dit acte dès lors qu'il entrait dans ses attributions d'en proposer ou préparer la réalisation".

D'altra parte, la Corte Europera dei diritti umani ha dichiarato nel caso *Previti c. Italia*[355] che è conforme al disposto normativo di cui all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti umani l'interpretazione della Corte di Cassazione italiana secondo cui "l'accord de corruption devait en principe précéder l'accomplissement de l'acte judiciaire incriminé, elle a considéré que le versement effectif de la rémunération de la corruption, effectué en

[354] Cour de cassation, Chambre criminelle, sentenza n. 05-82265 del 29 giugno 2005.

[355] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *Previti c. Italia*, sentenza del 12 febbraio 2013, disponibile sulla rete interconnessa.

exécution de cet accord, était de nature à opérer un déplacement en avant dans le temps".

B) La corruzione di funzionari pubblici stranieri e di funzionari pubblici di organizzazioni internazionali pubbliche

L'art. 16 della Conv. corruzione disciplina il reato commesso dai pubblici ufficiali stranieri e dai funzionari delle organizzazioni internazionali stabilendo che:

"1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intention ally, the promise, offering or giving to a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties, in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business.

2. Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the solicitation or acceptance by a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties".

Come l'art. 15, anche questa disposizione distingue tra corruzione attiva e passiva. Tuttavia, mentre nel primo caso essa sancisce l'obbligo di sanzionare il corruttore (par. 1), nel secondo si limita a richiedere agli Stati parti di

considerare la possibilità di penalizzare il funzionario corrotto (par. 2).

Questa scelta viene giustificata alla luce di due fattori di cui si trova menzione nei lavori preparatori della Convenzione: da una parte, l'immunità di cui possano godere i funzionari pubblici stranieri o i funzionari delle organizzazioni pubbliche internazionali; dall'altra, il fatto che un obbligo più specifico in materia sia già stabilito dall'art. 15 della Convenzione, nella parte in cui si esige che gli Stati parti sanzionino la richiesta o l'accettazione di benefici non dovuti da parte dei funzionari pubblici stranieri.

Oltre il piano meramente tecnico su cui gli Stati hanno preferito giustificare la loro scelta, sembra invero che l'art. 16, se avesse stabilito l'obbligo di sanzionare la corruzione passiva del funzionario pubblico straniero o del funzionario dell'organizzazione internazionale, avrebbe potuto generare problemi sul piano politico, ampliando la giurisdizione nazionale oltre il principio di territorialità. Questa scelta è coerente anche sul piano delle giurisprudenze nazionali, dove non sono state rinvenute condanne di ufficiali pubblici stranieri o di ufficiali di organizzazioni internazionali per aver commesso il delitto di corruzione passiva.

Un'altra differenza significativa con l'art. 15 è il fatto che l'art. 16 richieda, tra le finalità perseguite dal corruttore, non solo quella volta ad ottenere il compimento di un atto o di un'attività[356], ma anche quella lucrativa, incentrata sull'ottenimento e il mantenimento di una transazione commerciale o di un altro indebito vantaggio,

[356] DE AMICIS, *Cooperazione Giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, 2007, p. 71.

riprendendo in questo modo il disposto normativo del già analizzato art. 2 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali.

Un particolare da rilevare sulla giustiziabilità dell'art. 16 è la difficoltà della sua applicazione, poiché il corrotto e il corruttore tendono a trovarsi in due Stati diversi e, di conseguenza, a vedersi applicate diverse giurisdizioni. Può accadere, quindi, che per lo stesso reato di corruzione i funzionari pubblici corrotti vengano assolti in alcuni Stati, mentre i corruttori vengano puniti in altri, oppure che entrambi i soggetti restino impuniti a causa delle difficoltà incontrate dalle autorità giudiziarie per raccogliere le prove necessarie a sanzionarli.

Un esempio su tutti è quello della Spagna, in merito a cui il Gruppo di lavoro sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali si è detto seriamente preoccupato, poiché "almost 13 years after the entry into force of Spain's foreign bribery offence, no individual or company has ever been prosecuted or sanctioned for this offence. At the time of this report, the Spanish foreign bribery offence has only given rise to seven [7] investigations, that had all been closed"[357].

Un altro esempio è quello del caso Alcatel, in cui erano coinvolti soggetti privati statunitensi e funzionari statali costaricani che sono stati giudicati nei loro rispettivi Paesi di appartenenza, con risultati contrastanti. Con

[357] WORKING GROUP ON BRIBERY IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS, *Phase 3 Report On Implementing The Oecd Anti-Bribery Convention In Spain*, 2012, p.15, disponibile sulla rete interconnessa.

sentenza resa il 24 settembre 2008[358], la *Southern District Court of Florida* ha condannato Christian Sapsizian, all'epoca dirigente dell'impresa Alcatel, per "conspiracy" finalizzata alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri. Secondo la Corte, è stato provato il pagamento di funzionari pubblici ed agenti statali costaricani per guadagnare l'aggiudicazione di un contratto da 419 milioni di dollari per l'installazione delle nuove linee telefoniche GSM in Costa Rica.

Riguardo allo stesso caso, invece, il *Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José*, mediante sentenza resa il 21 dicembre 2012[359], ha assolto la maggior parte dei funzionari pubblici implicati nel processo.

Ai sensi dell'art. 16, inoltre, deve essere inclusa tra le operazioni economiche internazionali la prestazione di assistenza internazionale[360], così da ricomprendere anche i funzionari delle organizzazioni internazionali pubbliche.

Tra i casi in cui l'art. 16 ha trovato applicazione a livello interno, è interessante notare che la fattispecie di associazione per delinquere finalizzata alla corruzione di funzionario pubblico straniero viene applicata quando il soggetto corruttore sia una persona giuridica o un suo

---

[358] *Southern District Court of Florida , United States v. Christian Sapsizian*, sentenza n. 78172-004 del 24 settembre 2008.

[359] *Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José*, risoluzione n. 2012-2550 del 21 dicembre 2012, fascicolo n. 04-006835-0647-PE (9).

[360] Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine, *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Corruption*, New York, 2010, nota interpretiva dell'articolo 16 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione.

dipendente decisi ad ottenere un beneficio inerente a una transazione internazionale.

Nel caso in cui, invece, si tratti di gruppi criminali organizzati la cui condotta corruttiva è finalizzata alla commissione di reati ben più gravi, come la tratta di persone, il traffico illecito di droga, il traffico illecito di migranti o, ancora, il traffico illecito di armi, non sono rinvenibili sentenze di condanna per i corruttori del pubblico ufficiale straniero.

Questo dato è interessante soprattutto per quanto riguarda la cooperazione tra gli Stati nella lotta alla criminalità organizzata e la maggiore rilevanza della corruzione internazionale negli illeciti finanziari rispetto ad altri delitti ben più gravi, da cui possono derivare serie violazioni dei diritti umani o gravi pregiudizi per l'affermazione dello stato di diritto.

In realtà, l'art. 16 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione rappresenta una grande opportunità di miglioramento e sviluppo della cooperazione tra gli Stati in ambito penale, soprattutto perché permetterebbe un'armonizzazione dell'applicazione delle regole di diritto interno dando un forte messaggio a quei gruppi criminali organizzati le cui attività sono coordinate a livello transnazionale e non hanno limiti di carattere politico né regole che delimitino la loro azione ai confini nazionali.

C) La penalizzazione delle condotte del pubblico ufficiale previste dall'art. 17

C.1) La malversazione e il peculato

L'art. 17 della Conv. Corruzione obbliga gli Stati a adottare "such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally, the embezzlement,

misappropriation or other diversion by a public official for hisor her benefit or for the benefit of another person or entity, of any property, public or private funds or securities or any other thing of value entrusted to the public official by virtue of his or her position".

Si tratta di delitti del pubblico ufficiale che approfitta della sua posizione per ottenere, per sé o per altri, un beneficio che non gli corrisponde, destinando beni materiali o in denaro dello Stato a fini diversi rispetto a quelli previamente stabiliti.

L'art. 17 fa riferimento al funzionario statale come unico autore di questo tipo di reati, non prevedendo obblighi specifici per la sanzione dei privati che ottengano un beneficio non dovuto dalla deviazione dei beni statali.

La mancata previsione del privato come soggetto sanzionabile deve essere considerata una lacuna della Convenzione, giacché nemmeno l'art. 22, che pure fa riferimento alla malversazione e al peculato nel settore privato, prevede la repressione della condotta dei privati che, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico beni materiali o in denaro, non li destinano alla realizzazione di opere o allo svolgimento di attività di pubblico interesse a cui sono predestinati.

Ciò che non è comprensibile è se tale lacuna sia stata voluta dagli Stati o se si tratti semplicemente di una "svista", poiché nei progetti presentati durante i lavoratori preparatori, sia l'art. 17 che l'art. 22 facevano espresso riferimento al privato come soggetto sanzionabile[361] e alla

[361] La proposta della Colombia prevedeva espressamente la sanzione della condotta criminale dei pubblici ufficiali e dei privati: "Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the use, misuse, misappropriation, diversion and embezzlement or fraudulent or negligent loss of state

gestione dei beni da parte del privato nel nome dell'interesse pubblico[362].

Sul piano del diritto interno, ciò non ha precluso che la penalizzazione del funzionario pubblico e quella del privato possano essere accomunate sotto la stessa norma penale. È questo il caso degli art. 354 e 356 del codice penale costaricano (peculato e malversazione) e dell'art. 435 del codice penale spagnolo (malversazione).

In entrambi gli esempi, i funzionari pubblici e i privati coinvolti possono essere giudicati per lo stesso reato, non essendoci differenza tra condotta attiva e condotta passiva già analizzata per il reato di corruzione. Nel giudizio *Caja-Fischel*, la *Corte Suprema de Justicia* del Costa Rica ha condannato con sentenza resa l'11 maggio 2011[363] l'ex-presidente della Repubblica costaricana Rafael Ángel Calderón Fournier e altri tre funzionari pubblici per peculato, per aver ricevuto

---

property by public officials or individuals". Doc. A/AC.261/IPM/14 del 20 novembre 2001.

[362] Durante i lavori preparatori, varie delegazioni avevano indicato che l'ambito di applicazione dell'art. 22 (nei documenti iniziali indicato come art. 32) avrebbe dovuto essere limitato, vincolandolo in qualche maniera all'interesse pubblico. Il riferimento a tale interesse era anche comparso nella proposta di un possibile art. 32 bis, il cui contenuto risulta contraddittorio se si analizzano i lavori preparatori in inglese, francese e spagnolo, lingue in cui è stata autenticata la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione ai sensi dell'art. 71. In particolare, mentre la proposta in spagnolo stabilisce che i beni, fondi o titoli deviati possono essere di natura sia privata che pubblica, il testo in inglese fa riferimento a "any property, private funds or securities" mentre quello in francese menziona "tous biens, […] tous fonds ou valeurs privés". Doc. A/AC.261/L.201, tra il 10 e il 21 marzo 2003.

[363] *Corte Suprema de Justicia* del Costa Rica , sentenza n. 2011-00499 dell'11 maggio 2005.

commissioni illegali dall'impresa Fischel per la compravendita di macchinari medici; oltre ai funzionari pubblici, la Corte ha condannato due dirigenti dell'impresa Fischel per aver commesso lo stesso delitto.

La stessa considerazione può essere svolta per il reato di malversazione. Con sentenza resa il 18 novembre 2013[364] sul caso "Minutas", la *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo spagnolo* ha condannato sei funzionari pubblici e quattro privati, tra cui l'ex-sindaco di Marbella, Julián Muñoz e l' avvocato e presidente del Sevilla Football Club, José María del Nido, per malversazione di fondi pubblici mediante la costituzione di un'associazione a delinquere per deviare illecitamente 2,86 milioni di dollari provenienti dall'*Ayuntamiento di Marbella*, pagando all'avvocato Del Nido 77 commissioni per consulenze giuridiche non necessarie.

C.2) L'appropriazione indebita

Tra le altre forme di deviazione di beni previste all'art. 17 è ricompresa anche l'appropriazione indebita. L'inclusione di questo tipo di reato si deve al fatto che gli ordinamenti interni dei ventisette Paesi di lingua spagnola partecipanti ai negoziati distinguano tra deviazione, malversazione e appropriazione indebita.

Si tratta di un reato contro il patrimonio e la proprietà, che è stato denominato a vario titolo negli ordinamenti interni come appropriazione indebita o abuso di confidenza.

Mentre, per esempio, l'art. 249 del codice penale colombiano definisce "abuso de confianza" il delitto di "[e]l que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de

[364] *Tribunal Supremo* spagnolo, sentenza n. 841 del 18 novembre 2013.

cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio"; l'art. 168 del codice penale brasiliano stabilisce che per "apropriação indébita" si intende l'atto di "[a]propriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção". Ancora, si possono citare l'art. 314-1 del codice penale francese, che definisce l'"abus de confiance" come "le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé"; e l'art. 646 del codice penale italiano, ai sensi del quale commette appropriazione indebita "[c]hiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso".

Problemi di interpretazione possono sorgere quando il reato di appropriazione indebita risulti aggravato dall'abuso di un rapporto di fiducia.

Il Tribunale Supremo Spagnolo e la Corte di Cassazione italiana sono arrivati a due soluzioni distinte.

Nel primo caso, infatti, il *Tribunal Supremo* Spagnolo ha dichiarato con sentenza resa il 6 ottobre 2006[365] che "[r]especto a la aplicación en un delito de apropiación indebida [...]la agravante común de abuso de confianza, constituye un dislate jurídico por lo que supone de ataque frontal al principio de *non bis in idem*, que [es] una de las concretas manifestaciones del principio de legalidad".

Nel secondo caso, invece, la Corte di Cassazione italiana ha stabilito con sentenza del 20 giugno 2013 che l'aggravante di abuso di prestazione d'opera (che

[365] *Tribunal Supremo* spagnolo, sentenza n. 925 del 6 ottobre 2006.

presuppone un rapporto di confidenza e fiducia[366]) debba essere tenuta in considerazione per il calcolo della pena di un delitto di associazione per delinquere finalizzata all'appropriazione indebita. Secondo la Corte infatti, poiché "[si è] accertato che G. e le sue società sono stati accreditati come segnalatori/intermediari presso Italease e in tale veste hanno fatturato le loro "prestazioni", correttamente è stata ritenuta la configurabilità della suddetta aggravante proprio perché le appropriazioni avvennero anche e soprattutto grazie alla qualifica di "segnalatore/intermediario" che legava il G. alla Italease, essendo del tutto irrilevante che tale qualifica fosse fittizia e cioè effettuata al solo fine di appropriarsi delle mediazioni non dovute".

Nonostante le differenze a livello interno, sembra accettabile la definizione degli elementi costitutivi del reato di appropriazione indebita stabilita dal *Tribunal Supremo* spagnolo con sentenza resa il 6 marzo 2012[367]: "a) una previa posesión, de lo que sea su objeto recibido, por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, b) un cambio de animus en el sustentador de la posesión, que de ser en concepto distinto al de dueño, reconociendo el dominio en otra persona, pasa a tener la intención de hacer propia la cosa que es de otro y c) un comportamiento material de apropiación por el ejercicio, de hecho, de facultades propias del dominio, ya sea gozando o disponiendo de la cosa como dueño".

In merito alla disposizione della cosa "como dueño", resterebbe da chiarire se la condotta di appropriazione consista non solo nell'annettere al proprio patrimonio il

[366] Corte di Cassazione, II sezione penale, sentenza n. 989 del 17 gennaio 2011.
[367] *Tribunal Supremo* spagnolo sentenza n. 171 del 6 marzo 2012.

denaro o la cosa mobile altrui, ma anche nel disporne arbitrariamente (*uti dominus*, appunto) in qualsiasi forma, così da farne derivare una perdita irreversibile per lo Stato.

Su questo punto, è opportuno fare riferimento a quanto stabilito nel caso Telecom Italia con sentenza resa il 3 maggio 2012[368] dalla Corte di Cassazione italiana, secondo cui "[non integra] il reato di appropriazione indebita la condotta concorsuale di dirigenti di una società per azioni e di terzi fornitori di servizi informativi e di security, svolti anche con modalità illecite, oggetto di commesse proposte in seno alla società dai dirigenti e liquidate ai terzi fornitori nel rispetto delle regole di contabilità e di spesa societarie[…]" poiché "è idonea ad integrare il reato di cui all'art. 646 c. p. soltanto un'appropriazione in senso stretto con immanenti esiti ablativi (appropriazione-espropriazione), corrispondente a una condotta uti dominus che violi il titolo del possesso-disponibilità, di guisa che il perseguimento dell'interesse sociale anche con mezzi costituenti reati non può realizzare, sotto i profili oggettivo e soggettivo, il reato punito da[ll'] art. 646 ".

C. 3) Le altre forme di deviazione e la distinzione tra le diverse fattispecie

In ultimo, l'art. 17 fa riferimento ad altre forme di deviazioni di beni. Tra di esse possono essere facilmente ricompresi anche i casi in cui vengano indebitamente deviati o percepiti fondi statali e la truffa ai danni dello Stato. Ai sensi di tale disposizione, infatti, "[e]ach State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when

[368]Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 16362 del 3 maggio 2012.

committed intentionally, the embezzlement, misappropriation or other diversion by a public official for his or her benefit or for the benefit of another person or entity, of any property, public or private funds or securities or any other thing of value entrusted to the public official by virtue of his or her position".

La distinzione tra i delitti di cui all'art. 17 non è sempre agevole e dipende da fatti e circostanze che devono essere analizzati in sede giurisdizionale, poiché mentre in un determinato caso potrebbe configurarsi un concorso di reati, in un altro potrebbe essere applicabile una sola fattispecie penale. Le giurisprudenze nazionali non sono sempre univoche su questo punto.

Per esempio, con sentenza resa il 31 ottobre 2013, la *Audiencia Provincial* di Alicante ha imposto otto anni di prigione per "malversación de caudales públicos", "continuado de fraude y extracciones ilegales", e "continuado de falsificación de documento público", a Paloma Amparo, una ex-responsabile dell'Agenzia tributaria che aveva organizzato e gestito una rete criminale familiare a capo di false attività economiche, ottenendo un rimborso dell'IVA pari a 1,2 milioni di euro dallo Stato spagnolo.

A differenza di quanto stabilito dall'*Audiencia Provincial* di Alicante, il *Tribunal Supremo* spagnolo, mediante la già citata sentenza del 18 novembre 2013[369] sul caso "Minutas", ha assolto tutti gli imputati dal reato di truffa, considerando che si tratti di un "delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos" que se halla […en él] embebido o consumido".

La Corte di Cassazione italiana, invece, ha chiarito con due diverse sentenze la differenza tra peculato e truffa

[369] *Supra*, nota 362.

aggravata e tra malversazione, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche.

Per quanto riguarda la prima distinzione, la Corte ha stabilito con sentenza resa il 10 febbraio 2006[370] che nel peculato il possesso della cosa è un antecedente della condotta e che gli artifici, i raggiri o la falsa documentazione eventualmente posti in essere non incidono sulla struttura della fattispecie incriminatrice, già perfetta, anche se servono a occultarla; nella truffa aggravata, invece, la condotta fraudolenta è predisposta al fine di consentire al soggetto agente di entrare in possesso della cosa, in vista della successiva condotta appropriativa.

Sulla seconda distinzione invece, la Corte di Cassazione ha dichiarato mediante sentenza del 26 settembre 2008[371] che mentre l'articolo 316 bis del codice penale è inteso a reprimere la distrazione dei contributi pubblici dalle finalità per le quali erano stati erogati e si riferisce necessariamente ai contributi connotati appunto da un tale vincolo di destinazione; all'articolo 316 *ter* e articolo 640 *bis* del codice penale, essendo entrambi destinati a reprimere la percezione di per se' indebita dei contributi, indipendentemente dalla loro successiva destinazione, sono applicabili anche a erogazioni non condizionate da particolari destinazioni funzionali". In particolare, secondo la Corte "la differenza tra le due ipotesi di reato (articolo 316 *ter* c.p. o articolo 640 *bis* c.p.) sta nella presenza o meno di artifici o raggiri, di modo che l'ambito di applicabilità dell'articolo 316 *ter* c.p. si riduce

[370] Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 5135 del 10 febbraio 2006.

[371] Corte di Cassazione, II Sezione Penale, sentenza n. 36975 del 26 settembre 2008.

così a situazioni del tutto marginali, come quelle del mero silenzio antidoveroso o di una condotta che non induca effettivamente in errore l'autore della disposizione patrimoniale, poiché' in taluni casi il procedimento di erogazione delle pubbliche sovvenzioni non presuppone, almeno in via provvisoria, l'effettivo accertamento da parte dell'erogatore dei presupposti del singolo contributo".

C.4) Le deviazioni dei fondi dell'Unione europea

Un argomento che negli ultimi anni ha destato l'attenzione delle istituzioni dell'Unione europea e di quelle dei suoi Stati membri è quello delle frodi commesse da soggetti pubblici e privati mediante la deviazione di fondi destinati allo sviluppo di determinati Paesi in altrettanto determinati settori economici.

L'Unione europea, infatti, sulla base del Regolamento 1083 del Consiglio dell'11 luglio 2006 recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999[372], fornisce finanziamenti e sovvenzioni per un'ampia gamma di progetti e programmi nei settori più diversi, attraverso due meccanismi: le sovvenzioni e gli appalti pubblici. Mentre le prime sono destinate a progetti specifici, i secondi sono diretti ad acquistare servizi, beni o opere. I beneficiari dei finanziamenti possono essere le organizzazioni non governative e della società civile, oppure imprese di svariati settori, tra cui l'agricoltura e la pesca.

In molte occasioni i fondi stanziati dall'Unione sono stati deviati da funzionari pubblici o da privati, fornendo

[372] Pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, n. L 210 31 luglio 2006.

dichiarazioni fraudolente sulla base delle quali le istituzioni europee hanno erroneamente accordato l'accesso a risorse economiche (previamente stanziate per lo sviluppo di un settore economico o di alcune aree geografiche) a soggetti che non ne avevano diritto.

Per far fronte a questi fenomeni, i Paesi membri dell'Unione hanno agito in due direzioni complementari: una di carattere procedurale, mediante la creazione di nuovi meccanismi e organi istituzionali per lo sviluppo della cooperazione in materia penale; e l'altra di carattere sostanziale, prevedendo la modificazione degli ordinamenti interni in conformità con le sopravvenute esigenze sanzionatorie.

Dal punto di vista procedurale, la Commissione Europea è stata protagonista di due importanti iniziative: da una parte, l'istituzione, con decisione 1999/352, dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (in seguito: OLAF); dall'altra, la proposta per la creazione della Procura Europea.

Tra le funzioni attribuite all'OLAF vi sono l'assistenza nell'elaborazione e attuazione della legislazione e delle strategie antifrode; l'individuazione di fatti gravi connessi all'esercizio di attività professionali da parte dei membri e del personale delle istituzioni e degli organi dell'UE che possano condurre a procedure disciplinari o penali; lo svolgimento di indagini sulle frodi, la corruzione e ogni altra forma di attività illecita.

A espletamento delle sue funzioni, l'OLAF presenta un rapporto annuale dei lavori svolti, indicando i numeri e le statistiche delle indagini sulle frodi perpetrate a danno dell'UE. Un dato interessante è il fatto che il 10% delle indagini condotte dall'OLAF riguardano casi di criminalità organizzata transfrontaliera e che tali casi rappresentano,

da soli, il 40% dell'impatto finanziario complessivo a danno degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Sulla base di questi dati, la Commissione Europea ha ritenuto che "[w]hereas tackling cross-border fraud cases would require closely coordinated and effective investigations and prosecutions at European level, the current levels of information exchange and coordination are not sufficient to achieve this, despite the intensified efforts of Union bodies, such as […] the European Anti-Fraud Office (OLAF). Coordination, cooperation and information exchange face numerous problems and limitations owing to a split of responsibilities between authorities belonging to diverse territorial and functional jurisdictions. Gaps in the judicial action to fight fraud occur daily at different levels and between different authorities and are a major impediment to the effective investigation and prosecution of offences affecting the Union's financial interests".

Per questi motivi, la Commissione ha presentato una proposta di regolamento che istituisce l'ufficio del Procuratore Europeo[373]. Tra le principali funzioni di questa istituzione vi sarebbero: la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea; la lotta alla frode; il miglioramento della fiducia delle imprese e dei cittadini

[373] Commissione europea, COM(2013)534 del 17 settembre 2013. In data 12 marzo 2014, il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione di supporto alla proposta della Commissione. Il testo sarà sottoposto al Consiglio che dovrà approvare l'atto all'unanimità. In caso contrario si dovrà procedere alla cooperazione rafforzata in linea con quanto previsto dall'articolo 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

verso le istituzioni europee e l'aumento dell'efficienza e dell'efficacia delle indagini e dell'azione penale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (art. 4), nel pieno rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 11).

Se la proposta della Commissione venisse approvata, il Procuratore europeo avrebbe gli stessi poteri di un procuratore nazionale "in respect of prosecution and bringing a case to judgement, in particular the power to present trial pleas, participate in evidence taking and exercise the available remedies" (art. 27, par, 1). In particolare, il Procuratore potrebbe presentare un caso "before the competent national court on with an indictment, or refer it back for further investigations"(art. 27, par. 2), raccogliendo le prove da presentare durante il processo e determinando la corte nazionale avente giurisdizione sulla base di determinati criteri (art. 27, par. 3 e 4).

Dal punto di vista sostanziale, invece, vanno rilevate due azioni importanti: da una parte, la proposta di una direttiva europea sulle norme penali comuni contro la frode; dall'altra l'avvenuta modificazione di alcuni ordinamenti interni mediante l'introduzione di nuove norme penali o l'adattamento delle norme già esistenti.

Nel primo caso, la Commissione europea ha avanzato una proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale[374].

L'art. 3 di tale Direttiva richiede agli Stati membri di sanzionare la frode, la cui definizione viene fornita

[374] Commissione europea, COM(2012) 363 dell'11 luglio 2012.

operando una distinzione tra spese (art. 3, lett. *a)*) ed entrate (art. 3, lett. *b)*) fraudolente.

Per quanto riguarda le spese fraudolente, la sanzione ricadrebbe sulle azioni o omissioni relative all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti; alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, oppure alla distrazione delle spese o passività per fini diversi da quelli per cui erano state autorizzate, cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto.

Nel caso delle entrate fraudolente, invece, le condotte sanzionabili sarebbero le azioni o le omissioni relative all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti; alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, oppure alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio dell'Unione o dei bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto.

Oltre alla frode in generale, la proposta di direttiva richiede agli Stati membri di sanzionare le condotte ad essa connesse, tra cui: le azioni od omissioni volte ad aggirare o distorcere l'applicazione dei criteri di ammissibilità, esclusione, selezione o concessione nell'aggiudicazione di un appalto pubblico o la concessione di una sovvenzione; il riciclaggio; la corruzione attiva e passiva e la ritenzione illecita, intesa come l'azione intenzionale del funzionario pubblico di impegnare o erogare fondi o di appropriarsi di beni o utilizzarli, per uno scopo diverso da quello per essi previsto (art. 4).

Per quanto riguarda i reati di corruzione passiva e di ritenzione illecita, è stata inclusa una definizione di funzionario pubblico nuova rispetto a quella stabilita dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, che comprende oltre a tutti coloro che ricoprono un incarico formale perché nominati, eletti o impiegati in base a contratto, anche coloro che, pur non ricoprendo un incarico formale, forniscono ai cittadini o nell'interesse pubblico servizi dello Stato o di altre autorità pubbliche, come i contraenti coinvolti nella gestione dei fondi dell'Unione europea.

In un caso riguardante le quote latte, il Tribunale di Milano ha dichiarato con sentenza resa il 29 dicembre 2011[375] che "riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio il soggetto al quale sono attribuiti gli obblighi di trattenuta e versamento del prelievo supplementare ai sensi del decreto-legge 28 marzo 2003, n. 49, convertito in legge 30 maggio 2003, n. 119 (il c.d. primo acquirente), attesa la natura pubblicistica delle finalità perseguite con l'istituzione di tale figura e considerata la natura pubblica (per destinazione) delle risorse finanziarie che il primo acquirente è chiamato a gestire".

In attesa di una normativa comune, "gli Stati membri hanno adottato disposizioni divergenti che spesso portano a livelli non uniformi di tutela nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali. Questo stato di cose mostra che non vi è una tutela equivalente degli interessi finanziari dell'Unione e che le misure contro la frode non hanno raggiunto il necessario livello di deterrenza"[376].

Così per esempio, l'art. 309 del codice penale spagnolo sanziona "[é]l que obtenga indebidamente fondos

[375] Tribunale di Milano, sentenza n. 10659 del 29 dicembre 2011.
[376] *Ibidem.*

de los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta[...]falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido", ma solo quando i fondi indebitamente ottenuti siano "en cuantía superior a cincuenta mil euros".

In Francia, invece, la quantità di denaro deviata non rappresenta un elemento costitutivo del delitto, che, oltretutto, non è univocamente tipificato nel codice penale. Il Ministero della Giustizia ha stabilito che "[l]es principales incriminations susceptibles d'être utilisées en matière de fraudes communautaires sont : [l']escroquerie (article 313-1), [l']abus de confiance (article 314-1), et le faux et usage de faux (article 441-1)" : la prima fattispecie si riferisce a "des manouvres frauduleuses sont employées pour bénéficier indûment de fonds communautaires, qu'il s'agisse d'aides agricoles ou de fonds structurels"; la seconda "[aux] détournements de fonds qui devaient être utilisés à un usage déterminé, par exemple des restitutions versées sous conditions d'exportation vers un pays tiers à l'Union européenne" e la terza a "les utilisations de faux documents pour obtenir un régime préférentiel (absence de droits de douane ou droits réduits) à l'occasion d'opérations d'importation constituent ces délits"[377].

In Portogallo, la disciplina penale per la deviazione di sovvenzioni e sussidi non è stabilita dal codice penale, ma integrata mediante decreto legislativo n. 28 del 20 gennaio 1984, i cui art. art. 36[378] e 37[379], disciplinano la

[377] *Bulletin officiel du Ministère de la Justice n° 88* (1° ottobre-31 dicembre 2002)

[378] Art. 36, par. 1. "Quem obtiver subsídio ou subvenção: a) Fornecendo às autoridades ou entidades competentes informações inexactas ou incompletas sobre si ou terceiros e relativas a factos importantes para a concessão do subsídio ou subvenção; b) Omitindo, contra o disposto no regime legal da subvenção ou do

“fraude na obtenção de subsídio ou subvenção“ e il “desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado”, integrando la disciplina (inadatta) del reato di “burla” prevista agli art. 217-222 del codice penale.

In Germania, gli art. 263[380] e 264[381] del codice penale sanzionano la frode e la frode nei sussidi, mentre in Italia

---

subsídio, informações sobre factos importantes para a sua concessão; c) Utilizando documento justificativo do direito à subvenção ou subsídio ou de factos importantes para a sua concessão, obtido através de informações inexactas ou incompletas; será punido com prisão de 1 a 5 anos e multa de 50 a 150 dias”.

[379] Art. 37, par. 1. Quem utilizar prestações obtidas a título de subvenção ou subsídio para fins diferentes daqueles a que legalmente se destinam será punido com prisão até 2 anos ou multa não inferior a 100 dias.

[380] Art. 263 StgB. “(1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1. gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat, 2. einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt oder in der Absicht handelt, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen,3.eine andere Person in wirtschaftliche Not bringt, 4.seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht oder 5. einen Versicherungsfall vortäuscht, nachdem er oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat. (4) § 243 Abs. 2 sowie die §§

la disciplina penale è dettata dagli art. 316 ter[382], 640[383] e 640 bis[384], che rispettivamente prevedono l'indebita

247 und 248a gelten entsprechend. (5) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer den Betrug als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 verbunden hat, gewerbsmäßig begeht. (6) Das Gericht kann Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs. 1). (7) Die §§ 43a und 73d sind anzuwenden, wenn der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 verbunden hat. § 73d ist auch dann anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt".

[381] L'art. 264 StGB sanziona la condotta di chi "1) einer für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde oder einer anderen in das Subventionsverfahren eingeschalteten Stelle oder Person (Subventionsgeber) über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind; 2) einen Gegenstand oder eine Geldleistung, deren Verwendung durch Rechtsvorschriften oder durch den Subventionsgeber im Hinblick auf eine Subvention beschränkt ist, entgegen der Verwendungsbeschränkung verwendet; 3) den Subventionsgeber entgegen den Rechtsvorschriften über die Subventionsvergabe über subventionserhebliche Tatsachen in Unkenntnis läßt oder; 4) in einem Subventionsverfahren eine durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangte Bescheinigung über eine Subventionsberechtigung oder über subventionserhebliche Tatsachen gebraucht".

[382] Art. 364. "Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640-*bis*, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti

percezione di erogazioni a danno dello Stato [e dell'Unione Europea] e la truffa in forma semplice e aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche.

Le legislazioni nazionali sono state applicate ai casi più disparati, dalle frodi per le sovvenzioni concesse per il sostegno alla produzione di olio d'oliva, del vino e del latte, ai finanziamenti per la riqualificazione di zone rurali, alla realizzazione di software specifici o di corsi di formazione[385]. Un dato interessante è il fatto che secondo i rapporti dell'OLAF del 2010 e del 2012, tra i Paesi dell'Unione Europea in cui sono state segnalate più frodi vi siano la Bulgaria, la Germania e l'Italia, cui spetta il primato assoluto.

Con sentenza resa l'8 giugno 2013 il giudice per l'udienza preliminare di Bari ha condannato tre imprenditori a 5 anni e 10 mesi di reclusione per associazione a delinquere finalizzata alla truffa ai danni dell'Unione Europea, per aver costituito società

---

pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni".

[383] Art. 640. "Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032".

[384] Art. 640 *bis*. "La pena è della reclusione da uno a sei anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee".

[385] Il dato è interessante se si considera la migrazione della popolazione del sud Italia in Germania e la costituzione di numerosi clan della 'ndrangheta calabrese in Germania. Su questo punto cfr. TIZIAN, TONACCI, *Duisburg, Province of Reggio Calabria. The 'Ndrangheta Finds a Second Home*, in *Repubblica*, 2012.

vitivinicole fittizie mediante le quali pagavano fatture maggiorate dell'Iva, abbattendo fortemente i ricavi e registrando acquisti di mosto sui quali lucravano i contributi comunitari non dovuti.

Ancora, con sentenza resa il 21 luglio 2010[386], il Tribunale Penale di Trani ha condannato dodici imputati chiamati a rispondere dei reati di associazione a delinquere, falso, truffa aggravata ai danni della Comunità Europea e frode fiscale. Sulla base di questa decisione, con sentenza del 25 marzo 2014[387] la Corte dei Conti ha condannato uno dei pregiudicati al pagamento in favore del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali della somma di 168.193,02 euro, evidenziando che "si è assistito ad un preciso disegno criminoso perpetrato dal convenuto, diretto a locupletare indebitamente risorse finanziarie a fronte di quantitativi di olio mai prodotti [creando] una situazione fittizia per poter accedere a finanziamenti altrimenti non dovuti, [e cagionando] un evidente danno patrimoniale, [mediante la distrazione di] somme di denaro pubblico dalla naturale destinazione alla quale le stesse erano finalizzate"[388].

---

[386] Tribunale penale di Trani, sentenza n. 225 del 21 luglio 2010.

[387] Corte dei conti, sentenza n. 288 del 25 marzo 2014.

[388] Non è andata liscia come l'olio nemmeno all'Associazione nazionale frantoiani d'Italia, il cui ricorso avverso il provvedimento dell'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA) di sospensione dei procedimenti di erogazione dei finanziamenti europei per un importo di 1.056.472,84 euro è stato respinto dal Tar Lazio con sentenza 7011/2011, evidenziando come l'Associazione abbia falsamente attestato sia i dati relativi alla base associativa che l'esistenza di vincoli associativi con altri frantoi coinvolti nell'attività di monitoraggio ma a loro insaputa, oltre a riscontrare irregolarità in relazione all'effettiva lavorazione posta in essere dai frantoi rispetto a quanto dichiarato dall'Associazione Frantoiani. Cfr. Procura regionale della Corte dei conti per il Lazio,

Ai fini dell'attribuzione del finanziamento, ci sarebbe da chiedersi se costituisca reato di deviazione dei fondi europei la concessione degli stessi a una regione di uno Stato membro non previamente elencata tra le aree geografiche candidate a riceverli.

Per risolvere la questione pregiudiziale nel caso Grande Área Metropolitana do Porto (GAMP) c. Comissão Diretiva do Programa Operacional Potencial Humano, Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito con sentenza resa il 19 dicembre 2012[389] che "As disposições do direito primário da União relativas à coesão económica, social e territorial e o Regulamento (CE) n. o 1083/2006 do Conselho, de 11 de julho de 2006, que estabelece disposições gerais sobre o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, o Fundo Social Europeu e o Fundo de Coesão, e que revoga o Regulamento (CE) n. o 1260/1999, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que um investimento cofinanciado pela União Europeia seja implementado a partir de uma localidade situada fora das regiões elegíveis e por um operador instalado nessa localidade, na condição de esse investimento se destinar, de forma específica e identificável, às regiões elegíveis".

Adunanza per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2014. Intervento orale del procuratore regionale dr. Angelo Raffaele de Dominicis, Roma, 19 febbraio 2014, disponibile sulla rete interconnessa.

[389] Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-579/11, sentenza del 19 dicembre 2012, lingua processuale: portoghese.

D) Il traffico di influenze

L'art. 18 della Conv. corruzione si riferisce al traffico di influenze. Si tratta di un delitto che, al momento dell'adozione della Convenzione, era previsto negli ordinamenti interni di alcuni Stati partecipanti ai negoziati, ma non in tutti. Per questo motivo, varie delegazioni avevano espresso seri dubbi sull'opportunità di includere il traffico di influenze nel dispositivo convenzionale, mentre altre avevano evidenziato l'eterogeneità del concetto e la conseguente necessità di esaminarlo minuziosamente ai fini della sua redazione definitiva[390]. La diversità di vedute portò alla formulazione di una norma che non prevede l'obbligo per gli Stati parti alla Convenzione di adottare misure penali contro il traffico di influenze, ma semplicemente la possibilità di considerare tale evenienza.

A differenza dell'art. 18 della Conv. corruzione, l'art.12 della Convenzione penale contro la corruzione del Consiglio d'Europa, pure riguardante il traffico di influenze illecite, prevede l'obbligo (non la possibilità) per gli Stati parti di introdurre il traffico di influenze illecite nei loro ordinamenti interni. Un dato interessante è il fatto che al momento di ratificare la Convenzione del Consiglio d'Europa, una quantità rilevante di Stati tra cui la Svezia, la Finlandia, la Danimarca, l'Olanda, il Belgio, il Regno Unito, la Francia e l'Italia abbiano presentato riserve proprio sull'articolo 12, dichiarando, in tutto o in parte, l'impossibilità di introdurre negli ordinamenti penali nazionali il delitto in esame.

Come per lo schema adottato per definire la corruzione[391], l'art. 18 distingue tra il traffico di influenze attivo (lett. *a)*) e passivo (lett. *b)*).

---

[390] Doc. A/AC.261/IPM/10 del 12 novembre 2001.

[391] *Supra*, par. 4.1.2 A).

Nel primo caso viene sanzionata "[t]he promise, offering or giving to a public official or any other person", mentre nel secondo si penalizza "[t]he solitation or acceptance by a public official or any other person" di un benefico indebito. Le condotte penalmente rilevanti devono essere commesse "in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person".

Si tratta di una disposizione normativa molto ampia diretta a disciplinare fenomeni che, non rientrando nelle fattispecie tipiche della corruzione, possono restare penalmente leciti, pur essendo avvertiti come impregnati di altissimo disvalore sociale.

Si pensi al fenomeno delle "*lobbies*" (gruppi di pressione) e al "rischio di distorsioni della funzione amministrativa nei casi in cui il pubblico ufficiale sia destinatario di pressioni da parte di gruppi o personaggi influenti che, in forza della loro posizione dominante, riescono a piegare la sua azione al soddisfacimento di interessi privati"[392]; o al caso inverso in cui il funzionario pubblico, conoscendo il potere economico di cui le *lobbies* dispongono, cerchi di contattarle attraverso intermediari, proponendo loro uno scambio di prestazioni illecite e indebiti vantaggi.

È questo il caso che ha visto coinvolto il Commissario europeo per i diritti del consumatore e la tutela della salute, John Dalli, che il 16 ottobre 2012 si è dimesso dopo l'accusa ricevuta dall'Ufficio europeo per la

[392] PRETE, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, disponibile sulla rete interconnessa.

lotta anti-frode (OLAF) di traffico di influenze. L'avvocato maltese e collaboratore di Dalli, Silvio Zammit, sarebbe stato intermediario tra il Commissario e la società svedese Swedish Match, in joint venture con la Philip Morris, per rendere meno restrittiva la nuova legislazione europea sul tabacco e permettere alla società di introdurre in Europa il tabacco da masticare in cambio di una tangente di 60 milioni di euro[393].

Più in generale, è riconducibile al reato di traffico di influenze illecite la condotta di chi, non riuscendo ad avere un contatto diretto con il funzionario pubblico, si rivolge a qualcuno in grado di intercedere, remunerandolo in un secondo momento per la prestazione resa in suo favore.

---

[393] A proposito, il Segretario Generale dell'OLAF Kessler ha dichiarato: "Alla fine di un investigazione molto precisa, molto dettagliata e molto approfondita, abbiamo la certezza evidente che ci sono state queste richieste illecite di somme di denaro per cambiare decisioni della commissione e che c'è stata una illegale spendita del nome del commissario. Su questo vi è certezza assoluta. Ci sono indizi gravi, convergenti, inequivoci per dire che il Commissario ne fosse almeno a conoscenza. Voglio anche aggiungere che questo è stato dal punto di vista investigativo e dal punto di vista dell'Olaf un caso esemplare, dove si è visto chiaramente come il sistema investigativo funziona. Il sistema reattivo della commissione, delle istituzioni funziona. Non solo delle istituzioni. La parte interessata, il privato, che aveva stabilito un iniziale del tutto legittimo rapporto di lobbying con la commissione a un certo punto ha visto questo rapporto inquinato da una richiesta di denaro che non era il compenso per l'attività di lobbying. Ma una molto consistente somma di denaro per cambiare la decisione. Quanto il privato ha visto questo normale rapporto di lobbying [contaminato] dall' esterno da un attività illecita, lo ha riportato alla commissione correttamente, esemplarmente, in maniera assolutamente neutra; ha riportato dei fatti, fatti poi assolutamente confermati. Anzi poi abbiamo trovato altri fatti e prove.", *Teoria e tecniche del lobbying*, in docenti.luiss.it

Oltre ai gruppi di pressione, si pensi alla più semplice condotta dei "faccendieri" che si adoperano per l'aggiudicazione di lavori pubblici, l'erogazione di sovvenzioni o contributi pubblici, o per la ricerca di un posto di lavoro in cambio di una retribuzione[394].

Trattandosi di una fattispecie molto ampia, è opportuno cercare di tracciarne i confini così da inquadrarla nel più ampio contesto convenzionale e analizzare la forma in cui sia stata adattata agli ordinamenti interni.

Gli elementi costitutivi del delitto stabilito all'art. 18 sono: il rapporto tra due soggetti trafficanti di influenze illecite tra cui un compratore d'influenze e un intermediario; l'influenza, effettiva o presunta, dell'intermediario sull'autorità pubblica; la finalità di ottenere un beneficio indebito abusando di tale influenza; il beneficio indebito (promesso, offerto, concesso, richiesto o accettato) da corrispondere all'intermediario.

L'analisi dei singoli elementi costitutivi del reato permette una riflessione sulle relazioni che intercorrono tra il reato in esame, il più generale delitto di corruzione e altri delitti connessi.

I soggetti coinvolti sono ancora una volta privati o pubblici ufficiali che danno o promettono (il compratore di influenze) e ricevono o richiedono (l'intermediario privato o il pubblico ufficiale nella funzione di intermediario) un beneficio indebito per esercitare un'influenza su una pubblica amministrazione. Lo schema è quindi generalmente formato da tre persone o gruppi di persone: due soggetti attivi e uno passivo (su cui può essere esercitata un'influenza illecita). Tuttavia, non mancano

[394] PRETE, *op. cit.*, p. 2.

casi in cui gli ordinamenti interni abbiano disposto diversamente.

L'art. 411A del codice penale colombiano, per esempio, elimina la figura dell'intermediario, sanzionando la condotta di "[e]l particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico".

A differenza dell'ordinamento colombiano, quello italiano ha categoricamente escluso la possibilità che il reato possa essere commesso solo dal compratore di influenze e dal responsabile della pubblica amministrazione, chiarendo in più occasioni che "il delitto […] di cui all'art. 346 *bis* c.p. […] non è ipotizzabile quando sia già stato accertato un rapporto […] paritario tra il pubblico ufficiale ed il soggetto privato"[395].

In alcuni ordinamenti, come quello peruviano, si è addirittura sottolineata la rilevanza dell'intermediario e della sua capacità d'influenza ai fini della commissione del delitto in esame. Il *Tribunal constitucional* del Perù, con sentenza resa il 3 maggio 2012[396] ha stabilito che "queda claro para este Tribunal que detrás de la persecución penal de los actos de tráfico de influencias descansa el fin de evitar un atentado contra el buen funcionamiento de la administración pública, y que esta protección se persigue a través de la represión de actos de personas que busquen influir negativamente en el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos". Per questo motivo,

[395] Corte di Cassazione., VI sezione penale, sentenza n. 29789 dell'11 luglio 2013; Corte di Cassazione, V sezione penale, sentenza n. 11808 del 11 febbraio 2013.

[396] *Tribunal Constitucional* del Perù, fascicolo n. 00017-2011-PI/TC, sentenza del 3 maggio 2012.

secondo il Tribunal constitucional peruviano "la disposición [sobre tráfico de influencias] no está dirigida a reprimir en concreto actos irregulares cometidos por el propio funcionario sino que se dirige a la conducta de un tercero que, teniendo influencia sobre aquél, promete interceder en beneficio de los intereses de particulares".

L'influenza esercitata può essere reale o presunta. Questa previsione è interessante soprattutto se comparata con quanto previsto in altri strumenti internazionali e negli ordinamenti interni.

Sul piano del diritto internazionale, gli strumenti regionali di lotta alla corruzione pure prevedono norme specifiche per la lotta al traffico di influenze illecite. Sia il già considerato art. 12 della Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione, che l'art. 4, lett. *f)*, della Convenzione dell'Unione africana per la prevenzione e la lotta alla corruzione fanno riferimento a qualsiasi persona "who asserts or confirms" di essere capace di esercitare un'influenza illecita, emulando quanto previsto dall'art. 18 della Conv. corruzione, che si riferisce a una "real or supposed influence". A differenza di queste disposizioni, invece, l'art. XI, lett. *c)* della Convenzione interamericana contro la corruzione non fa riferimento all'influenza ma a "[t]oda acción u omisión efectuada por cualquier persona", identificando così una prima importante differenza rispetto agli strumenti precedenti e cioè il fatto che la capacità d'influenza sulla pubblica amministrazione debba essere esclusivamente "reale".

La differenza tra la capacità di influenza reale o simulata è presente anche negli ordinamenti interni ed è stata oggetto della giurisprudenza di tribunali di legittimità e costituzionali che sono dovuti intervenire in diverse occasioni per chiarire la portata di questo elemento costitutivo del reato.

In Italia, per esempio, il delitto di traffico di influenze illecite *ex* art. 346 *bis* del codice penale è stato introdotto con la recente legge n. 190/2012. Prima di questa riforma legislativa, il fenomeno non era disciplinato, anche se la Corte di Cassazione italiana si era adoperata più volte per estendere l'ambito di applicazione del millantato credito ben al di là dei limiti imposti dalla lettera dell'art. 346 del codice penale, interpretando la nozione di "millanteria" oltre i concetti di falsità, esagerazione e veridicità, ricollegabili al fatto di "vantare esageratamente, anche proprietà o qualità che non si possiedono" e considerando del tutto ininfluente – ai fini dell'integrazione della fattispecie – la circostanza che la vanteria fosse o meno infondata, per configurare il reato anche qualora le relazioni millantate esistessero effettivamente e fosse provata la loro efficacia presso il pubblico ufficiale[397].

In seguito alla riforma, il problema interpretativo è stato risolto: mentre per il millantato credito continuano a sussistere i presupposti dell'inganno e dell'imbroglio, per la configurazione della nuova fattispecie del traffico di influenze illecito ex art. 346 bis si richiede che le relazioni tra il pubblico ufficiale e l'intermediario (e di conseguenza la capacità d'influenza di quest'ultimo sul pubblico ufficiale) siano "esistenti". Nel primo caso, quindi, la giurisprudenza riconosce alla pubblica amministrazione la veste di persona offesa a causa della lesione del suo prestigio e al privato che abbia versato denaro al

[397] MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 2.

millantatore, quella di danneggiato[398]. Nel traffico di influenze, invece, entrambi - privato e intermediario - sono soggetti attivi del reato e la pubblica amministrazione è l'unica tutelata in quanto persona offesa esposta al rischio di condizionamenti da parte dei "trafficanti"[399].

La qualità reale o simulata dell'influenza esercitata dal mediatore è stata oggetto di riforma anche nel sistema interno peruviano, ma in modo riduttivo rispetto all'intervento additivo del legislatore italiano.

Mentre, infatti, l'antica formulazione dell'art. 400 del codice penale peruviano sanzionava la condotta di chi ricevesse un beneficio indebito invocando "influencias reales o simuladas […] con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público", l'attuale disposizione fa riferimento unicamente al "ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público".

Questa modificazione è stata oggetto della giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* peruviano, al quale, sulla base di quanto previsto dall'art. 18 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, è stato chiesto di emettere "una sentencia interpretativa-manipulativa reductora suprimiendo la palabra "real" a fin de descartar cualquier interpretación del citado dispositivo en el sentido de entender que la influencia que alega el sujeto activo tenga que ser necesariamente real y no aparente"[400]. Sulla questione, il *Tribunal Constitucional* si

---

[398] Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 17642 del 19 febbraio 2003 ; Corte di Cassazione, VI sezione penale, ord. n. 10662 del 3 dicembre 2002.

[399] PRETE, *op. cit.*, p. 4.

[400] *Tribunal Constitucional* del Perù, fascicolo n. 00017-2011-PI/TC, sentenza del 3 maggio 2012.

è espresso con sentenza resa il 3 maggio 2012[401], adducendo che non era possibile un intervento "manipulador reductivo" per il fatto che l'art. 18 della Convenzione prevede la possibilità, e non l'obbligo, per gli Stati parte, di penalizzare l'intermediario quando dichiari una simulata (e non effettiva) capacità di influenza su un'amministrazione pubblica, aggiungendo, comunque, che un intervento di questo tipo era auspicabile da parte del legislatore nell'esercizio della discrezionalità legislativa che gli è concessa.

L'effettività della capacità d'influenza è il criterio utilizzato anche dal codice penale spagnolo, il cui art. 429 è stato oggetto della giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, che con sentenza resa il 3 maggio 2012[402] ha dichiarato che per configurarsi la fattispecie del traffico di influenze illegittime è necessaria "la influencia entendida como presión moral eficiente derivada de la situación prevalente de quien la ejecuta".

Un altro elemento costitutivo del reato è la finalità di ottenere un beneficio indebito abusando dell'influenza. È importante chiarire che si tratta della "finalità di ottenere" e non già dell'"ottenimento" di un beneficio indebito, che mutatis mutandis si traduce nel mancato esercizio della capacità d'influenza da parte dell'intermediario.

Il disposto normativo dell'art. 18 della Convenzione, infatti, è chiaro nello stabilire che, pur essendo un delitto connesso con il più generale reato di corruzione, il traffico di influenze si distingue da questo per il fatto di incriminare condotte strumentali alla realizzazione di futuri accordi illeciti, in un'ottica di anticipazione della

[401] *Ibidem.*
[402] *Tribunal Supremo* spagnolo, sentenza n. 300 del 3 maggio 2012.

tutela rispetto a quella realizzata mediante la sanzione della corruzione.

Con sentenza resa l'11 luglio 2013[403], la Corte di Cassazione italiana ha dichiarato che il traffico di influenze illecite "è fattispecie che punisce un comportamento propedeutico alla commissione di una eventuale corruzione".

Dello stesso avviso è stato il Tribunal Constitucional peruviano nella già citata sentenza resa il 3 maggio 2012[404], dichiarando che "desde el derecho penal se ha entendido que la tipificación penal de actos de tráfico de influencias supone una suerte de adelantamiento de la persecución penal hasta un momento previo a la posible comisión de actos de corrupción, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función jurisdiccional o administrativa".

Anche il Tribunale supremo spagnolo si è espresso in questo senso, pur adattandosi alle particolari disposizioni del codice penale nazionale. Secondo l'art. 429 infatti, l'influenza dell'intermediario sulla pubblica amministrazione non deve essere esercitata per ottenere un beneficio economico diretto, ma "para conseguir una resolución que [..] pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico".

In questo caso, la finalità primaria del traffico di influenze illecite riguarda dunque una "risoluzione" da parte di un'autorità amministrativa (favorevole all'ottenimento di un beneficio economico). Ai fini dell'applicazione dell'art. 429, si rende pertanto necessario chiarire la portata di tale concetto per distinguerlo dal più

[403] Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 29789 dell'11 luglio 2013.
[404] *Supra*, nota 401.

ampio “atto contrario ai doveri d’ufficio” proprio del reato di corruzione, rispetto a cui, va ricordato, il traffico di influenze illecite si pone in posizione di strumentalità.

Con sentenza resa il 3 maggio 2012[405], il *Tribunal supremo* spagnolo ha chiarito che si intende “por resolución todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados o a la colectividad en general, y que resuelve sobre un asunto con eficacia ejecutiva”. e che “[l]a restricción incluida en este tipo delictivo por el legislador se pone de relieve comparándolo con el art 419 que tipifica el delito de cohecho, en el capítulo inmediatamente anterior. Así como en el delito de tráfico de influencias [...] se utiliza la expresión resolución, como objetivo perseguido por la influencia, en el delito de cohecho se utiliza una expresión mucho más amplia pues la dádiva o favor integra el tipo de cohecho cuando va dirigida a que la autoridad o funcionario realice en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o a que no realice o retrase injustificadamente el que debiera practicar. Es claro que si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar”.

Ciò che è escluso dagli elementi costitutivi del reato è dunque l’effettiva mediazione illecita. essendo irrilevante, ai fini della consumazione del reato, che il terzo si adoperi effettivamente presso l’amministrazione

[405] *Supra*, nota 402.

pubblica, poiché, se lo facesse, realizzerebbe un fatto corruttivo, autonomamente punito.

Il traffico illecito di influenze è quindi penalmente rilevante solo quando si trasforma in mercimonio della posizione, quale che sia la ragione per la quale l'intermediario è in grado di esercitare influenza sulla pubblica amministrazione e chiunque egli sia.

Nonostante la chiarezza della regola generale, e cioè la strumentalità del traffico di influenze illecite rispetto alla corruzione, è evidente che l'applicazione di questa fattispecie deve fare i conti con realtà giuridico-nazionali diverse tra loro, seppur limitatamente ad alcuni dettagli di tecnica legislativa. Ciononostante, è opportuno ricordare che nella lotta alla criminalità organizzata, l'armonizzazione normativa è molto importante al fine di armonizzare le regole applicabili e risolvere il più possibile le differenze legislative che possono causare problemi nell'applicazione delle disposizioni in un Paese e in un altro. Nel caso del traffico di influenze illecite, ciò si rende ancora più necessario trattandosi di una fattispecie che non faceva inizialmente parte degli ordinamenti interni di molti Stati partecipanti ai negoziati della Conv. corruzione.

E) L'abuso delle funzioni

L'art. 18 della Conv. corruzione richiede agli Stati di sanzionare l'abuso delle funzioni, inteso come "the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity".

Questa fattispecie è disciplinata in diversi ordinamenti interni con diverse denominazioni, come per esempio "abus d'autorité" nel codice penale francese (art. 432-1), "ejercicio indebido de servicio público" e "abuso

de autoridad" nel codice penale messicano (art. 214 e 215), "abuse of office" nell'ordinamento nordamericano, "prevaricação" nel codice penale brasiliano (art. 319) e abuso d'ufficio nel codice penale italiano (art. 323).

Si tratta di un reato molto comune tra i funzionari pubblici, spesso utilizzato per favorire associazioni criminali e incrementare il patrimonio personale e quello di altri privati a danno delle istituzioni pubbliche.

Con sentenza resa il 21 settembre 2011[406] sul caso "*Why not*", la Corte di Cassazione italiana ha annullato con rinvio la sentenza con la quale il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Catanzaro aveva stabilito che non potesse configurarsi l'associazione a delinquere tra i funzionari pubblici che hanno commesso un abuso d'ufficio e i rappresentanti delle società facenti capo all'imprenditore Saladino o ai suoi collaboratori. Secondo la Cassazione, infatti, l'azione del Saladino e dei suoi collaboratori poteva avvenire solo grazie alla collaborazione dei dirigenti pubblici, per dimostrare la quale erano stati apportati diversi elementi di prova tra cui: i privilegiati rapporti di Saladino con esponenti politici calabresi sin dal 1999 e la fornitura alla Regione di 490 lavoratori interinali raccomandati da esponenti politici di diversi schieramenti; le vicende relative all'approvazione della legge regionale n. 23 del 2002 sull'esternalizzazione dei servizi, approvata proprio per stabilizzare i 490 lavoratori interinali; il trasversalismo politico di Saladino; il numero elevato di progetti affidati alle sue società e l'assenza dei controlli sulla regolare esecuzione dei progetti e sui risultati conseguiti.

[406] Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 1257 del 21 settembre 2011.

Secondo quanto riportato dalla nota interpretativa all'art. 19 della Convenzione, "this article may encompass various types of conduct, such as improper disclosure by a public official of classified or privileged information"[407]. Questa specificazione è di fondamentale importanza se connessa con i reati perpetrati dai criminali organizzati, che in molti casi si avvalgono dell'informazione a disposizione delle autorità pubbliche per commettere crimini, evitare di essere colti in flagranza di reato e scegliere rotte non controllate per il commercio illecito di sostanze o beni proibiti.

Con sentenza resa il 22 gennaio 2011[408], la Corte di Cassazione italiana ha confermato la condanna emessa dalla Corte d'appello di Palermo a 7 anni di reclusione per Salvatore Cuffaro, ex governatore della Regione Sicilia dichiarato responsabile dei reati di rivelazione di segreto d'ufficio e favoreggiamento personale, con l'aggravante di aver favorito l'intera organizzazione mafiosa di Cosa Nostra. La Corte di Cassazione ha accolto l'impianto della sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Palermo in data 23 gennaio 2010 provando l'esistenza dell'accordo "politico mafioso" tra "il capomandamento Giuseppe Guttadauro e l'uomo politico Salvatore Cuffaro, e la consapevolezza di quest'ultimo di agevolare l'associazione mafiosa, inserendo nella lista elettorale per le elezioni siciliane del 2001 persone gradite ai boss e rivelando, in più occasioni, a personaggi mafiosi l'esistenza di indagini in corso nei loro confronti".

[407] Doc. A/58/422/Add.1 del 7 ottobre 2003, par. 31.
[408] Corte di Cassazione, II sezione penale, sentenza n.15583 del 22 gennaio 2011.

F) L'arricchimento illecito

L'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione si riferisce all'arricchimento illecito, inteso come "a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income".

Come per gli art. 18 e 19, si tratta di una norma non vincolante, la cui non obbligatorietà è rafforzata da due elementi: da una parte, la richiesta a ogni Stato parte di "considerare" l'inclusione della norma nel proprio ordinamento interno; dall'altra, il fatto che tale considerazione sia "subject[ed] to its constitution and the fundamental principles of its legal system".

Tra gli Stati che per primi hanno legiferato sull'arricchimento illecito vi sono ancora una volta quelli dell'America Latina, tra cui l'Argentina nel 1964, anche se molti anni dopo rispetto alla prima proposta del legislatore mendosino Rodolfo Corominas Segura, ricordato per un viaggio in treno nel 1936: "[s]e dice que cuando iba a tomar el tren en la vieja Estación de Las Heras y Villalonga, vio a un funcionario de menor cuantía haciendo ostentación de una vida que no condecía con sus ingresos y, en ese instante, tomó la iniciativa de legislar respecto a las conductas de enriquecimiento ilícito, redactando su proyecto durante el mismo viaje a la Capital Federal"[409].

Non è un caso, dunque, che la Convenzione interamericana contro la corruzione sia l'unico strumento regionale che preveda per gli Stati parti l'obbligo di una

[409] *Proyecto de ley para la inclusión del artículo 8 bis sobre enriquecimiento ilícito en la Constitución del Estado de Mendoza*, presentato dal deputato Molero Santiago Cazzoli il 23 febbraio 2009, disponibile sulla rete interconnessa.

norma sanzionatoria dell'arricchimento illecito (art. IX), mentre la Convenzione dell'Unione africana solo ne prevede la possibilità (art. 8) e la Convenzione del Consiglio d'Europa non stabilisce alcuna norma specifica su questo reato.

La libertà lasciata agli Stati dall'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione e soprattutto il richiamo al rispetto dei principi costituzionali si devono al fatto che la norma sull'arricchimento illecito è stata fortemente criticata sul piano del rispetto delle garanzie individuali e ha generato forti contrasti interpretativi per quanto riguarda la sua compatibilità con i diritti fondamentali.

Essa, infatti, contiene un richiamo di carattere processuale penale secondo il quale il pubblico ufficiale che si presume si sia illecitamente arricchito deve dimostrare la provenienza lecita dei fondi per difendersi dalle accuse di illiceità degli stessi da parte delle autorità pubbliche. Per i critici, questa disposizione porterebbe a due risultati: da una parte, una parziale inversione dell'onere della prova e dall'altra un affievolimento del principio di presunzione d'innocenza che è considerato un diritto fondamentale in tutti gli ordinamenti interni.

Non è un caso, che al momento di ratificare la Convenzione interamericana contro la corruzione, Stati Uniti e Canada abbiano presentato una riserva proprio sull'art. IX riguardante l'arricchimento illecito, adducendo la sua incompatibilità con i principi costituzionali e i diritti fondamentali stabiliti nei loro sistemi giuridici nazionali.

Tra gli elementi costitutivi del delitto vi sono i soggetti coinvolti, il periodo dell'arricchimento, il significativo incremento del patrimonio e l'assenza di giustificazione.

F.1) I soggetti rilevanti

Per quanto riguarda i soggetti, le sole persone che possono compiere il reato di arricchimento illecito ai sensi dell'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione sono i funzionari pubblici, per la cui definizione si rinvia a quanto già commentato in relazione all'art. 2 lett. *a)* della Convenzione della Nazioni Unite contro la corruzione. Ciononostante, alcuni Paesi hanno previsto nei loro ordinamenti interni la punibilità di soggetti privati che si arricchiscano illecitamente.

In Colombia, per esempio, l'art. 327 del codice penale prevede l'"enriquecimiento ilícito" de particulares, che sanziona "el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas".

Ancora, la sezione 9 dell'ordinanza del National Accountability Bureau sulla corruzione e le pratiche corrotte in Pakistan (tra cui l'arricchimento illecito) è applicabile a chi sia "holder of public office or any other person"[410].

In Botswana, l'art. 34 del *Corruption and Economic Standard of Living Crime Act*[411] permette alle pubbliche autorità di indagare su "any person were there are reasonable grounds to suspect that that person a) maintains a standard of living above that which is commensurate with his […] known sources of income or assets or b) is in control or possession of pecuniary resources or property disproportionate to his […] known sources of income or assets".

[410] Atto legislativo n. XVIII del 16 novembre 1999.
[411] Legge n. 13 del 1994.

Per quanto riguarda le organizzazioni criminali, alcuni Paesi hanno preso in considerazione il fatto che i funzionari pubblici tendano a coinvolgere i loro familiari o altri soggetti per occultare il patrimonio di cui si sono illecitamente impossessati.

Così per esempio, in El Salvador l'art. 333 del codice penale punisce il funzionario pubblico e "la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado".

Ai fini dell'indagine di accertamento dell'aumento indebito del patrimonio del pubblico ufficiale, in Paraguay devono essere presi in considerazione anche i patrimoni "de su conyuge o conviviente y [de] sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad"[412], mentre in Honduras si richiede di verificare "el capital y los ingresos del servidor público, con los de su conyuge, compañero o compañera de hogar, hijos sujetos a patria potestad y pupilos"[413].

F.2) Il periodo di rilevanza

Ai fini dell'applicazione della norma sull'arricchimento illecito è necessario inoltre stabilire quale sia il periodo di rilevanza della condotta penale, vale a dire quel periodo in cui il pubblico ufficiale possa essere considerato responsabile dell'azione penalmente rilevante.

La definizione di tale periodo è importante per due motivi: da una parte, per stabilire un nesso tra l'incremento significativo del patrimonio e la funzione esercitata dalla

---

[412] *Ley que tipifica y sanciona elenriquecimiento ilícito en la función públicay el tráfico de influencias*, n. 2523 del 13 dicembre 2004, art. 3.

[413] *Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos*, decreto n. 301 del 16 dicembre 1993, art. 8.

persona nel settore pubblico o per il pubblico interesse; dall'altra, per permettere agli investigatori di conoscere in quanto tempo possono svolgere le indagini.

Per determinare il periodo di rilevanza, gli Stati hanno adottato tre approcci diversi tra cui: la corrispondenza con l'esercizio delle funzioni, un termine limitato dopo la cessazione delle funzioni e un periodo indefinito di tempo.

Nel primo caso, gli Stati non hanno fatto altro che riportare nell'ordinamento interno quanto già previsto dall'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, secondo cui l'azione del pubblico ufficiale dovrebbe avvenire nel periodo che intercorre dalla sua nomina fino alla cessazione del rapporto di lavoro con l'amministrazione pubblica. Questa previsione, usata nell'ordinamento honduregno[414] e in quello nicaraguense[415], va incontro a problemi di carattere sanzionatorio poiché, tenuto conto della norma penale, il funzionario pubblico potrebbe decidere di incorporare i

[414] *Ibidem*, art. 8, par. 1. "Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa".

[415] Art. 448 del codice penale nicaraguense. "La autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más severamente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público".

benefici dell'arricchimento illecito al suo patrimonio personale in un periodo successivo alla cessazione delle sue funzioni, sfuggendo, così, alle sanzioni stabilite dall'ordinamento interno.

Alcuni Paesi hanno cercato di risolvere questo problema estendendo il periodo di rilevanza oltre la cessazione delle funzioni pubbliche, fino a un termine definito di tempo o per un periodo indeterminato.

Tra quelli che hanno stabilito un termine fisso, vi sono per esempio l'Argentina, Panama e il Gabon.

L'art. 268 del codice penale argentino dispone che "[s]erá reprimido con reclusión o prisión [...] el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable [...] ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño".

L'art.. 345 del codice penale panamense punisce invece "[e]l servidor público que, personalmente o por interpuesta persona, incremente indebidamente su patrimonio respecto a los ingresos legítimos obtenidos durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo, y cuya procedencia lícita no pueda justificar".

In ultimo, l'art. 24 della *Loi Instituant un Régime de Prévention et de Répression de l'Enrichissement Illicite en République Gabonaise*[416]si riferisce a "[t]out fonctionnaire […] qui, soit en position de congé ou de disponibilité, soit après admission à la retraite, soit après démission, destitution ou révocation, et pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation de la fonction".

Tra gli Stati che, invece, hanno scelto un periodo di rilevanza indeterminato oltre la cessazione delle funzioni

[416] Legge n. 002/2003 del 7 maggio 2003.

vi è per esempio la Guyana. L'art. 1 dell'Integrity Commission act, infatti, sanziona "who is or was a person in public life".

In Botswana, anche l'art. 34 del Corruption and Economic Crime act fa riferimento a ogni "present or past known sources of income or assets".

Vi sono, infine, alcuni Stati, come la Colombia, che a causa di particolari esigenze di sicurezza legate alla criminalità organizzata hanno adottato una disciplina mista, stabilendo un periodo di rilevanza fisso per alcuni funzionari e un periodo di rilevanza indeterminato per altri, in particolare per i membri attivi o ritirati della Fuerza Pública e di organismi di sicurezza dello Stato che abbiano creato un'associazione per delinquere per l'arricchimento illecito.

Mentre, infatti, l'art. 412 del codice penale colombiano punisce "[e]l servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación"; le sanzioni più gravi previste dal disposto congiunto dall'art. 340, comma 2, e dall'art. 342 del codice penale intervengono "cuando el concierto [para delinquir] sea para cometer delitos de [...]enriquecimiento ilícito" e le condotte illecite siano commesse da membri "activos o retirados de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado".

Proprio sull'art. 342 del codice penale colombiano è stata presentata un'eccezione di incostituzionalità, sulla base del fatto che "resulta[ría] discriminatorio que la consecuencia jurídica prevista [por dicha disposición] le sea aplicable a ex integrantes de la Fuerza Pública sin consideración al tiempo durante el cual prestaron sus servicios, ni al momento en el cual dejaron de prestarlos, ni sobre las funciones desempeñadas". Con sentenza resa il

13 giugno 2013[417], la *Corte Constitucional* colombiana ha dichiarato l'art. 342 del codice penale "exequible" (compatibile con la Costituzione colombiana), analizzandolo da diverso punti di vista e adducendo interessanti giustificazioni a sostegno della sua costituzionalità: "[l]as causales que agravan la conducta cuando el sujeto activo es o ha sido miembro pueden explicarse precisamente en virtud de estos cuatro (4) criterios: (i) [d]esde el punto de vista de la lesividad específica el delito de concierto para delinquir tutela el bien jurídico de la seguridad pública, cuya protección ha sido confiada de manera específica a las Fuerza Pública y a los organismos de seguridad del Estado. [...] Por lo anterior, es evidente que cuando el concierto para delinquir es cometido por un miembro activo o retirado de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado presenta una lesividad adicional por cuanto es cometida por aquellas personas que tienen o han tenido la función de garantizar la seguridad pública y proteger a la población; (ii) [d]esde el punto de la lesividad general causada, es decir, del daño social, la conducta cometida por estas personas causa un perjuicio adicional, pues además de lesionar el bien jurídico de la seguridad pública, vulnera la confianza de los individuos en una institución tan importante para la sociedad como la Fuerza Pública, lo cual tiene muy serias consecuencias en el tejido social y en el respeto por las normas jurídicas; (iii) [d]esde el punto de vista criminológico, la causal de agravación demandada responde a la teoría de los delitos de cuello blanco, pues se dirige a la criminalización de personas que han tenido una posición especial en la sociedad en virtud de la cual han

[417] *Corte Constitucional* colombiana, sentenza n. C-334 del 13 giugno 2013.

adquirido conocimientos y destrezas especiales para proteger a la sociedad que terminan manipulando para atentar contra ésta; (iv) [f]inalmente, desde el punto de vista de la culpabilidad, cuando una persona tiene una posición especial en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio, la pena imponible puede ser mayor al considerarse que en algunos casos la sociedad espera más de estas personas en relación con la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico: [d]esde el punto de vista material la norma no consagra una causal de agravación punitiva que pueda tildarse de injusta o discriminatoria, ya que, si bien hace más difícil la situación de ciertas personas ante la aplicación de la ley penal, no lo establece así gratuitamente sino a partir de diferencias relevantes que precisamente llevan a considerar que, dentro de la sociedad, los individuos de quienes se trata son precisamente los "distinguidos", esto es, los que sobresalen por cualquiera de los factores enunciados, colocándolos en un nivel privilegiado frente a los demás. Es precisamente de ellos -a quienes más se ha dado- de quienes más se espera en lo relativo a la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico. No puede ser mirada ni evaluada en la misma forma por el legislador ni por el juez la conducta de un individuo común que la de aquél que, precisamente por su puesto dentro de la escala social, tiene una mayor responsabilidad hacia el conglomerado y a quien se mira por muchos como paradigma y guía de conducta. Si, no obstante su jerarquía o su importancia, vulnera las reglas de convivencia, con mucho mayor conocimiento acerca del daño que su comportamiento causa, es natural que se le aplique una mayor severidad en el juicio y en la tasación de la pena"[418].

[418] *Corte Constitucional* colombiana, sentenza n. C-038 del 19

F.3) L'incremento significativo del patrimonio

L'altro elemento costitutivo del reato di arricchimento illecito è l'incremento significativo del patrimonio. Fermo restando il concetto di patrimonio inteso come l'insieme di beni e diritti facenti capo a una persona, resta da chiarire quando esso subisca un significativo incremento.

Durante i lavori preparatori, gli Stati avevano insistito sul fatto di includere il termine "significativo" poiché, si era detto, rifletteva la legislazione vigente in alcuni Stati e proporzionava una maggiore garanzia diretta ad evitare che le disposizioni di cui all'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione si applicassero in maniera poco ragionevole[419]. Definire questo termine era importante per due motivi: da una parte, stabilire se l'incremento del patrimonio è appunto "significativo" e, dall'altra, conoscere quali patrimoni o altre evidenze debbano essere presi in considerazione dalle autorità giudiziarie[420].

Gli ordinamenti nazionali hanno generalmente inteso l'aggettivo "significativo" nel senso di "non "proporzionato" o "non conforme alla legge" o, "ingiustificato", riferendolo al patrimonio di un funzionario pubblico che si sia illecitamente arricchito.

Alcuni Stati hanno provato a definire l'incremento significativo da un punto di vista quantitativo, stabilendo un limite percentuale oltre il quale esso debba considerarsi illecito, mentre altri hanno preferito una soluzione mista

---

febbraio1998.

[419] Doc. A/AC.261/L.183.

[420] MUZILA, MORALES, MATHIAS, BERGER, *On the Take, Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Washington, 2012, p. 18.

tra definizione quantitativa e qualitativa, indicando i criteri mediante i quali calcolare l'eccesso da considerare illecito.

Nel caso indiano per esempio, è stato fissato mediante giurisprudenza un limite numerico, motivo per cui il patrimonio totale di un pubblico ufficiale non può eccedere il 10% delle entrate legalmente riconosciutegli[421].

In altri Paesi, invece, si è preferito calcolare il "significativo incremento" sulla base della relazione tra lo stile di vita del funzionario e il suo patrimonio.

Così, per esempio, si è stabilito che lo stile di vita deve essere "sproporzionato" o "incompatibile" o "inadeguato" o "non conforme a quanto previsto dalla legge" o, ancora, "ingiustificabile" rispetto al patrimonio, che deve essere calcolato sulla base di criteri oggettivi.

L'art. 286 del codice penale argentino e l'art. 45 della ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la Función Pública[422] costaricana fanno riferimento non solo al denaro disponibile, ma anche a "cosas, bienes, [o] también cuando se hubiesen cancelado deudas o exstinguido obligaciones" direttamente o mediante "persona interpuesta".

F.4) L'assenza di giustificazione

L'ultimo elemento costitutivo del reato di arricchimento illecito è l'assenza di giustificazione, prevista dall'art. 20 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (in seguito: Conv. Corruzione) in relazione al "significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain".

La lettera dell'art. 20, ripresa nelle legislazioni dei diversi Stati, ha richiamato l'attenzione delle dottrine e

[421] *Ibidem*, p. 18.
[422] Legge n. 8422 del 6 ottobre 2004.

delle giurisprudenze nazionali poiché presuppone un'inversione dell'onere della prova a carico del pubblico funzionario, obbligato a dimostrare la provenienza del suo patrimonio per difendersi dall'accusa delle autorità giudiziarie di possedere fondi di origine illecita.

Gli Stati hanno giustificato il disposto normativo adducendo come giustificazione il diritto processuale interno.

Con sentenza resa il 9 giugno 2005[423], la *Cámara Nacional de Casación Penal* argentina ha stabilito che "no se advierte que el artículo 268 (2) del Código Penal implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, porque lo cierto es que la prueba del enriquecimiento en tal sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado".

Recentemente, la Sala I de la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal* argentina ha stabilito con sentenza resa il 18 ottobre 2012[424] che "el enriquecimiento debe ser concebido como un delito de acción, que se consuma cuando se produce el incremento patrimonial considerable e injustificado, y no cuando el encausado omite, frente al correspondiente requerimiento, justificar tal incremento".

Allo stesso modo, con sentenza del 18 luglio 1996[425] la *Corte Constitucional* colombiana ha affermato che "[e]n

[423] *Cámara Nacional de Casación Penal argentina*, caso n. 6674.4 del 9 giugno 2005.
[424] *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal*, causa n. 47.315 del 18 ottobre 2012.
[425] *Corte Constitucional* colombiana, sentencia C-319 del 18 luglio 1996.

el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa. No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por su puesto, legal".

Al di là delle giustificazioni (più o meno plausibili) addotte dagli Stati, è evidente che il disposto normativo dell'art. 20 della Conv. corruzione e le conseguenti legislazioni nazionali impongono un certo onere della prova a carico dell'accusato per dimostrare la sua innocenza avverso le incriminazioni che gli possano essere attribuite dalle autorità pubbliche.

Questa pratica, prevista dal dettato della norma convenzionale, sarebbe lesiva di alcuni diritti umani, tra cui il principio di presunzione di innocenza, la protezione contro l'auto-incriminazione e il principio di legalità.

La violazione diventerebbe ancora più evidente nei casi in cui vi sia un'organizzazione criminale che si sia illecitamente arricchita, rendendosi necessario stabilire nella disponibilità di quali membri dell'organizzazione si trovi o si sia trovato effettivamente la parte illecita o ingiustificata del patrimonio.

Si pensi, per esempio, al codice penale svizzero. L'art. 260 ter include, nella definizione di criminalità organizzata la finalità dell'arricchimento illecito, sanzionando "[c]hiunque partecip[i] a un'organizzazione che tiene segreti la struttura e i suoi componenti e che ha lo scopo di commettere atti di violenza criminali o di arricchirsi con mezzi criminali […]". D'altra parte, l'art. 72 del codice penale svizzero prevede che "[i] valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un'organizzazione criminale sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell'organizzazione" fissando una presunzione ancora più pericolosa rispetto a quella stabilita dall'art. 20 della Convenzione.

Questa soluzione è stata paradossalmente utilizzata anche in ordinamenti nazionali che non prevedono sanzioni dirette per l'arricchimento illecito, ma che hanno comunque dovuto impiegare mezzi di contrasto efficienti alla criminalità organizzata e alla corruzione da essa causata.

Nonostante in alcuni Stati l'arricchimento illecito non sia penalmente rilevante, esistono pur sempre reati di corruzione (o connessi alla corruzione), che, se non *de iure*, generano in fatto un incremento significativo del patrimonio dei soggetti corrotti[426], specie quando questi

[426] Dottrine e giurisprudenze nazionali di quei Paesi che hanno tipificato l'arricchimento illecito negli ordinamenti penali interni hanno focalizzato molto spesso la loro attenzione sulla possibile violazione del principio del ne bis in idem. L'arricchimento illecito, infatti, si configurerebbe come sussidiario rispetto a tutta un'altra serie di condotte connesse con la corruzione. Su tutti, cfr. *Tribunal Constitucional* del Perù,, fascicolo n. 05206-2011-PHC/TC, sentenza dell'8 giugno 2012 *e Corte Suprema de Justicia* argentina, causa nº 41800 del 9 ottobre 2013. Cfr. anche PÉREZ

soggetti fanno parte di associazioni criminali sulle quali possono contare in vista della commissione di un'ampia gamma di reati. In alcuni casi, le norme esistenti possono essere interpretate per poter sanzionare questo tipo di condotte.

In Francia, per esempio, l'art. 321 (6) del codice penale riguarda, tra gli altri, i reati di criminalità organizzata e può essere applicato nei casi di corruzione per "[l]e fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions […]" .

In altri casi, le norme esistenti non possono essere interpretate nel senso di giustificare un'azione penale contro i criminali organizzati che si siano illecitamente arricchiti. Ciononostante, possono essere adottate misure preventive come la confisca dei beni che compongono il patrimonio illecito.

LÓPEZ, *El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva*, in *Derecho y Cambio Social*, 1° luglio 2012, p. 4; VILLASANA RANGEL, *Principio non bis in idem dentro del régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, in CIENFUEGOS SALGADO, LÓPEZ OLVERA (a cura di), *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruíz, Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*, Ciudad de México, 2005, p. 472; BÁRCENAS ESPITIA, *El enriquecimiento ilícito*, Bogotá, 2003, p. 95-98.

In Italia, la Corte Costituzionale, con sentenza resa il 17 febbraio 1994[427], ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 12-*quinquies*[428], comma 2, del decreto legislativo n. 306 dell'8 giugno 1992[429], che consentiva al pubblico ministero di pretendere giustificazioni da presunti mafiosi o da responsabili di altri gravi reati sulle loro disponibilità economiche "ingiustificate"[430], perché violatorio del principio di presunzione di innocenza.

Ciononostante, nell'ordinamento italiano esiste ancora l'art. 12 sexies, comma 1, del decreto menzionato,

---

[427] Corte Costituzionale italiana, sentenza n. 48 del 17 febbraio 1994 (Gazz. Uff. 23 febbraio 1994, n. 9, Serie speciale).

[428] Nel testo da ultimo modificato dal decreto lesgislativo n. 369 del 17 settembre 1993.

[429] Convertito in legge n. 356 del 7 agosto 1992.

[430] Art. 12 *quinquies*, comma 2. "Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dagli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, coloro nei cui confronti pende procedimento penale per uno dei delitti previsti dai predetti articoli o dei delitti in materia di contrabbando, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416-*bis*, 629, 630, 644 e 644-*bis* del codice penale e agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ovvero nei cui confronti è in corso di applicazione o comunque si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possano giustificare la legittima provenienza, sono puniti con la reclusione da due a cinque anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati".

secondo cui nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta per i reati di traffico illecito di droga, associazione per delinquere e associazione mafiosa "è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica".

La scelta italiana sembra giustificata anche dalla normativa internazionale. L'art. 12, par. 7, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata stabilisce che "States Parties may consider the possibility of requiring that an offender demonstrate the lawful origin of alleged proceeds of crime or other property liable to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law and with the nature of the jucicial and other proceedings".

Ancora, l'art. 31, par. 8,[431] della Conv. corruzione riprende letteralmente il disposto normativo dell'art. 12, par. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata.

In ambito europeo, la Decisione quadro n. 2005/212/GAI del Consiglio relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato[432] ha come obiettivo quello di

[431] Art. 31, par. 8. "States parties may consider the possibility of requiring that an offender demonstrate the lawful origin of such alleged proceeds of crime or other property liable to confiscation, to the extent that such a requirement is consistent with the fundamental principles of their domestic law and with the nature of judicial and other proceedings".

[432] Decisione 24 febbraio 2005, n. 212.

"assicurare che tutti gli Stati membri dispongano di norme efficaci che disciplinino la confisca dei proventi di reato e la possibilità di mitigare, nell'ambito del diritto penale, civile o fiscale[433], l'onere della prova relativamente all'origine dei beni detenuti da una persona condannata per un reato connesso con la criminalità organizzata"[434]. In particolare, in base all'art. 3, par. 2, lett. *c)*, "[c]iascuno Stato membro adotta le misure necessarie a consentire la confisca […] quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa".

Più di recente, il Parlamento europeo ha adottato la Risoluzione legislativa del 25 febbraio 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea[435], con la quale si cerca di stabilire una ponderazione tra l'esigenza di tutela da parte delle istituzioni e il rispetto dei diritti di chi è accusato di essersi illecitamente arricchito.

In particolare, il par. (21) della Risoluzione in questione stabilisce che la confisca estesa dovrebbe essere possibile quando un'autorità giudiziaria è convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose. Ciò non significa che debba essere accertato che i beni in questione

---

[433] Considerando (5).

[434] Considerando (10).

[435] Risoluzione del Parlamento europeo del 25 febbraio 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)).

derivino da condotte criminose. Gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente che l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività. In tale contesto, l'autorità giudiziaria deve considerare le circostanze specifiche del caso, compresi i fatti e gli elementi di prova disponibili in base ai quali può essere adottata una decisione di confisca estesa. Una sproporzione tra i beni dell'interessato e il suo reddito legittimo può rientrare tra i fatti idonei ad indurre l'autorità giudiziaria a concludere che i beni derivano da condotte criminose. Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da condotte criminose.

Di recente pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea[436] è la direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, il cui art. 5, par. 1, prevede che "[g]li Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona

[436] Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, n. L 127 del 29 aprile 2014.

condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose".

G) La penalizzazione delle condotte di corruzione nel settore privato

G.1 Osservazioni generali

Oltre alla penalizzazione della corruzione nel settore pubblico, analizzata nei paragrafi precedenti, la Conv. corruzione contiene due disposizioni dedicate esclusivamente alla sanzione della corruzione nel settore privato, rispettivamente l'art. 21 (corruzione nel settore privato) e l'art. 22 (malversazione o peculato nel settore privato).

L'inclusione di queste due norme è stata richiesta dalla maggior parte delle delegazioni partecipanti ai negoziati, le quali avevano fatto notare che la Convenzione sarebbe stata incompleta se non avesse contenuto disposizioni per la disciplina penale della corruzione nel settore privato, trattandosi di un fenomeno rilevante nell'era della globalizzazione, le cui conseguenze riguardavano ormai aspetti sempre più estesi della sfera economica e sociale.

Nonostante la volontà della maggioranza, non sono mancate delegazioni che hanno espresso seri dubbi sull'inclusione di queste disposizioni, ritenendo che la loro introduzione negli ordinamenti interni avrebbe perturbato il normale sviluppo dell'attività economica[437]. Non era

[437] In passato la disciplina della corruzione nel settore privato non aveva suscitato particolare interesse degli Stati. La stessa Convenzione dell'OCSE sanzionava la corruzione di funzionari pubblici stranieri da parte del privato nelle transazioni commerciali transnazionali, prendendo in considerazione i comportamenti contrari alla buona amministrazione dello Stato, ma solo allo scopo di proteggere gli interessi delle imprese nazionali al momento di

mancato nemmeno chi, considerando il tema troppo esteso per poter essere trattato durante i negoziati della Conv. corruzione, aveva proposto di rimandare la discussione sulla corruzione privata a un secondo momento, in vista dell'adozione di uno strumento internazionale specifico.

Il risultato finale è che le norme sulla corruzione privata contenute nella Conv. corruzione non sono direttamente vincolanti, ma si limitano a suggerire agli Stati di adottare "such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences".

Le divergenze espresse durante i negoziati sono riscontrabili anche negli ordinamenti interni, in cui sono stati tutelati beni giuridici di natura diversa (non quindi un unico bene come avveniva per la penalizzazione della corruzione nel settore pubblico) che verranno analizzati nei paragrafi successivi.

G.2) Il bene giuridico tutelato

Per quanto riguarda la tutela del bene giuridico, anche per la corruzione privata valgono, *mutatis mutandis*,

---

investire in Paesi esteri nel rispetto delle regole. Con la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, invece, l'attenzione degli Stati si sposta dalla protezione degli interessi dell'impresa nazionale all'estero, alla protezione del mercato sia nazionale che internazionale, intesi come luoghi di scambio che possono garantire lo sviluppo delle relazioni commerciali tra privati con importanti ripercussioni sulla sfera economica e sociale di un determinato Paese. Questo cambio di direzione verso una maggiore protezione degli interessi dei privati, era dovuto a molteplici fattori tra cui la progressiva privatizzazione dei servizi pubblici, l'allentamento dei rigidi confini tra il settore pubblico e quello privato e la conseguente crescita di importanza delle transazioni commerciali transnazionali.

le considerazioni teoriche svolte in merito alla corruzione pubblica.

In particolare, va ricordato che i più recenti strumenti internazionali forniscono una nuova interpretazione della corruzione e dei delitti connessi, operando una distinzione tra il reato-fine e il reato-mezzo, inteso, quest'ultimo, come un delitto le cui ripercussioni sono molto più gravi rispetto a quelle immediatamente percettibili.

Rispetto al reato-mezzo, il danno generato nel settore pubblico coincide con quello prodotto nel settore privato e si identifica con un serio pregiudizio allo stato di diritto e ai suoi principi cardine, tra cui democrazia, stabilità sociale, sviluppo economico e rispetto dei diritti fondamentali.

Si pensi alla già richiamata sentenza Italburro, ai danni causati dagli imprenditori collusi con la camorra e ai rischi per la salute pubblica derivati dalla commercializzazione di burro prodotto con scarti chimici. O, ancora, alle operazioni con cui i carabinieri hanno sequestrato nella provincia di Napoli 17 forni abusivi che producevano il "pane della camorra", da più fonti accreditato come un pane avvelenato prodotto con ingredienti di pessima qualità in ambienti malsani e cotto con residui della legna[438], venduto direttamente dai

[438] "I forni venivano alimentati evitando di comprare legna costosa e bruciando vecchie bare trovate nei cimiteri, infissi marci, tronchi di alberi morti trattati con agenti chimici: tutto ciò che avrebbe dovuto essere smaltito perché rifiuto speciale, finiva nei forni per cuocere il pane". SAVIANO, *Dalla carne alla mozzarella. Camorra Food Spa serve a tavola. Cibi avariati, frutta dai terreni pieni di rifiuti tossici, controllo dei grandi mercati alimentari: così il menù dei boss arriva sulle tavole*, in *Repubblica.it*, 2012; "[…] Police say Naples' new breed of bakers are slowly poisoning their customers by burning old varnished wood, nut shells covered in

produttori e persino dalla grande distribuzione dei supermercati[439].

Per quanto riguarda il reato-fine, invece, vanno considerati gli effetti immediati della condotta criminale. Nel caso della corruzione privata, tali effetti non sono tutti riconducibili a un unico *genus* come avviene per la corruzione pubblica (con cui, fondamentalmente, viene leso il buon andamento, l'efficienza e l'imparzialità della pubblica amministrazione), ma possono essere di diverso tipo e ledere diritti e interessi di diversi soggetti: si pensi al datore di lavoro tradito dalla condotta corrotta del dipendente, alle ripercussioni sulla libera concorrenza nel mercato o ai diritti dei consumatori. Questa molteplicità di diritti e interessi lesi ha portato a tutelare beni giuridici diversi sia sul piano del diritto internazionale che negli ordinamenti interni.

L'Unione europea, per esempio, ha confermato il suo preminente interesse per la tutela del mercato.

Ai sensi degli art. 2 e 3 dell' Azione comune sulla corruzione nel settore privato del 22 dicembre 1998, adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, "[l]e misure sanzionatorie si applicano almeno ai casi di condotte che comportino o

---

pesticides and even planks pulled from exhumed coffins": KINGTON, *Mafia's car-boot bread is 'poisoning' Naples*, in *Theguardian.com*, 2008.

439 "Colpiamo la panificazione abusiva e controlliamo anche quella "regolare" [a]nche in questo settore è presente […] in tanti casi si registra […] il business illegale di chi tenta di farla franca violando le leggi tentando un guadagno facile. Abbiamo anche controllato supermercati e ristoranti che in taluni casi si fanno portare il pane con mezzi di fortuna". Corriere della Sera, *Pane «fuorilegge»: trovati nove forni abusivi, 49 denunce*, in *Corriere.it*, 2013.

possano comportare distorsione di concorrenza, come minimo nell'ambito del mercato comune, e producano o possano produrre danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione di un contratto".

Allo stesso modo, il considerando 9 della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, stabilisce che "[g]li Stati membri annettono particolare importanza alla lotta contro la corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi tali settori costituisca una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacoli un corretto sviluppo economico".

D'altra parte, il Consiglio d'Europa ha preferito ampliare la tutela ad aspetti riguardanti anche i rapporti tra i privati. Il rapporto esplicativo della Convenzione penale del Consiglio d'Europa contro la Corruzione, infatti, spiega che "[d]e multiples raisons militent en faveur de l'introduction de sanctions pénales pour réprimer la corruption dans le secteur privé [prévues par l'art. 7 et 8 de la Convention]. Tout d'abord, le fait que la corruption dans le secteur privé porte atteinte à des valeurs comme la confiance ou la loyauté, qui sont nécessaires au maintien et au développement des relations sociales et économiques. […] En second lieu, incriminer la corruption existant dans le secteur privé était nécessaire pour que le respect d'une concurrence loyale soit assuré".

La Conv. corruzione, invece, si limita a tutelare gli interessi patrimoniali dell'impresa, ma in maniera più specifica rispetto agli altri strumenti internazionali, stabilendo una disposizione *ad hoc* per la sanzione dei

comportamenti scorretti tra privati, come lo sono la malversazione e il peculato, disciplinati all'art. 22.

A differenza degli altri strumenti internazionali, la Convenzione interamericana contro la corruzione non contiene nessuna disposizione contro la corruzione nel settore privato limitandosi alla già analizzata disciplina della corruzione in cui sia implicato un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni.

La differenza sul piano internazionale tra i beni giuridici protetti ha portato a risultati diversi negli ordinamenti interni. Gli Stati, infatti, non hanno adottato una disciplina unitaria per giustificare l'intervento del diritto penale sulla corruzione privata[440], ma hanno fatto riferimento a quattro modelli sanzionatori basici (che possono essere combinati tra loro e dare vita a modelli misti), tra cui: il modello lavorativo, basato sulla rottura della buona fede contrattuale; il modello della libera concorrenza, lesa dalla corruzione tra privati che avvantaggia alcuni soggetti a discapito di altri; il modello dell'amministrazione sleale, motivato dalla rottura del dovere di lealtà (diversa dalla buona fede prevista dal contratto) dell'agente verso il suo datore e, infine, il modello della regolamentazione generica della corruzione, sia pubblica che privata[441].

---

[440] GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?*, in *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2008, p. 227-24; FOFFANI, *La "corrupción privada" Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización*, in: ARROYO ZAPATERO, NIETO MARTÍN (a cura di), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo*, Castilla La-Mancha2006, p. 384 ss.

[441] I modelli analizzati sono riconducibili alla lesione di due tipi di interessi, di carattere interno e di carattere esterno alle imprese: i

In Italia, per esempio, la legge n. 190 del 6 novembre 2012 ha introdotto nel codice civile l'art. 2635 a tutela sia della buona fede contrattuale che del libero mercato. Mentre infatti, il comma 1 prevede la sanzione per chi violi gli obblighi inerenti al[l'] ufficio o gli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società", in difesa, quindi degli interessi pregiudicati dalla lesione della buona fede contrattuale; il comma 5 prevede l'ipotesi in cui il reato "causi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi".

In Spagna, la *Ley Orgánica* 5/2010, del 22 giugno 2010 ha introdotto nel codice penale il nuovo art. 286 bis. Nonostante tale norma sia stata inserita nell'ordinamento interno in adempimento a quanto previsto dalla Decisione Quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, essa non fa alcuna menzione alla protezione della libera concorrenza, limitandosi alla sanzione di chi "incumpl[a] sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales". Tuttavia, il fatto che la norma si proponga di proteggere un bene giuridico più ampio si deduce dalla sua collocazione nel codice penale spagnolo, rispettivamente nel titolo dedicato ai "delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"[442] e nel capitolo denominato "de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores"[443].

---

primi riguardano la tutela del patrimonio societario, mentre i secondi si riferiscono alla protezione del mercato.

[442] Titolo XIII del codice penale spagnolo.

[443] Capitolo XII del codice penale spagnolo.

In Colombia, invece, la legge n. 1474 del 12 luglio 2011 ha introdotto nel codice penale[444] gli art. 250-A[445] e 250-B[446], i quali non contengono alcun riferimento alla tutela del libero mercato, limitandosi a emulare quanto previsto dalla Conv. corruzione.

G. 3 La corruzione privata

L'art. 21 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione prevede la sanzione della corruzione nel settore privato, stabilendo per gli Stati la possibilità di

---

[444] Si tratta di norme introdotte dagli art. art. 16 e 17 della legge n. 1474 del 12 luglio 2011.

[445] Art. 250-A. Corrupción privada. "El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella.Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años".

[446] Art. 250-B. Administración desleal. "El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

sanzionare "(a)[t]he promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting"; e "(b) [t]he solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting".

Si tratta ancora una volta della differenza tra condotta attiva e condotta passiva, già analizzata per i delitti di corruzione del funzionario pubblico. A differenza di quelli, però, la corruzione privata prevede che i soggetti coinvolti facciano esclusivamente parte del settore privato, riferendosi l'art. 21 in esame a "any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity".

Questi soggetti sono, quindi, quelli che lavorano in una impresa o in una società o, comunque, in un ente privato legato al commercio o al mondo degli affari. Per questo motivo, il delitto di corruzione privata è riconducibile al genere denominato dei "*business crimes*".

Il *Bribery Act* inglese[447] del 2010 definisce i delitti di corruzione come le azioni commesse da "any person" che svolga funzioni riguardanti "(b) any activity connected with a business; (c) any activity performed in the course of a person's employment; (d) any activity performed by or on behalf of a body of persons (whether corporate or unincorporated)".

[447] Ha ricevuto il consenso reale (*royal assent)* l'8 aprile 2010 ed è entrato in vigore il 1° luglio 2011.

L'art. 286 bis del codice penale spagnolo si dirige a "directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización".

In modo molto simile, l'art. 250-A del codice penale colombiano contempla come soggetti del delitto "directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación".

Il Foreign Corrupt Practices Act statunitense riguarda invece "any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder".

Ancora, gli art. 445-1 e 445-2 del codice penale francese si riferiscono a "une personne qui [exerce] dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail". A proposito, è interessante il fatto che i due articoli in questione si trovino nella sezione della legge francese dedicata alla "corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique", escludendo, quindi dall'ambito di applicazione delle norme in esame, qualsiasi condotta che sia riconducibile al settore pubblico e definendo *a contrario sensu* i soggetti attivi del delitto di corruzione privata.

A differenza delle norme nazionali sopra citate, l'art. 2635 del codice civile italiano, che pure sanziona la corruzione privata, si riferisce a "gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori", ma non si applica ai lavoratori dipendenti[448]. A seguito delle

[448] Su questo punto, la Commissione Europea ha fatto notare che l'art. 2635 del codice civile italiano non definisce in modo abbastanza ampio le cariche dirigenziali che possono mettere in gioco la responsabilità dell'impresa per reati di corruzione commessi dai relativi titolari, né prevedono la responsabilità nei casi di carenza di sorveglianza. Secondo la Commissione, le attuali

raccomandazioni della Commissione Europea, è stato presentato in Italia il disegno di legge n. 19 del 15 marzo 2013. Se approvata, la nuova legge prevedrebbe anche la responsabilità di "coloro che sono sottoposti alla direzione o vigilanza"[449] di superiori.

Come si può facilmente notare, i soggetti del reato di corruzione privata indicati negli ordinamenti interni sono molto diversi rispetto a quelli di altri delitti commessi dalla criminalità organizzata, come il traffico di droga o la tratta di persone o il traffico illecito di migranti.

In questo caso, i vari "Cara cortada", "Mike grilletto" o "El Rey de la viña", (generalmente provenienti da contesti difficili in cui la criminalità è l'unico rimedio alla povertà estrema e l'odio e il disprezzo per lo Stato e per la società fanno parte della dignità su cui costruire un progetto di vita), lasciano il posto ai cosiddetti colletti bianchi, lavoratori che svolgono mansioni meno fisiche, ma spesso più remunerate rispetto al lavoro manuale. In questo senso, la corruzione privata può essere facilmente inserita tra i *white-collar crimes*, un reato non

---

disposizioni sulla corruzione privata sono troppo limitate e restringono il campo di applicazione alle categorie di dirigenti del settore privato cui il reato è imputabile. COM(2011) 309 definitivo, *Seconda relazione a norma dell'articolo 9 della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*, disponibile sulla rete interconnessa; sul punto, vedi anche DE AMICIS, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, relativa alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, sulla lotta contro la corruzione nel settore privato (6 giugno 2011 - COM (2011) 309 definitivo)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.

[449] Art. 2 disegno di legge n. 19 del 15 marzo 2013.

caratterizzato da violenza[450] ma commesso da un soggetto "rispettabile, di elevata condizione sociale, in occasione della sua attività lavorativa"[451].

Per dare un'idea della posizione ricoperta nella società dagli individui che commettono questi delitti, si può fare riferimento a due sentenze di condanna negli Stati Uniti.

Nel caso *USA vs. De Mizio*, la *Court of Appeals for the Second Circuit* ha condannato con sentenza resa il 24 marzo 2009 Darin Demizio, ex capo dell'ufficio stock-loan della Morgan Stanley & Co. Inc.'s, per associazione per delinquere finalizzata alla frode e alla corruzione privata.

Ancora, con sentenza resa il 14 giugno 2013, il *District Judge in the Eastern District of New York* ha

---

[450] "Nei mercati illegali la corruzione è d'importanza centrale, a differenza di quanto generalmente avviene nei mercati legali In questi casi il gruppo criminale agisce come un comune corruttore: i suoi interlocutori, che sanno di rischiare una rappresaglia violenta, hanno però maggiori incentivi a tenere fede ai patti": VANNUCCI, *La "governance" mafiosa della corruzione: dal sistema degli appalti agli scambi politici*, Pisa, 2006, p. 8.

[451] "Tra i delitti di questo tipo in Italia, si possono menzionare i falsi in bilancio, le false comunicazioni sociali in danno delle società, dei soci o dei creditori e altri reati che possono essere commessi dagli amministratori o da soggetti terzi in concorso con questi, quali l'impedito controllo, l'indebita restituzione di conferimenti o l'illegale ripartizione di utili e riserve o ancora di beni sociali da parte dei liquidatori, le illecite operazioni su azioni o quote sociali ed in pregiudizio di creditori, le omissioni relative alla mancata comunicazione del conflitto d'interessi, all'esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi ed alla convocazione di assemblee, la formazione fittizia del capitale, l'infedeltà patrimoniale derivante da conflitti d'interesse e l'illecita influenza sull'assemblea": WIGET, *White-collar crimes*, in *diritto24.ilsole24ore.com*, 2012.

condannato Roland Kaufmann, direttore della Axius Inc., a sedici mesi di prigione per associazione per delinquere finalizzata alla corruzione privata.

G.3.1 Corruzione in camicia e corruzione in pantaloncini

Un altro aspetto molto interessante riguardo ai soggetti sanzionabili per corruzione privata riguarda l'ambito sportivo, più precisamente le condotte dirette ad alterare i risultati delle gare per favorire una società sportiva nella classifica finale o sfavorire una società terza rispetto alla società corruttrice al fine di posizionarsi in una zona della classifica finale che consenta di avere accesso a premi particolari.

La Spagna ha introdotto questa fattispecie direttamente nel codice penale, in particolare nel già menzionato art. 286 bis, comma 4, secondo cui "[l]o dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores,empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales".

In Italia, invece, questa fattispecie è prevista fuori dall'ambito di applicazione del già citato art. 2635 del codice civile, che espressamente sanziona la corruzione privata. In particolare, con legge n. 401 del 13 dicembre 1989, recante interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive, il legislatore italiano ha introdotto il reato di frode in competizioni sportive, diretto a sanzionare chiunque, "al fine di

raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione", offra prometta o accetti denaro o altra utilità o vantaggio o ne accolga la promessa[452].

A differenza di quanto previsto dall'art. 286 bis, comma 4, del codice penale spagnolo, la norma italiana non menziona esplicitamente gli atleti tra i possibili autori del delitto. Nonostante la norma sia diretta a sanzionare "chiunque", si è (in modo erroneo) dubitato che il reato potesse configurarsi nei casi in cui il comportamento

[452] A differenza di quanto previsto dall'art. 2635 del codice civile italiano, per la configurazione del reato di frode sportiva non è necessaria l'accettazione della promessa o del denaro, né il raggiungimento dell'obiettivo, essendo sufficiente una seria promessa che giunga a conoscenza del destinatario. Il delitto di frode sportiva "si consuma nel momento e nel luogo in cui si verifica la promessa o l'offerta di un vantaggio indebito o la commissione di ogni altra condotta fraudolenta, e non in quello dell'accettazione di tale promessa od offerta" (Cass., sez. III, 25 febbraio 2010, n. 12562, in Cass. Pen., 2011, 1, 331), motivo per cui "la frode sportiva può definirsi un delitto di comportamento, la cui antigiuridicità deriva dalla pericolosità della condotta attuata dagli agenti" (Ufficio Indagini Preliminari Napoli, 14 dicembre 2009). In altri termini, si tratta di un reato a consumazione anticipata, per la cui esistenza è necessaria la semplice condotta e non la realizzazione dell'evento: è, dunque, "sufficiente che l'offerta o la promessa corruttiva vengano portate a conoscenza dei partecipanti. Pertanto in tutti quei numerosi casi in cui, nonostante ciò, il risultato atteso, e determinante la vincita della scommessa, è stato diverso da quello in concreto verificatosi, il reato, in base alla formulazione dell'art. 1 che prevede un reato a "consumazione anticipata", esiste comunque, e ci si trova altresì in presenza di un delitto consumato, e non soltanto tentato": (GIP Trib. di Cremona, ord. 28 maggio 2011). Cfr. SFERRAZZA, *L'illecito sportivo nella giurisprudenza federale*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2011, p. 22-23.

corrotto fosse posto in essere dagli stessi atleti partecipanti alla competizione sportiva garantita[453].

Su questo punto, la Corte di Cassazione italiana è intervenuta con sentenza resa il 29 marzo 2007[454], dichiarando che non è possibile "escludere la punibilità, con una inammissibile forzatura ermeneutica proprio di quei soggetti che, partecipando alla competizione, possono, meglio e più direttamente di altri, alterarne il regolare svolgimento: la frode in competizioni sportive è, infatti, finalizzata all'alterazione del risultato *naturaliter*, alla modificazione artificiosa del leale confronto delle rispettive abilità".

Come la norma italiana, anche l'art. 445-1-1 del codice penale francese si dirige a "toute personne qui promet ou offre, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des présents, des dons ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, à un acteur d'une manifestation sportive donnant lieu à des paris sportifs, afin que ce dernier modifie, par un acte ou une abstention, le déroulement normal et équitable de cette manifestation".

Oltre alle norme appena citate, anche la legge portoghese 50/2007 su "Regime de responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos"[455] "[e]stablece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos susceptiveis de afectar a verdade, a lealtade e a correcção da competição e do seu resultado na actividade desportiva" e contiene una definizione di

[453] In tal senso, GIP Tribunale di Roma, 21 febbraio 1992, in Riv. Dir. Sport., 1992, 123: citato in SFERRAZZA, *op. cit.*, p.22.

[454] Corte di Cassazione, II sezione penale, sentenza n. 21324 del 29 marzo 2007.

[455] Legge n. 50 del 31 agosto 2007 su "Regime de responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos".

corruzione attiva e passiva, in cui i soggetti coinvolti sono "dirigentes desportivos, técnicos desportivos, arbitros desportivos e empresários desportivos", tutti inclusi nella denominazione di "agente desportivo", inteso come "bem como as que, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, a título individual ou integradas num conjunto participem em competição desportiva ou sejam chamadas a desempenhar ou a participar no desempenho de competição desportiva".

Prendendo in considerazione il fatto che la corruzione sportiva è generalmente commessa da gruppi criminali associati in cui sono presenti diversi soggetti come arbitri, giocatori e dirigenti, l'art. 11 della legge portoghese in esame, prevede anche la fattispecie della "associação criminosa"[456].

Proprio su questo punto, il Parlamento Europeo ha adottato la risoluzione del 14 marzo 2013 sulle partite truccate e la corruzione nello sport[457], riconoscendo il legame tra la criminalità organizzata e la manipolazione degli eventi sportivi ed esortando la Commissione europea

[456] Articolo 11 della legge portoghese 50/2007. "1- Quem promover, fundar, participar ou apoiar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes previstos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. 2 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos no número anterior é punido com a pena nele prevista agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo. 3 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas actuando concertadamente durante um certo período de tempo".

[457] Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013 sulle partite truccate e la corruzione nello sport (2013/2567(RSP))

a contrastare questo fenomeno attraverso due azioni: da una parte, sviluppare un approccio coordinato per vigilare sulle competizioni sportive e sanzionare la criminalità organizzata, coordinando gli sforzi dei principali soggetti interessati in materia, come le organizzazioni sportive, la polizia nazionale, le autorità giudiziarie e gli operatori del gioco d'azzardo, e fornendo una piattaforma per la discussione e lo scambio di informazioni e delle migliori prassi; dall'altra, instaurare una cooperazione con paesi terzi finalizzata alla lotta contro la criminalità organizzata, anche attraverso la partecipazione ai negoziati su una convenzione internazionale del Consiglio d'Europa tesa a contrastare la manipolazione dei risultati sportivi[458].

Tra il 2011 e il 2013, il Joint Investigation Team di Europol e la polizia nazionale di 13 Stati europei hanno portato a termine l'Operazione Veto, scoprendo una vasta rete criminale diretta ad alterare i risultati delle gare sportive. Sono state indagate 425 persone tra cui ufficiali di gara, dirigenti di società sportive, giocatori e criminali in più di 15 Paesi, sospettati di aver provato ad alterare 380 partite di calcio professionistico.

Secondo Europol, le attività criminali hanno prodotto 8 milioni di euro di profitti in scommesse e oltre 2 milioni di euro in pagamenti finalizzati alla corruzione di chi partecipava direttamente alle partite. Le indagini hanno rivelato più di 380 partite sospette, tra cui incontri sportivi

[458] Commissione Europea, COM(2012) 655 final del 13 novembre 2012, Raccomandazione di decisione del Consiglio che autorizza la Commissione europea a partecipare, per conto dell'Unione europea, ai negoziati per una convenzione internazionale del Consiglio d'Europa tesa a contrastare la manipolazione dei risultati sportivi

calcistici nazionali, di qualificazione ai campionati europei e di coppa del mondo.

Il gruppo d'indagine internazionale ha raccolto prove della corruzione consistenti in pagamenti superiori ai 100.000 dollari a partita e provenienti da Singapore.

Oltreoceano, l'Argentina si era dotata di una normativa in materia già dal 1974[459], con la legge 20.655, *Ley del deporte*, mentre il Brasile ha provveduto con legge n. 12.299 del 27 luglio 2010[460], recante "Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas"

È opportuno chiarire che a livello mondiale, lo sport maggiormente esposto alla corruzione sportiva è stato il calcio. Ciononostante, la criminalità organizzata si è adeguata alle tendenze nazionali, estendendo la sua attività anche ad altri settori sportivi ed evidenziando le sue capacità di sfruttare i piaceri umani per ricavi illeciti. Le considerazioni svolte finora valgono, per esempio, anche per il cricket nel Regno Unito.

Nel caso *R. v. Majeed and others*, il giudice della *Southwark Crown Court of London* ha condannato con

[459] Legge 20.655 del 2 aprile 1974, art. 24. "Será reprimido con prisión de un mes a tres anos, si no resultare un delito mas severamente penado, el que, por si o por tercero, ofreciere o entregare una dádiva, o efectuare promesa remuneratoría, a fin de facilitar o asegurar el resultado irregular de una competencia deportiva o el desempeño anormal de un participante en la misma. La misma pena se aplicara al que aceptare una dádiva o promesa remuneratoría, con los fines indicados en el párrafo anterior".

[460] Legge n. 12.299 del 27 luglio 2010, Art. 41-E. "Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que se fraude, de qualquer forma, o resultado de competição esportiva: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa".

sentenza resa il 2 novembre 2011[461] tre giocatori di cricket e un procuratore sportivo con pene da 6 a 32 mesi di carcere, per associazione per delinquere finalizzata all'alterazione di risultati sportivi.

Nelle motivazioni della sentenza, il giudice ha evidenziato con certo rammarico il comportamento dei quattro condannati, aggravato dalla loro condizione di "eroi" agli occhi dei giovani: "[t]he gravamen of the offences committed by all four of you is the corruption in which you engaged in a pastime, the very name of which used to be associated with fair dealing on the sporting field. It's not cricket was an adage. It is the insidious effect of your actions on professional cricket and the followers of it which make the offences so serious. The image and integrity of what was once a game, but is now a business is damaged in the eyes of all, including the many youngsters who regarded three of you as heroes and would have given their eye teeth to play at the levels and with the skill that you had". Il giudice ha giustificato la pena inflitta sulla base delle gravi ripercussioni sulla vita degli affezionati sportivi: "[t]hese offences, regardless of pleas, are so serious that only a sentence of imprisonment will suffice to mark the nature of the crimes and to deter any other cricketer, agent or anyone else who considers corrupt activity of this kind, with its hugely detrimental impact on the lives of many who look to find good honest entertainment and good-hearted enjoyment from following an honest, albeit professional sport".

Il delitto di corruzione privata nello sport sembra configurabile solo "in negativo", nel senso che il "risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale

[461] *Southwark Crown Court of London* , caso *R. v. Majeed and others*, n. T20117139 del 2 novembre 2011.

svolgimento della competizione" può essere raggiunto solo attraverso la condotta del corrotto che "si lascia vincere". In sede processuale, sarebbe infatti difficile dimostrare la configurabilità del reato "in positivo", quando cioè l'utilità sia stata promessa, data, richiesta o ricevuta per vincere ad ogni costo sull'avversario, anche perché scopo dello sportivo sono la vittoria e l'accesso ai premi qualitativi (fama e gloria) e quantitativi (denaro o altre utilità) che essa garantisce, motivo per cui risulterebbe ambiguo se non assurdo cercare di provare la corruzione per il conseguimento di uno scopo lecito e in maniera conforme alle funzioni assegnate all'atleta.

Problemi di interpretazione si possono porre, invece, quando la richiesta di vincere di una parte a un'altra sia accompagnata dalla somministrazione di sostanze che possono alterare le normali prestazioni fisiche e migliorarle notevolmente fino ad incidere (in maniera positiva) sul risultato finale di una competizione sportiva.

Si tratta di capire, insomma, se il doping nello sport[462] può considerarsi un metodo di corruzione tra privati. Invero, se non un'alterazione, l'uso del doping nello sport configura almeno un tentativo di modificare il corretto e leale svolgimento di una competizione sportiva, anche se risulta difficile immaginare che esso rappresenti proprio il mezzo di scambio della corruzione privata, e cioè quel beneficio indebito previsto proprio dall'art. 21 Conv. Corruzione.

---

[462] Già definito dalla Convenzione del Consiglio d'Europa contro il doping (Strasburgo, 16 novembre 1989, entrata in vigore il 1° marzo 1990, disponibile sulla rete interconnessa), in particolare all'art. 2, lett. *a)*: "doping in sport means the administration to sportsmen or sportswomen, or the use by them, of pharmacological classes of doping agents or doping methods".

Piuttosto, l'uso di doping nello sport sembra rappresentare una serie di fattispecie di reato autonome, tra cui alcune delle condotte elencate all'art. 2, par. 3, della Convenzione internazionale contro il doping nello sport (Parigi, 19 ottobre 2005)[463], come per esempio: l'uso o il tentato uso di una sostanza o di un metodo vietati (lett. *b)*); il traffico di qualunque sostanza o metodo vietato (lett. *g)*); la somministrazione o la tentata somministrazione di una sostanza o metodo vietato ad uno sportivo, o l'assistenza, l'incoraggiamento, il concorso, l'incitamento, la dissimulazione o qualunque altra forma di complicità che comporti una violazione o un tentativo di violazione delle norme antidoping (lett. *h)*).

Tali fattispecie sarebbero riconducibili alla criminalità organizzata non già attraverso il reato di corruzione privata, bensì mediante il delitto di traffico illecito di droghe e altri crimini ad esso connessi, per la cui analisi si richiama quanto detto nel capitolo precedente.

G.4) La responsabilità degli enti privati

Oltre alla responsabilità delle persone fisiche, bisogna chiedersi se le persone giuridiche debbano essere considerate responsabili per corruzione privata. L'art. 21 della Conv. corruzione non menziona specificamente questa possibilità. Ciononostante va ricordato che l'art. 26, par. 1, della stessa Convenzione prevede un obbligo per gli Stati di adottare "such measures as may be necessary, consistent with its legal principles, to establish the liability of legal persons for participation in the offences established in accordance with this Convention". Inoltre, ai sensi dell'art. 26, par. 2, par. 3, "the liability of legal

[463] Entrata in vigore il 1° febbraio 2007, disponibile sulla rete interconnessa.

persons may be criminal, civil or administrative […] without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the offences". In particolare, l'art. 26, par. 4 stabilisce che "legal persons held liable in accordance with this article are subject to effective, proportionate and dissuasive criminal or non-criminal sanctions, including monetary sanctions".

Sul piano regionale, la Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione va oltre il disposto normativo della Convenzione delle Nazioni Unite. Il *Rapport explicatif* del primo strumento, infatti spiega, che "l'expression «entités du secteur privé» [prévues aux articles 7 et 8] désigne les sociétés, les entreprises, les fondations et autres entités qui sont détenues entièrement ou dans une mesure déterminante par des particuliers. Naturellement, toute une gamme d'entités est ici visée, notamment les entités qui pratiquent «des activités commerciales». Il peut s'agir de sociétés, mais aussi d'entités dépourvues de la personnalité juridique. Aux fins de cette disposition, le terme «entité» doit être compris comme pouvant également signifier, dans ce contexte, une personne physique. Les entités publiques n'entrent pas donc dans le champ de cette disposition".

La normativa italiana prevista all'art. 2635 si riferisce esclusivamente al settore societario, escludendo dalla sanzione del reato di corruzione privata altri enti non provvisti di personalità giuridica.

La disciplina di cui agli art. 445-1 e 445-2 del codice penale francese, invece, è più ampia, e prende in considerazione une personne […] morale ou […] un organisme quelconque".

Ai sensi del *Foreign Corrupt practices act*, invece, the term "United States person" means a national of the United States or any corporation, partnership, association,

joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof".

5. La prevenzione della corruzione

La Conv. corruzione (Merida, 31 ottobre 2003) è cronologicamente l'ultimo trattato internazionale a vocazione universale in materia di contrasto a un fenomeno riconducibile alla criminalità organizzata. A differenza degli strumenti che l'hanno preceduta, essa è dotata di un'ampia parte dispositiva dedicata alla prevenzione del delitto, con norme specifiche per un intervento mirato in diversi settori dell'apparato statale, della società in generale e del settore privato.

In particolare, il capitolo I della Conv. corruzione prevede norme per la creazione di politiche e pratiche generali di prevenzione (art.5) e di organi nazionali specifici (art. 6); l'intervento nel settore pubblico (art. 7); la realizzazione di codici di condotta per i pubblici funzionari (art. 8); la contrattazione e la gestione dell'amministrazione pubblica, ivi compresa la gestione dell'informazione (art. 9 e art. 10); il rafforzamento dell'integrità del potere giudiziario (art. 11); il miglioramento dei comportamenti nel settore privato (art. 12) e la partecipazione attiva della società civile e della cittadinanza (art. 13).

Si tratta di interventi di carattere strutturale, mirati a combattere la corruzione in settori strategici dello Stato, inteso non solo come insieme delle istituzioni, ma nella sua accezione più ampia che include anche la popolazione e il settore privato, sempre più importante nell'epoca della grande globalizzazione.

Questa parte della Convenzione è diretta a installare negli individui le capacità necessarie a riconoscersi nello Stato e a partecipare alla sua gestione e organizzazione, così da poter sfuggire alla *longa manus* della criminalità organizzata.

Paradossalmente, per combattere questo fenomeno lo Stato deve prefissarsi parte degli obiettivi ricercati dalle organizzazioni criminali: da un lato, il senso di appartenenza dei singoli all'interno dell'organizzazione; dall'altro, lo sviluppo economico e sociale reso possibile dalla somma dei comportamenti individuali.

Non è un caso che un'organizzazione di carattere criminale come la camorra sia conosciuta tra i suoi affiliati con il nome di "o' sistema"[464], inteso come gruppo strutturato che individua i giovani, li istruisce, li stipendia e si prende cura di loro in caso di necessità, assistendo le famiglie e offrendo loro una vita alternativa[465].

Come si è visto[466], l'alternativa offerta dal gruppo criminale è quella a uno Stato inerte e impreparato a ricevere e soddisfare le richieste dei cittadini che nel sentirsi isolati e abbandonati cercano nuove forme di

---

[464] SAVIANO, *Gomorra*, Milano, 2006, p. 33. "Camorra è una parola inesistente, da sbirro. Usata dai magistrati e dai giornalisti, dagli sceneggiatori. È una parola che fa sorridere gli affiliati, è un'indicazione generica, un termine da studiosi, relegato alla dimensione storica. Il termine con cui si definiscono gli appartenenti a un clan è Sistema: «Appartengo al Sistema di Secondigliano». Un termine eloquente, un meccanismo piuttosto che una struttura. L'organizzazione criminale coincide direttamente con l'economia, la dialettica commerciale è l'ossatura del clan".

[465] OLIVA, SCANNI, *O' sistema*, documentario RAI, 2007, disponibile sulla rete interconnessa, minuto 2:33-2:53.

[466] *Supra*, cap. I.

aggregazione fuori dalle istituzioni e, nei casi più gravi, contro di esse.

A ciò deve aggiungersi un particolare che viene generalmente trascurato quando si intraprendono strategie di contrasto contro la criminalità organizzata, e cioè il fatto che gli individui parte alle associazioni criminali sono inseriti nello stesso contesto economico, sociale e culturale in cui vivono le persone che, invece, lavorano per le istituzioni, motivo per cui la differenza tra i comportamenti criminali e quelli istituzionali tende ad assottigliarsi. In alcuni casi, la possibilità di lavorare per il settore pubblico diventa l'unica differenza (formale) tra l'azione rispettosa della legge e quella criminale.

Per un contrasto efficace è necessario, quindi, prendere in considerazione il fatto che le istituzioni sono pur sempre composte da persone (in molti casi nominate sulla base di criteri politici) che, nonostante ricoprano cariche pubbliche, possono essere soggette a regole diverse rispetto a quelle del buon andamento della pubblica amministrazione, poiché influenzate da profondi vincoli sociali e soprattutto familiari esterni alle istituzioni stesse.

Poiché il funzionario pubblico corre il rischio di dover scegliere tra tali vincoli e il suo rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, il buon andamento della funzione pubblica potrebbe risentirne in negativo, in quanto maggiormente esposto a interferenze esterne da parte di chi gode di relazioni privilegiate all'interno delle istituzioni.

La prima parte della Conv. corruzione interviene proprio su queste possibili devianze, proponendosi di incidere sui comportamenti che possono generare azioni illecite.

Si pensi ai politici che, per risultare vincitori di una competizione elettorale, si mettono "a disposizione" dei

gruppi criminali per ottenere un maggior numero di preferenze, ponendo in essere il cosiddetto voto di scambio; alle infiltrazioni mafiose negli enti pubblici, con cui i gruppi criminali controllano l'operato delle istituzioni e possono gestirne le risorse economiche; alla corruzione dei funzionari incaricati di amministrare giustizia, con gravissime ripercussioni sul piano della certezza del diritto e della percezione che dello Stato possano avere i cittadini; al conflitto di interessi tra le posizioni ricoperte da un individuo in qualità di privato cittadino e di funzionario pubblico.

Se è pacifico il fatto che tutte queste condotte possono essere disciplinate e represse mediante il diritto penale, non è altrettanto vero che la loro sanzione costituisca anche garanzia di non ripetizione, intesa come soppressione definitiva dei comportamenti illeciti.

Bisogna ricordare, infatti, che nel contrasto alla criminalità organizzata la forza e l'efficacia del diritto penale risultano limitate se non vengono sostenute da politiche pubbliche preventive in grado di risolvere, in tutto o in parte, un problema le cui radici devono essere ricercate negli strati più profondi della società.

Dello stesso avviso sembra essere la Commissione Europea, che nell'allegato sull'Italia della Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione fa notare l'esigenza di un molteplice approccio al fenomeno criminale, sottolineando che "negli ultimi vent'anni la strategia di lotta alla corruzione in Italia ha fatto leva in buona parte sull'aspetto repressivo. La nuova legge anticorruzione, adottata il 6 novembre 2012, ha riequilibrato la strategia

rafforzandone l'aspetto preventivo e potenziando la responsabilità (accountability) dei pubblici ufficiali"[467].

Più in dettaglio, la corruzione tende a diventare endemica quando si infiltra nelle istituzioni, fino a risultare "normale" per le persone che vivono in realtà e contesti corrotti.

Tale normalità si alimenta in buona sostanza di due elementi: uno, di natura oggettiva o quantitativa, consistente nella ripetizione costante nel tempo di una serie di condotte illecite; l'altro, di natura soggettiva o qualitativa, dato dal convincimento che i comportamenti in questione siano, appunto, "normali".

Per quanto riguarda il primo elemento, la strategia preventiva proposta dalla Conv. corruzione si basa sostanzialmente sull'obbligo, imposto agli Stati, di una riforma delle regole che stanno a capo del settore pubblico e di quello privato, richiedendo un intervento strutturale sulla forma di organizzazione e di gestione delle istituzioni e degli enti.

Sul secondo elemento, invece, la Conv. corruzione richiede un'azione incisiva sugli individui, prendendo in considerazione il fatto che per modificare il sistema sia necessario cambiare la mentalità di chi ne è parte.

Attraverso questa strategia si può contrastare la culturalizzazione delle condotte illecite, uno dei fattori più importanti per l'affermazione e lo sviluppo della criminalità organizzata, che si manifesta mediante la violenza, sia in forma fisica che psicologica, meno evidente e per questo motivo più pericolosa.

---

[467] Commissione Europea, COM(2014) 38, *Allegato sull'Italia della relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles, 2014, p. 2, disponibile sulla rete interconnessa.

La consapevolezza di vivere in un sistema corrotto genera, infatti, la convinzione di doversi adattare al sistema per poter raggiungere gli obiettivi più disparati (aprire un'attività imprenditoriale, produrre beni, amministrare giustizia, creare un partito politico).

Si pensi al voto di scambio previsto dall'art. 416 ter del codice penale italiano, oggetto di recente riforma legislativa. Fermo restando la complessità della conoscenza delle norme giuridiche da parte dei "non addetti ai lavori", sarebbe interessante capire quanti cittadini intendano non già il significato della norma penale, quantomeno la pericolosità dell'accettazione di un'utilità in cambio del voto a un determinato candidato e il pregiudizio che tale comportamento arreca al diritto alla partecipazione politica, strumentale alla realizzazione di altri diritti che i rappresentanti eletti hanno l'obbligo di tutelare. Se i cittadini fossero coscienti di questo pericolo, potrebbero evidentemente evitare il "pacco elettorale", inteso sia come insieme di regalie ricevute in cambio del voto[468], sia come frustrazione per il mancato avveramento di false promesse elettorali.

La strategia di contrasto a questo elemento qualitativo della corruzione deve dunque prevedere programmi specifici che siano in grado di restaurare la fiducia nel sistema (quello legale), ridando agli individui il senso di appartenenza allo Stato di cui hanno bisogno per rispettarlo e contribuire al suo sviluppo. Tale "senso di appartenenza" passa anche attraverso l'apprezzamento che gli individui hanno delle istituzioni.

---

[468] IACOBONI, *L'Italia che (non) sa votare le preferenze*, *lastampa.it*, 2014*;* SAVIANO, *Ecco il prezzo dei nostri voti,* in in *espresso.repubblica.it*, 2013.

5.1 Politiche e pratiche di prevenzione della corruzione

Tra i fattori principali che garantiscono la sopravvivenza e lo sviluppo delle organizzazioni criminali vi sono, come si è visto, la solidarietà degli affiliati e la possibilità di realizzare condotte illecite in maniera più o meno segreta, lontano dall'attenzione dell'opinione pubblica e dal potere repressivo delle autorità statali.

Il miglior contributo a questa segretezza è dato dal silenzio promosso all'interno e all'esterno delle organizzazioni criminali: nel primo caso, il vincolo di omertà procede da un patto di solidarietà tra i delinquenti associati; nel secondo, invece, è necessaria un'azione diretta a "comprare" le volontà di chi non partecipa direttamente al sodalizio illecito.

La corruzione è, quindi, necessaria e strumentale ai fini della commissione dei reati, perché contribuisce a distrarre l'attenzione di chi, invece, potrebbe "far luce" su fatti penalmente rilevanti. La "mancanza di luce" può essere reinterpretata come "zona d'ombra", all'interno della quale, si è visto, la criminalità organizzata può agire senza troppi ostacoli.

L'art. 5, par. 1, della Conv. Corruzione impone agli Stati parti l'obbligo di sviluppare o mantenere "coordinated anti-corruption policies that [...] reflect the principles of the rule of law, proper management of public affairs and public property, integrity, transparency and accountability".

In questa norma sono contenuti i principi su cui si basa il primo capitolo della Conv. corruzione e, di conseguenza, ogni azione intrapresa dagli Stati in ambito preventivo. Essi sono, il principio di responsabilità (o *accountability*), il principio di trasparenza e il rispetto delle regole (o *compliance*).

La prima è generalmente intesa come la responsabilità, formale o non, in capo a un soggetto o a un gruppo di soggetti, del risultato conseguito da un'organizzazione, sulla base delle proprie capacità, abilità ed etica. Tale responsabilità richiede giudizio e capacità decisionale e si realizza nei confronti di uno o più portatori di interessi con conseguenze positive (premi) o negative (sanzioni), a seconda che i risultati desiderati siano raggiunti o disattesi.

La seconda riguarda l'accessibilità alle informazioni sull'organizzazione e la gestione delle istituzioni o degli enti privati, mediante la pubblicazione o la messa a disposizione di dati sensibili per far conoscere la natura dei servizi resi, le loro caratteristiche e le modalità di erogazione, prevenire fenomeni corruttivi, promuovere l'integrità e sottoporre al controllo diffuso ogni fase del ciclo di gestione delle attività per consentirne il miglioramento.

La terza, infine, concerne il rispetto delle norme ed è intesa come l'adeguamento dell'azione degli enti privati e di quelli pubblici a quanto stabilito da leggi, regolamenti, linee guida etiche o codici di condotta[469].

Nei prossimi paragrafi, si analizzeranno più in dettaglio gli obblighi degli Stati inerenti a questi principi, specialmente per quanto riguarda la promozione della partecipazione della società e la corretta amministrazione dei partiti politici.

5.2 La partecipazione della società

L'art. 5, par. 1, della Conv. corruzione prevede per gli stati gli obblighi di sviluppare o mantenere attive

[469] AA.VV., *Dizionario di economia e finanza Treccani*, 2012, disponibile sulla rete interconnessa.

"coordinated anti-corruption policies that promote the participation of society".

D'accordo con quanto previsto dall'art. 13, par. 1, lett. *a)*, della Conv. corruzione, tale partecipazione deve essere rafforzata mediante "the contribution of the public to decision-making processes", così che ogni cittadino possa partecipare ai processi di formazione decisionale.

La partecipazione può essere indiretta, mediante l'esercizio del diritto al voto e l'elezione di rappresentanti politici, o diretta, attraverso il coinvolgimento dei singoli cittadini e il dialogo costante di questi con le istituzioni.

Una definizione più precisa di partecipazione politica sembra essere quella offerta dall'Instituto Interamericano de Derechos Humanos (in seguito: IIDH) interpretando l'art. 23, par. 1, della Convenzione Americana sui diritti umani, il quale stabilisce che "[t]odos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". Sulla base di questa norma, l'IIDH ha considerato che esistano quattro "assi" della partecipazione politica, tra cui: il diritto a creare una propria forma di organizzazione politica; il diritto a eleggere ed essere eletto; il diritto a partecipare al lavoro delle istituzioni pubbliche e il diritto all'informazione sull'operato dello Stato[470].

[470] CORASANITI, THOMPSON, *Un acercamiento a la participación política desde la dimensión de la pobreza*, in

L'art. 5, par. 1, della Conv. corruzione deve essere interpretato alla luce del disposto normativo dell'art. 13 della stessa Convenzione, secondo cui gli Stati devono promuovere "the active participation of individuals and groups outside the public sector, such as civil society, non-governmental organizations and community-based organizations".

Questa previsione ha suscitato discussioni sul piano internazionale, poiché gli Stati si sono chiesti se sia in realtà possibile che "tutti" siano coinvolti nella partecipazione contro la corruzione.

Curioso è il fatto che, mentre la Conv. corruzione richiede l'impegno e la partecipazione della società *in toto*, richiamando gli Stati a un coinvolgimento diretto degli individui, gli altri strumenti regionali contro la corruzione non contengono un obbligo così ampio.

In particolare, la Convenzione interamericana contro la corruzione si limita al coinvolgimento della società civile, mediante la previsione di cui all'art. III, par. I, mentre, per quanto riguarda la partecipazione generale della società, si limita a richiedere agli Stati di "[p]ropiciar[...] el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes [otorgando] especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción".

Come la Convenzione interamericana, anche la Convenzione dell'Unione africana per prevenire e combattere la corruzione si limita a prevedere il coinvolgimento della società civile (art. 12, par. 1).

CORASANITI, THOMPSON (a cura di) *Un acercamiento a la participación política desde la dimensión de la pobreza*, San José de Costa Rica, 2011, p. 24 ss.

Tra gli strumenti adottati dal Consiglio d'Europa, invece, la Convenzione penale e la Convenzione civile contro la corruzione non contengono alcun riferimento al coinvolgimento della società nella prevenzione di questo fenomeno.

La mancata previsione negli strumenti regionali della partecipazione della società *in toto* ai processi politici decisionali può essere riconducibile alle discussioni tra gli Stati sulla possibilità di coinvolgere "chiunque", ivi comprese le singole persone. Se, da una parte, tale possibilità si presta a problemi di carattere quantitativo (è praticamente impossibile ascoltare e incorporare nelle decisioni politiche le richieste di tutti), dall'altra essa deve essere analizzata da una prospettiva qualitativa, poiché non avrebbe senso aumentare il numero di persone coinvolte nei processi decisionali senza migliorarne le conoscenze e le capacità critiche.

Non è mancato chi ha dichiarato che il problema della partecipazione diretta non si presenterebbe solo quando la quantità di individui partecipanti sia eccessiva, ma anche quando, paradossalmente, sia troppo istruita.

Nel 1975, critiche provenienti specialmente dai privati[471] erano state mosse[472] alla partecipazione della

[471] Un esponente di questi privati potrebbe considerarsi la Commissione trilaterale, che "was formed in 1973 by private citizens of Japan, Europe (European Union countries), and North America (United States and Canada) to foster closer cooperation among these core industrialized areas of the world with shared leadership responsibilities in the wider international system. Originally established for three years, our work has been renewed for successive triennia (three-year periods), most recently for a triennium to be completed in 2015. When the first triennium of the Trilateral Commission was launched in 1973, the most immediate purpose was to draw together—at a time of considerable friction

among governments—the highest-level unofficial group possible to look together at the key common problems facing our three areas". "When the Trilateral Commission was first launched, the plan was for an equal number of members from each of the three regions. The numbers soon began to grow, and ceilings were imposed about 1980. These ceilings have been raised somewhat since then as new countries came to be represented in the groups. The European Group includes members from Austria, Belgium/Luxembourg, Bulgaria, Croatia, Cyprus, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Norway, Poland, Portugal, Romania, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, the Netherlands, and the United Kingdom. It now has a ceiling of 170 members which is divided into national quotas. Germany has a quota of 20; France, Italy, and the United Kingdom each have a quota of 18; and Spain has a quota of 12. The remaining national quotas range from 6 to 1. The quota for the North American Group is 120, including 20 Canadian members, 13 Mexican members and 97 U.S. members. The Japanese Group of 85 members expanded in 2000 to become the Pacific Asian Group and now includes over 100 members from Japan, Korea, Australia, New Zealand, the original five ASEAN countries (Indonesia, Malaysia, the Philippines, Singapore and Thailand), India, and the People's Republic of China. Triennium Participants from Hong Kong and Taiwan have also participated. This group changed its name to Asia Pacific Group in 2012", disponibile su *trilateral.org*

[472] "The single most important status variable affecting political participation and attitudes is education. The more educated a person is, the, more likely he is to participate in politics, to have a more consistent and more ideological outlook on political issues, and to hold more "enlightened" or "liberal" or "change oriented" views on social, cultural, and foreign policy issues. Consequently the democratic surge could be simply the reflection of a more highly educated populace". Tuttavia, a detta dei relatori, proprio questa maggiore predisposizione alla partecipazione può avere delle ripercussioni negative sulla governabilità, poiché è più difficile dirigere gruppi di persone istruite verso alcune, ristrette, scelte politiche: CROZIER, HUNTINGTON, WATANUKI, *The Crisis of Democracy*, New York, 1975, p. 33 ss.

società nei processi decisionali. Secondo questa opinione, paradossalmente, troppa istruzione genererebbe un sovraccarico del sistema democratico e l'impossibilità di smuovere il sistema politico decisionale, per il semplice fatto che troppi attori generano una pluralità di fonti difficilmente gestibile, specie quando quegli stessi attori cercano protagonismo o visibilità politica.

Tale affermazione potrebbe però contenere un'imprecisione, risultato dell'inesperienza dell'epoca sugli effetti dell'istruzione pubblica libera e gratuita per tutti: se, infatti, da una parte è vero che essa ha contribuito a innalzare i livelli di cultura generale e delle capacità critiche degli individui, sovraccaricando il sistema politico decisionale, dall'altra bisognerebbe chiedersi se i metodi e i contenuti dell'insegnamento siano stati i più corretti, soprattutto considerando lo spazio dedicato a materie come l'educazione civica o la coesione sociale, di importanza primaria ai fini della prevenzione della corruzione e del contrasto alla criminalità organizzata.

Paradossalmente, infatti, l'istruzione volta a sviluppare le sole capacità critiche "dell'individuo" e non dell'"individuo come membro di un gruppo" potrebbe generare un sofismo estremo in grado di bloccare iniziative sociali ed economiche importanti.

Scopo dell'istruzione deve essere, invece, quello di migliorare le capacità intellettuali dell'individuo per se stesso, ma nel rispetto della società, per scongiurare possibili scenari in cui singoli, troppo istruiti, decidano di utilizzare gruppi di persone per scopi illeciti.

Senza un'istruzione in cui siano presenti materie come l'educazione civica o la coesione sociale si corre infatti il rischio di creare nuovi nuclei di criminalità organizzata, poiché lo sviluppo nell'individuo di capacità intellettuali critiche fine a se stesse potrebbe

paradossalmente generare in lui disillusione e distanza dal resto della società, prediligendo l'individualismo alla vita sociale e l'affermazione personale anche a discapito delle regole stabilite da un gruppo di cui non si condividono principi né valori[473].

Proprio sull'errore commesso dai sistemi di istruzione statali si potrebbe intervenire attraverso la Conv. corruzione, utilizzando la previsione di cui all'art. 13, par. 1, lett. *c)*, nella parte in cui impone agli Stati parti l'obbligo di rafforzare la partecipazione della società nella prevenzione della corruzione con misure come "[u]ndertaking […] public education programmes, including school and university curricula".

Si riconoscerebbe, in questo modo, l'importanza del contrasto alla corruzione a partire dal sistema

[473] A ben ricordare, si tratta degli stessi effetti che la povertà e l'emarginazione hanno avuto sulla creazione dei primi nuclei di criminalità organizzata, i più violenti, che prediligono la commissione dei reati analizzati nel I capitolo. Sembra dunque che alla radice della nascita della criminalità, specie quella associata, si possa considerare come elemento comune ai gruppi criminali un certo "isolamento", inteso come discriminazione (procedente, quindi, da fattori esterni ai soggetti associati) o come "allontanamento volontario" (che riguarda una scelta "deliberata"). Attraverso questa lettura, si giustificherebbe, per esempio, la nascita dei *white-collar crimes*, che hanno una matrice differente rispetto ai reati più violenti realizzati dalla criminalità organizzata, poiché le loro origini presuppongono cause diverse rispetto alla povertà e all'emarginazione. Alla luce delle considerazioni precedenti, non sembra un caso il fatto che l'identificazione di questo tipo di delitti sul piano internazionale sia avvenuta durante il V Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione e il controllo del crimine, tenutosi a Ginevra nel 1975, stesso anno in cui venne pubblicato il rapporto della Commissione trilaterale sopra menzionato.

dell'istruzione pubblica e dal mondo accademico, sottolineando la necessità di aggregare ai programmi ministeriali gli insegnamenti di quei principi che costituiscono la base della Conv. corruzione (trasparenza, responsabilità e rispetto delle regole), installando nell'individuo le capacità per riconoscere la corruzione e tenersene lontano, allertando la popolazione in generale sui pericoli per lo Stato di diritto derivanti da questo fenomeno.

Nel 2009, l'IIDH ha realizzato l'"Encuentro Interamericano de intercambio de experiencias en promoción de la transparencia y la lucha contra la corrupción", riunendo le istituzioni e le organizzazioni della società civile dell'America Latina. Durante questa attività, i partecipanti hanno messo in risalto la necessità di incrementare la partecipazione della società nella lotta alla corruzione e di migliorare le capacità partecipative degli individui, attraverso programmi di sensibilizzazione e formazione realizzati con la collaborazione delle organizzazioni internazionali, così come previsto dall'art. 5, par. 4 della Conv. corruzione[474].

Sempre secondo l'esperienza dell'IIDH, la mancanza di qualità nella partecipazione politica potrebbe portare al "circuito de la doble decepción", un fenomeno consistente in una doppia disillusione: da una parte quella dei cittadini verso la politica; dall'altra, quella dei politici verso i cittadini, per sentirsi costantemente criticati e accomunati a

[474] Art. 5, par. 4, Conv. Corruzione. "States Parties shall, as appropriate and in accordance with the fundamental principles of their legal system, collaborate with each other and withrelevant international and regional organizations in promoting and developing the measures referred to in this article. That collaboration may include participation in international programmes and projects aimed at the prevention ofcorruption".

delinquenti corrotti a prescindere dalle loro azioni[475]. Questo "circuito" costituirebbe un'altra zona d'ombra in cui la criminalità organizzata può muoversi liberamente, approfittando dell'insoddisfazione e la frustrazione dei cittadini e dei rappresentanti politici.

5.3 Rispetto del principio di trasparenza e ruolo dell'informazione

Se, da una parte, gli individui hanno diritto alla libera partecipazione e all'accesso all'informazione su fatti riguardanti la corruzione, dall'altra essi devono poter misurare la portata delle loro critiche nei confronti di soggetti terzi eventualmente coinvolti.

In questo senso, il principio di trasparenza in base al quale gli Stati devono garantire l'accesso effettivo all'informazione sulla corruzione *ex* art. 13, par. 1, lett. *b)*, trova un limite espresso nell'esercizio dei diritti delle persone che potrebbero essere (ma non si sa se lo sono a tutti gli effetti) autori di atti di corruzione.

Ecco perché l'art. 13, par. 1, lett. *d)*, prevede che la partecipazione debba essere rafforzata "[r]especting, promoting and protecting the freedom to seek, receive, publish and disseminate information concerning corruption", imponendo, però, un limite, secondo il quale [t]hat freedom may be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided for by law and are necessary […] for respect of the rights or reputations of others.

Su questo punto è importante notare che i mezzi di comunicazione hanno un ruolo importante nella promozione della partecipazione, anche se molto spesso

[475] CORASANITI, THOMPSON, *op. cit.*, p. 34.

essi infrangono i limiti imposti al principio di trasparenza e libera informazione a danno di soggetti terzi, specie quando si tratta di corruzione o delitti ad essa connessi. Il riferimento non è solo ai possibili atti di diffamazione, da cui chi si ritenga leso è protetto nelle opportune sedi giudiziarie, ma anche e soprattutto al linguaggio utilizzato ai fini della comunicazione.

In particolare, se è vero che la critica su condotte che possono essere considerate immorali, inappropriate o corrotte è legittima, è anche vero che la comunicazione utilizzata cade spesso nella trivialità o nell'ovvio, utilizzando un linguaggio non del tutto appropriato. Succede così che chi vuole criticare la criminalità cade nell'errore di usarne il linguaggio, incentivando sentimenti negativi e comportamenti critici sulla base di fatti non provati o ancora al vaglio del giudizio della magistratura.

Resta famoso il discorso pronunciato il 3 novembre 1993 dall'ex-presidente della Repubblica italiana Oscar Luigi Scalfaro, che fece riferimento a un "gioco al massacro" in periodo pre-elettorale riguardante le speculazioni sulle accuse ricevute dall'ex-direttore amministrativo del servizio segreto civile su versamenti mensili agli ex-Ministri dell'interno per un ammontare di 100 milioni delle vecchie lire utilizzati per fini "non sempre istituzionali". Il discorso del Presidente esordì in questo modo: "Prima si è tentato con le bombe, ora con il più vergognoso e ignobile degli scandali. Occorre rimanere saldi e sereni […] Il grande problema che dobbiamo, tutti insieme […] affrontare e risolvere è quello di fare giustizia nei confronti di chi ha commesso fatti gravi contro la legge e al tempo stesso di non recar danno alla vita dello Stato e alla sua immagine nel mondo […] O siamo capaci di reagire, considerando reato il reato ma difendendo a oltranza e gli innocenti e le nostre istituzioni repubblicane,

o condanniamo tutto il popolo e noi stessi ad assistere a questo attentato metodico, fatale alla vita e all'opera di ogni organo essenziale per la salvezza dello Stato democratico. A questo gioco al massacro, io, non ci sto! Io sento il dovere di non starci!"

Si pensi ai casi in cui la stampa italiana ha fatto riferimento ai "pizzini" come forma di comunicazione tra funzionari pubblici, alludendo al metodo utilizzato da Provenzano, ex esponente dei vertici di Cosa Nostra, per comunicare con la sua organizzazione mafiosa; o alle situazioni in cui è stata attribuita la qualifica di "fedelissimo" a un funzionario pubblico o a un soggetto privato, per sottolinearne la subordinazione o la complicità rispetto a un altro.

Il fatto di utilizzare un linguaggio che attinge a campi semantici mafiogeni o addirittura religiosi può avere delle ripercussioni molto gravi, sia sui destinatari del messaggio (il pubblico in generale) che sui soggetti criticati. Mentre, infatti, l'opinione dei primi viene indirizzata con pregiudizi nei confronti dei soggetti criticati a mezzo stampa o televisivo; i secondi vengono esposti a giudizi sommari che ne possono ledere irrimediabilmente la reputazione, combattendo, in questo modo, un atteggiamento eventualmente criminale con un metodo sicuramente criminale, generando violenza sociale invece che accesso trasparente all'informazione.

5.4 Il finanziamento ai partiti politici

Come si è menzionato, la partecipazione della società nella prevenzione della corruzione può manifestarsi anche attraverso il diritto di creare una propria forma di organizzazione e il diritto ad eleggere ed essere eletto.

Su queste due manifestazioni della partecipazione è opportuno soffermarsi per introdurre un altro tema

importante per la prevenzione della criminalità organizzata e della corruzione, che è quello dei partiti politici.

Bisogna subito dire che la Conv. Corruzione menziona i partiti politici una sola volta all'art. 7, par. 3, richiedendo agli Stati "to enhance transparency in the funding of candidatures for elected public office and, where applicable, the funding of political parties".

Nonostante questa unica menzione, la Conv. corruzione fornisce un tema di discussione importante sulle ripercussioni delle attività della criminalità organizzata sulla politica e la sua gestione.

A causa degli scandali che negli ultimi anni hanno travolto i partiti politici, infatti, si è assistito alla progressiva perdita di fiducia da parte della cittadinanza[476] e alla ricerca di forme di partecipazione più diretta, anche grazie allo sviluppo di nuove forme di comunicazione.

Tra i reati di cui si sono resi responsabili i partiti politici (o più specificamente, i loro rappresentanti?) vi sono sicuramente quelli concernenti i finanziamenti illeciti.

Tali finanziamenti possono essere classificati secondo la fonte di provenienza: da una parte, quelli che prevedono una "redistribuzione" illecita di risorse provenienti dalle casse pubbliche, mediante la richiesta di

[476] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, raccomandazione 1516 (2001) del 22 maggio 2001, par. 1. Cfr. anche, Corriere della sera, *Fiducia nei partiti politici ai minimi: 2,3 punti su dieci*, 2013, p.6, disponibile su corriere.it; RAVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013; ARTIGA-GONZÁLEZ, *Democratización de los partidos políticos. Retos y desafíos en el ámbito regional*, in *Revista IIDH*, 2006, p. 197; DALTON, *Citizen politics: public opinion and political parties in advanced industrial democracies*, Washington, 2006; BOUIN, *La grande désillusion des Français envers leurs élus*, in *lefigaro.fr*, 2011.

commissioni sull'assegnazione di appalti a soggetti privati; dall'altra, l'immissione nella politica di risorse provenienti da commerci illegali, per ottenere dei benefici che andranno a incidere positivamente su quel tipo di commerci o più semplicemente per riciclare capitali che potrebbero altrimenti rimanere inutilizzati o confiscati a causa della loro provenienza illecita.

Per quanto concerne la prima tipologia di finanziamento illecito, si può ricordare a titolo di esempio lo scandalo di "mani pulite" in Italia, in cui esponenti politici e imprenditori avevano costituito un sodalizio criminale mediante il quale i partiti venivano illecitamente finanziati con tangenti versate da soggetti privati a funzionari pubblici in cambio di appalti su determinati servizi.

Tra i 2565 imputati, vi fu anche l'ex presidente del Consiglio italiano Bettino Craxi, condannato dalla Corte di Cassazione con sentenza resa il 20 aprile 1999 a quattro anni e sei mesi di reclusione, cinque anni di interdizione dai pubblici uffici e quasi dieci miliardi di risarcimento alla metropolitana di Milano per corruzione e illecito finanziamento dei partiti.

Casi di questo tipo non sono mancati anche fuori dai confini italiani. Con sentenza resa il 26 ottobre 2005, il *Tribunal correctionel de Paris* ha condannato a pena detentiva Michel Giraud (ex presidente del consiglio Regionale dell'Ile-de-France), Michel Roussin (ex-direttore di gabinetto presso la mairie di Parigi) e altri 43 imputati per il caso del finanziamento illegale dei partiti politici in Francia, posto in essere mediante un patto di corruzione stabilito all'inizio degli anni Novanta tra imprese, partiti politici e il Consiglio Regionale dell'Ile-de-France, mediante il quale venivano illecitamente assegnati gli appalti per la costruzione dei licei della

regione in cambio di commissioni illecite da versare ai partiti.

Più recentemente, con sentenza resa il 13 febbraio 2013 il tribunale di Bari ha condannato l'ex-ministro agli affari regionali e ex-presidente della Regione Puglia a 4 anni di reclusione per corruzione, illecito finanziamento ai partiti e abuso d'ufficio, reati commessi per la ricezione di una tangente da 500 mila euro pagata dall'imprenditore Giampaolo Angelucci prima e dopo la campagna politica del 2005, per far assegnare alle aziende di quest'ultimo un appalto settennale da 198 milioni di euro per la gestione di 11 residenze sanitarie assistite (Rsa). Secondo il tribunale, l'ex-presidente aveva "un piano molto più ampio rispetto alla semplice volontà di attivare le strutture sanitarie", che "[gli] ha consentito […] di contare su un appoggio economico di rilievo per il suo movimento politico che proprio in quel periodo si stava formando".

Per quanto concerne la seconda tipologia di finanziamenti, invece, va detto che il potere economico delle organizzazioni criminali dedicate ai commerci illeciti è aumentato così tanto da riuscire a sovvenzionare una politica propria, costituita principalmente dalle infiltrazioni dei criminali nei partiti e di conseguenza nelle istituzioni politiche.

In Paesi in cui è particolarmente sviluppato il narcotraffico, per esempio, le istituzioni sono costantemente minacciate dall'infiltrazione di capitali illeciti e di personaggi appartenenti alla criminalità organizzata.

In Colombia, il finanziamento illecito proviene dal mercato del narcotraffico. Il "proceso 8000" vide coinvolti l'ex presidente colombiano Samper e altri funzionari pubblici di alto rango. La *Corte Suprema de justicia* colombiana arrivò a condannare senatori, rappresentanti

della Camera[477], un procuratore generale, un ex ragioniere dello Stato e vari esponenti del cartello criminale di Cali, mentre il presidente Samper venne assolto dalla *Comisión de Acusaciones de la Cámara*, che archivió il caso.

Ad ogni modo, non è necessario considerare realtà tanto lontane per capire che la criminalità organizzata può insediarsi nelle istituzioni di qualunque Stato.

L'Unione Europea ha sottolineato che nel 2012 in Italia sono scattate indagini penali e ordinanze di custodia cautelare nei confronti di esponenti politici regionali in circa la metà delle 20 regioni italiane. In applicazione della legge n. 221/1991 sono stati sciolti 201 consigli municipali, di cui 28 dal 2010 (per lo più nel meridione, ma anche nelle regioni del nord) per presunte infiltrazioni criminali[478].

È evidente che il problema dei finanziamenti illeciti ai partiti sussiste sia nella prima tipologia (commissioni su assegnazioni di lavori pubblici) che nella seconda (riciclaggio di proventi illeciti), quando tali finanziamenti provengono dal settore privato, non essendovi pericolo di corruzione nel caso in cui le legislazioni interne prevedano finanziamenti di carattere pubblico, concessi cioè dagli stessi Stati. Ecco perché le legislazioni interne tendono a prevedere il finanziamento misto, proveniente in parte da fondi statali, in parte da privati.

Con sentenza resa il 6 agosto 2008 sul caso *Castañeda Gutman c. Messico*, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha considerato che "el Estado ha

---

[477] GUTIÉRREZ, ZOVATTO, *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*, Estocolmo, 2011, p. 212.

[478] Commissione Europea, COM(2014) 38, *Allegato sull'Italia della relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, Bruxelles*, 2014, p. 5, disponibile sulla rete interconnessa.

fundamentado [...] la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones [para responder] a un interés público imperativo"[479].

Su questo "interesse pubblico imperativo" è importante soffermarsi quando si parla di contrasto alla criminalità organizzata, ricordando quanto menzionato in merito alla corruzione come reato-mezzo, commesso cioè per raggiungere scopi ben più gravi rispetto al semplice pregiudizio arrecato alla pubblica amministrazione: se, infatti, i partiti politici fossero finanziati esclusivamente attraverso capitali privati, si aprirebbe senza dubbio la strada ai finanziamenti illeciti, specie in un'epoca in cui esiste la necessità della disposizione di ingenti risorse per guadagnare visibilità su diversi mezzi di comunicazione.

Questo è anche uno dei motivi per cui il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa si è preoccupato di stabilire regole generali per disciplinare i finanziamenti secondo il criterio di un bilancio ragionevole tra i fondi pubblici e quelli privati, richiedendo agli Stati di adottare rigide misure per le donazioni private, stabilire soglie di spesa per le campagne elettorali, richiedere trasparenza nella gestione, creare una autorità di controllo indipendente e prevedere sanzioni adeguate per chi trasgredisca.

Con la raccomandazione (2001) 1516 sul finanziamento dei partiti politici, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha previsto tra gli interventi principali la richiesta dell'apporto finanziario dei

[479] Corte Interamericana dei Diritti Umani, caso *Castañeda Gutman c. Messico*, sentenza del 6 agosto 2008, par. 193.

singoli; la ricezione di finanziamenti provenienti dalle risorse dello Stato; una regolazione dettagliata dei finanziamenti privati; la gestione dei fondi secondo il principio di trasparenza; la previsione di sanzioni adeguate e l'assoggettamento alle regole di parti terze vincolate con i partiti politici[480].

Più in particolare, l'art. 8, par. *a)*, lett. *ii)*, stabilisce che i finanziamenti pubblici devono essere diretti a prevenire la dipendenza da donatori privati "to guarantee equality of chances between political parties". L'erogazione di questi contributi dovrebbe, "on the one hand, be calculated in ratio to the political support which the parties enjoy, evaluated on objective criteria such as the number of votes cast or the number of parliamentary seats won, and on the other hand enable new parties to enter the political arena and to compete under fair conditions with the more well-established parties".

Per quanto riguarda la quantità dei finanziamenti pubblici, il Consiglio d'Europa è stato lungimirante, prevedendo che "State support should not exceed the level strictly necessary to achieve the above objectives", poiché "excessive reliance on state funding can lead to the weakening of links between parties and their electorate" (art. 8, par. *a)*, lett. *iii)*). La preoccupazione ricade quindi sia sull'assenza di finanziamenti pubblici, che può attrarre contributi di provenienza illecita, sia sulla loro eccessiva elargizione, in grado di indebolire le relazioni con l'elettorato.

---

[480] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Financing of political parties Parliamentary Assembly Recommendation 1516 (2001)*, testo adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in nome dell'Assemblea parlamentare il 22 maggio 2001, disponibile sulla rete interconnessa.

Quest'ultimo aspetto è importante se si prende in considerazione il fatto che, spesso, si suole associare la criminalità organizzata con la sua "presenza sul territorio", intesa come presenza "capillare" basata su relazioni tra individui, famiglie e gruppi di famiglie, da cui deriva una forza non solo economica, ma soprattutto sociale, che contribuisce a dare credibilità e legittimità ai gruppi criminali. Ciò che l'art. 8, par. *a)*, lett. *iii)*, vuole evitare è il fatto che l'azione dei partiti politici, forti delle risorse economiche a disposizione, avvenga senza prendere in considerazione le esigenze dell'elettorato (bisognoso di essere ascoltato e di far sapere alle istituzioni quali siano i suoi bisogni e le sue aspettative) e che quest'ultimo decida di rivolgersi a organizzazioni illecite di più facile ubicazione.

La disciplina dei finanziamenti pubblici è stata sottoposta all'attenzione della Corte Europea dei diritti umani, che con sentenza resa il 10 maggio 2012 sul caso *Özgürlük ve Dayanışma Partisi (ÖDP) c. Turchia*[481] ha dichiarato che "none of the instruments adopted by the institutions of the Council of Europe concerning political parties in a pluralist democratic regime finds to be unreasonable the requirement under national legislation for parties claiming public funding to enjoy a certain minimum level of electoral support, nor do those instruments lay down specific percentages in that regard".

D'altra parte, i finanziamenti privati non sono vietati, ma considerati "an essential source of finance for political parties". Tuttavia, poiché essi creano facili opportunità di corruzione, la raccomandazione prevede alcuni limiti tra cui: "a ban on donations from state enterprises, enterprises

[481] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *Özgürlük ve Dayanışma Partisi (ÖDP) c. Turchia,* sentenza del 10 maggio 2012.

under state control, or firms which provide goods or services to the public administration sector; a ban on donations from companies domiciliated in offshore centres; strict limitations on donations from legal entities; a ban on donations by religious institutions [and] a legal limit on the maximum sum of donations" (art. 8, par. A, lett. *iii)*, num. *v)*). Si prevede anche una soglia di spesa durante la campagna elettorale, per il fatto che, in assenza di un limite certo, i partiti politici potrebbero decidere di intensificare la ricerca dei fondi.

I partiti sono tenuti a rispettare il principio di trasparenza, per cui devono: tenere rigidi rendiconti finanziari delle entrate e delle spese, renderli pubblici e sottoporli almeno una volta all'anno a un'autorità di controllo indipendente; dichiarare l'identità dei donanti i cui finanziamenti superano un certo limite. Nel rispetto del principio di trasparenza, è prevista la creazione di autorità speciali di controllo.

Per chi non rispetti le regole, gli Stati devono necessariamente prevedere delle sanzioni "including the partial or total loss or mandatory reimbursement of state contributions and the imposition of fines. When individual responsibility is established, sanctions should include the annulment of the elected mandate or a period of ineligibility".

Di più specifica portata rispetto alla raccomandazione (2001) 1516 è la raccomandazione 2003(4) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle regole comuni contro la corruzione nel finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali.

In primo luogo, va evidenziato il fatto che si distingue più precisamente tra il finanziamento del partito politico in generale e quello del candidato alle elezioni. Così, mentre l'art. 1 è dedicato al supporto pubblico e

privato ai partiti politici, l'art. 8 disciplina l'applicazione delle regole del finanziamento ai candidati alle elezioni e ai rappresentanti eletti. Ai fini del contrasto alla criminalità organizzata non si tratta di una distinzione da poco, specie se si considera la maggiore facilità con cui i gruppi criminali possono intrattenere relazioni con un rappresentante solo, piuttosto che tutto il partito di cui egli faccia parte.

Nei casi nazionali, alcuni Stati hanno legislazioni riguardanti il finanziamento ai partiti ma non prevedono normative specifiche per i finanziamenti delle campagne elettorali, lacuna che si traduce nella mancata previsione di regole che limitino le donazioni ai singoli candidati.

In Paesi come Germania, Croazia e Turchia, per esempio, sono previste limitazioni per le donazioni ai partiti politici, ma nulla è stabilito in relazione al finanziamento delle campagne politiche dei singoli[482].

L'art. 1 della raccomandazione (2003)4 del Consiglio d'Europa distingue tra donazioni pubbliche e private. In

[482] "In Germany, party candidates and elected members of parliament may receive donations. However donations to candidates are not covered by the German legislation on parties and donations to members are the subject of an appendix to the Rules of Procedure of the Bundestag, breach of which is subject to a sanction mechanism drafted in much more general terms than the mechanism relating to unlawful donations to parties. In Croatia, the law governing donations to political parties and independent lists and candidates makes no reference to individual donations to party candidates. Turkish legislation on the keeping and auditing of party accounts makes no reference to income received and expenditure incurred by individual members of a political party in respect of their party-related political activities (§ 65 of the evaluation report and recommendation *i)"*: DOUBLET, *Fighting corruption. Political funding, Thematic review of GRECO"s third evaluation round*, 2011, p. 7-8, disponibile sulla rete interconnessa.

particolare, "[t]he State and its citizens are both entitled to support political parties" e "any support from the state and/or citizens does not interfere with the[ir] independence". Per quanto riguarda i finanziamenti pubblici, l'art. 1 prevede che "[s]tate support should be limited to reasonable contributions" distribuiti seguendo "[o]bjective, fair and reasonable criteria".

L'art. 3 della raccomandazione 2003(4) stabilisce regole specifiche per le donazioni tra cui gli obblighi di "avoid conflicts of interests; ensure transparency of donations and avoid secret donations; avoid prejudice to the activities of political parties; ensure the independence of political parties".

A questi scopi, gli Stati devono fare in modo che "donations to political parties are made public, in particular, donations exceeding a fixed ceiling; consider the possibility of introducing rules limiting the value of donations to political parties; adopt measures to prevent established ceilings from being circumvented".

Le regole sulle donazioni devono essere applicate anche alle entità connesse ai partiti politici o sotto il loro controllo (art. 6) e, *mutadis mutandis*, ai candidati alle elezioni e ai funzionari pubblici eletti (art. 8).

La precisazione di cui all'art. 6 è importante se si prende in considerazione il fatto che la criminalità organizzata è diventata con il tempo più intelligente e meno violenta, preferendo il dialogo politico rispetto all'intimidazione e la violenza e infiltrandosi nella politica attraverso le fondazioni e le associazioni della società

civile che hanno importanti contatti con le istituzioni e con la popolazione[483].

Oltre che dalle raccomandazioni emesse dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, la disciplina dei finanziamenti ai partiti politici è stabilita anche dalle Linee Guida sulla regolamentazione dei partiti politici adottate dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa[484]. Secondo quanto riportato al par. 170, "all

[483] URIBE BURCHER, *The link between politics and organized crime in the Andean region*, in *idea.int*, 2013, disponibile su www.idea.int

[484]Venezia, 15-16 ottobre 2010, 84ª sessione plenaria della Commissione di Venezia. "Istituita nel 1990, la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, meglio nota come Commissione di Venezia, è un organo consultivo del Consiglio d'Europa sulle questioni costituzionali. La Commissione di Venezia è composta da esperti di diritto costituzionale e internazionale, giudici di corti supreme o costituzionali e membri di parlamenti nazionali. La Commissione svolge un ruolo importante nella difesa del patrimonio costituzionale europeo e si è progressivamente evoluta sino a diventare un'istanza di riflessione giuridica indipendente, internazionalmente riconosciuta. La Commissione è stata particolarmente attiva nei paesi dell'Europa centrale ed orientale, assistendoli nella redazione di costituzioni nuove e di leggi sui tribunali costituzionali, di codici elettorali, di leggi sulle minoranze e di altre disposizioni riguardanti le istituzioni democratiche. La Commissione non impone leggi, ma sottolinea le eventuali imprecisioni, i possibili rischi o incompatibilità con le norme del patrimonio costituzionale europeo. Spetta poi al paese trarre le proprie conclusioni e trovare la soluzione appropriata. La Commissione di Venezia estende il suo campo di attività oltre le frontiere del continente europeo. Comprende, in totale, 58 membri. Gli Stati che godono di uno statuto di osservatore presso la Commissione di Venezia sono: Argentina, Canada, Santa Sede, Giappone, Kazakstan, Stati Uniti e Uruguay. Il Sudafrica ha uno speciale statuto di cooperazione che

individuals should have the right to freely express their support for a political party of their choice through financial and in-kind contributions". Tuttavia, è necessario che a tali donazioni vengano imposti "reasonable limits".

Tra questi limiti vi è la proibizione, peraltro già stabilita dalla raccomandazione (2003)4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, delle donazioni provenienti da donanti stranieri di cui al par. 172. Questa restrizione è diretta a evitare un'influenza indovuta negli affari interni da parte di soggetti stranieri, sia pubblici che privati, e deve essere regolata attentamente per evitare effetti collaterali. Se, da una parte, tale divieto permette infatti di evitare azioni di corruzione da parte di potenti lobbies o gruppi criminali transnazionali, mediante il finanziamento di campagne elettorali di politici specifici, dall'altra essa potrebbe inficiare processi di integrazione politica tra diversi Stati. Si pensi ad esempio alla necessità di una maggiore integrazione dell'Unione Europea e alla necessità di rendere più efficaci le azioni che i partiti intraprendono a livello nazionale, sia per quanto riguarda temi di gestione dell'apparato statale, sia per la stessa lotta alla criminalità organizzata transnazionale.

Secondo le linee guida in questione, i limiti devono essere imposti anche alle donazioni private nazionali, per limitare che gruppi particolari guadagnino influenza politica attraverso vantaggi finanziari, poiché un sistema democratico deve basarsi sulla responsabilità dei candidati e dei partiti politici verso i cittadini, e non nei confronti di particolari gruppi di potere. Si pensi a tutti quei casi in cui i gruppi criminali possono finanziare determinati esponenti

---

equivale a quello di osservatore, ottenuto in seguito all'accordo del 1996 in materia di democrazia e diritto costituzionale", da http://hub.coe.int/it/what-we-do/democracy/venice-commission/.

di partiti politici mediante il riciclaggio di denaro. Si tratta di ingenti capitali che possono influenzare il normale andamento delle elezioni democratiche e il successivo comportamento dei funzionari pubblici eletti[485].

Per questo motivo è necessario applicare determinate restrizioni che vanno dalle limitazioni ai contributi da parte delle compagnie possedute o controllate dallo Stato e da donatori anonimi[486].

Proprio questa anonimia, infatti, permette ai gruppi criminali organizzati di agire indisturbati prima, durante e

---

[485] CASTILLO, PALMA, *Prácticas político culturales en partidos y elecciones*, in *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, 2013, p. 132; VARGAS VALDEZ, *Crimen organizado, narcotráfico y delitos electorales. Fortaleciendo el Blindaje*, in *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México*, 2010, disponibile in www.biblio.juridicas.unam.mx, p. 345.

[486] Linee Guida sulla regolamentazione dei partiti politici della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, par. 174. "Anonymous contributions should be strictly regulated, including through a limit on the aggregate allowable amount of all anonymous contributions. Legislation should limit the aggregate maximum amount to a reasonable level designed to ensure that anonymous donors cannot wield undue influence". Par. 175. "Reasonable limitations on private contributions may include the determination of a maximum level that may be contributed by a single donor. Such limitations have been shown to be effective in minimizing the possibility of corruption or the purchasing of political influence. Legislation mandating contribution limits should be carefully balanced between ensuring that there is no distortion in the political process in favour of wealthy interests and encouraging political participation, including by allowing individuals to contribute to the parties of their choice. It is best that contribution limits are designed to account for inflation, based on, for example, some form of indexation, such as a minimum salary value, rather than absolute amounts".

dopo le elezioni, pilotando i candidati e i funzionari eletti che consentiranno in un secondo momento l'accesso alle risorse pubbliche e, di conseguenza, lo scambio di favori tra criminalità e politica.

È in questo contesto che si inserisce il cosiddetto "voto di scambio politico mafioso", una pratica che gli Stati devono necessariamente contrastare se vogliono combattere efficacemente la criminalità organizzata.

A proposito, è opportuno ricordare che il Paese che più di tutti ha adottato misure contro questo fenomeno logorante per le istituzioni e lo stato di diritto è l'Italia, mentre gli altri incontrano ancora molte difficoltà nell'ammettere un legame consolidato tra politica e criminalità organizzata.

In Italia, infatti, la definizione di associazione di tipo mafioso data dall'art. 416 bis, comma 3, comprende anche la commissione di delitti "al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali".

Su questo presupposto, è stato introdotto anche il reato di scambio elettorale politico mafioso di cui all'art. 416 ter, che prevede una sanzione per "[c]hiunque accett[i] la promessa di procurare voti [avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva] in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità".

Mentre in Italia il momento consumativo di questo delitto è anticipato alla stipula dell'accordo tra il politico e il mafioso[487], in altri Stati l'attenzione del legislatore è

[487] AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle*

ancora lontana dal considerare questa ipotesi, limitandosi a proporre di sanzionare condotte tipiche del riciclaggio.

Così per esempio, in Messico la proposta della Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales prevede la riforma dell'art. 413 del codice penale e l'introduzione di nuove fattispecie sul riciclaggio per sanzionare i gruppi criminali che favoriscano determinati candidati politici[488], senza stabilire alcuna sanzione per i candidati che accettino questi finanziamenti illeciti. Oltre alle mancate riforme nel codice penale, va considerato anche il fatto che nemmeno le leggi speciali messicane prevedono sanzioni per questo fenomeno. La nuova *Ley General en Materia de Delitos Electorales*[489], per esempio, si limita a sanzionare separatamente la condotta del candidato e quella di chi procuri voti illecitamente, senza stabilire alcuna disciplina penale per la punibilità dell'accordo tra candidato e gruppo criminale[490].

---

condotte di contiguità mafiosa, in Diritto penale contemporaneo, 2014, p. 22, disponibile in penalecontemporaneo.it

[488] VARGAS VALDEZ, *op. cit.*, p. 349 ss.

[489] Pubblicata nel *Diario Oficial de la Federación* il 23 maggio 2014.

[490] Art. 7. "Se impondrán de cincuenta a cien días multa y prisión de seis meses a tres años, a quien: [...] VII. Solicite votos por paga, promesa de dinero u otra recompensa, o bien mediante violencia o amenaza, presione a otro a asistir a eventos proselitistas, o a votar o abstenerse de votar por un candidato, partido político o coalición, durante la campaña electoral, el día de la jornada electoral o en los tres días previos a la misma".

Art. 9. "Se impondrán de cien a doscientos días multa y prisión de dos a seis años, al funcionario partidista o al candidato que: I. Ejerza presión o induzca a los electores a votar o abstenerse de votar por un candidato, partido político o coalición, el día de la elección o en alguno de los tres días anteriores a la misma; [...]IV. Obstaculice el desarrollo normal de la votación o de los actos

In Italia, inoltre, è previsto lo scioglimento di consigli comunali e provinciali in seguito all'esercizio dei poteri ispettivi del Prefetto quando siano accertati elementi su collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata o forme di condizionamento degli amministratori tali da compromettere la libera determinazione degli organi elettivi ed il buon andamento delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati, ovvero che risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica[491].

Su questo punto, la giurisprudenza italiana ha chiarito che i presupposti per l'applicazione di questa normativa risiedono nella discrezionalità amministrativa delle istituzioni centrali.

Con sentenza resa il 6 marzo 2012[492], il Consiglio di Stato ha dichiarato che lo scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose non esige né la prova della commissione di reati da parte degli amministratori, né che i collegamenti tra l'amministrazione e le organizzazioni criminali risultino da prove inconfutabili; sono sufficienti, invece, semplici "elementi" (e quindi circostanze di fatto anche non assurgenti al rango di prova piena) di un collegamento e/o influenza tra

---

posteriores a la misma sin mediar causa justificada, o con ese fin ejerza violencia sobre los funcionarios electorales".

[491] Si tratta degli articoli 143 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n.. 267, nel quale sono state trasfuse le previsioni dell'articolo 15-bis della legge 19 marzo 1990, n. 55, modificata con decreto legge del 31 maggio 1991, n.164, convertito nella legge 22 luglio 1991, n.221, modificato ed integrato con legge n. 108 del 1994 di conversione del D.L. 529/1993.

[492] Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 1266 del 6 marzo 2012.

l'amministrazione e i sodalizi criminali, ovvero è sufficiente che gli elementi raccolti e valutati siano "indicativi" di un condizionamento dell'attività degli organi amministrativi e che tale condizionamento sia riconducibile all'influenza ed all'ascendente esercitati da gruppi di criminalità organizzata.

6. Il riciclaggio

Mentre, come si è visto, la corruzione è il mezzo utilizzato dalla criminalità organizzata per infiltrarsi nelle istituzioni e riceverne la collaborazione, il riciclaggio è lo strumento attraverso cui i proventi del delitto sono trasferiti dall'economia illecita a quella legale.

Anche per questo tipo di delitto valgono le considerazioni svolte sulla corruzione e la distinzione tra reato-fine e reato-mezzo (o reato presupposto), poiché attraverso il riciclaggio vengono lesi beni giuridici la cui tutela sta alla base dello Stato di diritto. Si pensi ad esempio al finanziamento della politica e alla candidatura di politici collusi con le mafie o, ancora, ai pregiudizi derivati per la libera concorrenza e per i mercati, che possono essere contaminati mediante l'immissione di capitali illeciti.

Si tratta di una tipica e necessaria conseguenza dell'agire criminale dei gruppi organizzati, che comporta gravi ricadute sull'ordinaria e pacifica convivenza tra i consociati[493] e sull'economia internazionale[494].

---

[493] MATEOS MARTÍN, *El reto de la prevención del blanqueo de capitales en un mundo globalizado*, in *Revista de Derecho UNED*, 2013, p. 463; PALMIERI, *La tutela penale della libertà di iniziativa economica. Riciclaggio e impiego di capitali illeciti tra normativa vigente e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 37; PEDRAZZI, *L'alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpieghi di capitali di provenienza illecita*, Napoli, 1999, p. 368.

Su questo punto, il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite ha fatto notare che si tratta di "cases of transnational organized crime, including, as appropriate, drug trafficking and related offences provided for in the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, that involve vast quantities of assets, which may exceed the resources of some States, and that may weaken governance systems, national economies and the rule of law"[495].

Nella sentenza resa il 27 giugno 2011[496] dal *Tribunal Oral en lo Penal Económico n. 2* della Repubblica

---

[494] A ciò si aggiunga il fatto che secondo i dati del Fondo monetario internazionale la quantità di denaro riciclato ammonta al 5% del PIL mondiale. La rilevanza transnazionale di questo reato è stata sottolineata anche dall'ex-Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi, nel suo intervento del luglio 2009 davanti alla Commissione parlamentare antimafia: "Nelle sue forme più significative, il riciclaggio manifesta una marcata attitudine a svolgersi in un contesto internazionale. Articolando la propria azione in molteplici giurisdizioni, i criminali tendono a cogliere le opportunità offerte dalla globalizzazione dell'economia e dall'integrazione dei mercati finanziari […]. In tale contesto le organizzazioni criminali sfruttano la possibilità di arbitraggio tra regolamentazioni, collocando le diverse fasi della propria attività nel Paese che offre, per ciascuna di esse, le condizioni più favorevoli in termini di maggiori garanzie di impunità, migliori opportunità per l'occultamento dei proventi, più elevati margini di profitto per il loro impiego […]. In questo scenario complesso e articolato l'azione di prevenzione e contrasto del riciclaggio […] non può svolgersi efficacemente nella sola prospettiva nazionale".

[495] Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, *Strengthening international cooperation in combating the harmful effects of illicit financial flows resulting from criminal activities,* risoluzione n. 32 del 28 luglio 2011.

[496] *Tribunal Oral en lo Penal Económico n. 2*, causa n. 46-S, sentenza del 27 giugno 2011.

argentina, il magistrato Claudio Javier Gutierrez de la Carcova ha sottolineato con il suo voto concorrente che le condotte illecite del riciclaggio "a. [p]rovocan fuertes distorsiones en la economía, dado que el fin buscado es el ocultamiento del origen ilícito del dinero, y no generar utilidades. Los "fondos lavados" perjudican al sector privado al confundirse las ganancias legítimas de actividades lícitas, con fondos ilegales en la mayor parte de los casos provenientes del narcotráfico; b. afectan la integridad del sistema financiero. El dinero una vez introducido en el sistema económico obtiene un manto de legitimidad y permite a las propias organizaciones delictivas que lo inviertan en nuevas transacciones; c. [generan] repercusiones socioeconómicas, dado que terminan favoreciendo los niveles de corrupción y perjudicando a la economía en general".

Per la criminalità organizzata è essenziale eliminare il vincolo tra denaro, beni o altre utilità e i delitti che li hanno generati. Per fare questo, i gruppi criminali "dipend[ono] dal sistema economico e dalla interazione tra politica, economia e società"[497].

Se è vero, infatti, che il riciclaggio può esistere pur senza il crimine organizzato, non è altrettanto vero che i gruppi criminali possano esistere senza il riciclaggio, poiché esso ne costituisce il naturale proseguimento in quanto procedimento di "purificazione" dei proventi del delitto verso l'ambito legale e in particolare nel settore d'impresa.

In particolare, lo strumento più idoneo allo scopo del riciclaggio è l'impresa mafiosa, un ente che ha subito

[497] VOLK, *Criminalità organizzata e criminalità economica*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Napoli, 1999, p. 353 ss.

profonde trasformazioni nel corso della storia della criminalità organizzata.

I settori interessati dal reimpiego di questi capitali sono, infatti, sempre più numerosi: da quello edile al commerciale, dagli appalti pubblici al mercato alimentare e dell'abbigliamento, dall'industria dello svago a quello della ristorazione e alberghiero, dal settore della carne e dell'industria conserviera a quello dello smaltimento dei rifiuti e al settore sanitario[498].

In Italia, per esempio, nei primi anni del dopoguerra le mafie potevano contare su imprese proprie, intestate e gestite da un capo e dai suoi familiari che si avvalevano della forza dell'intimidazione e dell'ampia disponibilità di capitali per imporsi sul mercato.

A partire dagli anni '60, le imprese non rientravano più nella disponibilità immediata delle famiglie, ma venivano affidate a persone di fiducia che fungevano da prestanome, per occultarne la reale proprietà e sottrarla ai sequestri e alle confische delle prime norme antimafia.

Negli ultimi anni, si è affermata la cosiddetta impresa a partecipazione mafiosa, di cui all'art. 416 *bis* del codice penale italiano, con la finalità di ottenere in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche[499].

L'impresa a partecipazione mafiosa dipende da un centro finanziario esterno con cui non confonde i propri capitali, che possono essere in qualsiasi momento

---

[498] VIGNA, *Il fenomeno criminale*, in CAPPA, CERQUA (a cura di) *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norma di contrasto*, Milano, 2012, p. 9.

[499] VIGNA, *op. cit.*, p. 10, MASCIANDARO, *Reati e riciclaggio: Profili di analisi economica*, in CAPPA, CERQUA, *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Milano, 2012, p. 16.

scorporati, provocandone il fallimento, così da favorire un rapido movimento di denaro trasferibile da un ente all'altro secondo le convenienze economiche del momento.

Attraverso le imprese mafiose, i gruppi criminali organizzati si propongono molteplici scopi, tra cui occultare i canali di reimpiego dei capitali; gestire imprese e capitali in grado di ottenere impegnative gare d'appalto in competizione con imprese legali; disporre di strutture imprenditoriali capaci di operare come un normale agente di mercato; estendere l'area dell'imprenditoria legale compromessa con la mafia; rendere indistinguibile l'economia illegale da quella legale; ottenere il controllo politico attraverso il controllo del mercato e comandare l'impresa senza l'onere della gestione[500].

Il processo di riciclaggio si articola sostanzialmente in tre fasi: prima di tutto, i gruppi criminali accumulano i capitali illeciti, dopodiché cercano di mascherarne la provenienza delittuosa mediante l'assegnazione di una nuova "identità" e, infine, li reinvestono in attività economiche destinate alla "ripulitura". Ecco perché nelle traduzioni spagnola, inglese e francese degli strumenti internazionali dedicati a questo fenomeno si parla di "laundering", "blanchiment" e "lavado".

La prima fase si realizza mediante operazioni a breve termine volte a camuffare, per quanto possibile, l'originale illiceità dei beni. Durante il lavaggio, il denaro contante viene collocato mediante separazione fisica dei capitali illeciti dal luogo della loro formazione: si tratta di un'operazione che si realizza mediante il trasferimento di

[500] *Ibidem*, p. 11, CHAPPEZ, *La lutte internationale contre le blanchiment des capitaux d'origine illicite et le financement du terrorisme*, in *Annuaire français de droit international*, 2003, p. 542.

denaro all'estero per mezzo di corrieri o altre entità di trasporto fisico. Tipico di questa fase è il frazionamento delle operazioni effettuate su denaro contante allo scopo di sfuggire agli obblighi di segnalazione.

La seconda fase consiste nella dissimulazione, consistente nella realizzazione di molteplici trasferimenti successivi, con la finalità di rendere difficile la ricostruzione della provenienza illecita dei beni, mediante la conversione del denaro in differenti strumenti mobiliari, per lo più di natura internazionale. Durante questa fase, vengono impegnati veri e propri professionisti dell'alta finanza, in grado di dirottare i capitali per via telematica verso vari Paesi, tra cui in particolare i cosiddetti paradisi *off shore*.

Infine, la terza fase, quella dell'integrazione, consiste nell'immissione dei capitali dissimulati nel mercato legale, che si concreta, per esempio, con la vendita di immobili acquisiti in maniera illecita o con altre operazioni finanziarie.

Con sentenza resa il 30 settembre 2009[501], la *Corte constitucional* colombiana ha dichiarato che "[e]l delito de lavado de activos supone, en términos generales, el agotamiento de tres frases bien definidas. Una primera, que consiste en la puesta en circulación o colocación del dinero, por la cual la organización introduce las ganancias en la corriente del sistema financiero mediante la consignación imperceptible de pequeñas consignaciones o prevalido de negocios societarios de gran envergadura. En la segunda fase, que la doctrina llama de distorsión o diversificación, el dinero corriente fruto del delito se somete a operaciones más o menos complejas que

[501] *Corte Constitucional* colombiana, sentenza C-685/09 del 30 settembre 2009.

pretenden borrar el rastro de ilegalidad que les dio origen. Para esos fines, las organizaciones criminales utilizan modalidades diversas: empresa fachada, testaferros, operaciones financieras ficticias, redundantes o repetitivas, etc, todo ello con el fin de hacer parecer lícito lo que no lo es. La tercera fase es la de retorno, y consiste en el ingreso de los dineros ilícitos, ficticiamente legalizados, al patrimonio del sujeto que, sin perjuicio de la participación de otros en el delito de lavado de dinero, reclama para sí las ganancias del ilícito".

Attualmente, questo reato non coinvolge solo le banche o gli intermediari finanziari, ma anche altre attività non necessariamente finanziarie, spesso promosse e pubblicizzate dall'economia via internet e alla base dei delitti di *cyberlaundering: trading on line*, *banking on line*, moneta elettronica (*e-cash*), carte prepagate o *smart cards* si prestano facilmente alle operazioni di riciclaggio.

Internet, infatti, funge da acceleratore del fenomeno grazie alla possibilità di piazzare, gestire e lavare ingenti quantità di denaro in tempo reale.

6.1 Le norme internazionali in materia di riciclaggio

A causa della transnazionalizzazione del fenomeno del riciclaggio, il diritto internazionale è divenuto lo strumento più idoneo per contrastare una criminalità organizzata sempre più potente e bisognosa di lavare capitali illeciti.

Sulla base del principio di cooperazione, la prima azione degli Stati è stata quella di istituire un organismo *ad hoc* a cui attribuire funzioni di coordinamento, controllo e supervisione. In questa prospettiva, è nato nel 1974,

nell'ambito del Gruppo dei dieci[502], il Comitato di Basilea per le regolamentazioni bancarie e le pratiche di vigilanza (in seguito: il Comitato) [503]. Questo organismo viene creato dopo le crisi bancarie e valutarie dei mercati interni e internazionali, al fine di migliorare lo scambio di informazioni sulle pratiche di vigilanza tra gli Stati aderenti e sviluppare la cooperazione tra le autorità di vigilanza, creando sistemi di pre-allarme in caso di crisi bancarie con riflessi internazionali.

Il Comitato ha adottato la Dichiarazione di Principi sulla prevenzione dell'utilizzo a fini criminosi del sistema bancario per il riciclaggio di fondi di provenienza illecita (Basilea, 12 dicembre 1988. In seguito: la Dichiarazione)[504], che propone una serie di buone pratiche aventi ad oggetto l'adeguatezza del capitale degli istituti

---

[502] Meglio conosciuto come G10, inteso come il "raggruppamento di 10 paesi industriali (Belgio, Canada, Francia, Germania, Giappone, Gran Bretagna, Italia, Paesi Bassi, Stati Uniti e Svezia) i quali, in base all'accordo di Parigi del dicembre 1961, si sono impegnati dal 1962 a mettere a disposizione del Fondo monetario internazionale risorse valutarie supplementari allo scopo di consentire al Fondo stesso di affrontare più efficacemente le situazioni di crisi nelle relazioni monetarie internazionali e, in particolare, di difendere le monete dei paesi membri del Gruppo dagli attacchi destabilizzanti di movimenti di capitale a breve termine": disponibile su treccani.it

[503] Di questo Comitato fanno attualmente parte Arabia Saudita, Argentina, Australia, Belgio, Brasile, Canada, Cina, Francia, Germania, Hong Kong, Giappone, India, Indonesia , Italia, Corea del Sud, Lussemburgo, Messico, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia, Singapore, Spagna, Sud Africa, Svezia, Svizzera, Turchia e Stati Uniti. Su tutti, GOODHART, *The Basel Committee on Banking Supervision: A History of the Early Years 1974-1997,* Cambridge, 2011.

[504] Disponibile sulla rete interconnessa.

bancari e la ripartizione delle responsabilità tra le diverse autorità di vigilanza.

Tale Dichiarazione non contempla misure di carattere penale, limitandosi a descrivere una strategia di contrasto del tutto preventiva (mediante il coinvolgimento degli istituti finanziari e di credito) che si articola in diversi punti, tra cui: il fatto che le banche possano servire per effettuare depositi o trasferimenti di fondi criminali (preambolo, par. 1 e art. 1); l'internazionalizzazione del fenomeno criminale e la necessità di adottare forme di cooperazione internazionale per reprimere il riciclaggio e la richiesta alle autorità di vigilanza nazionali di effettuare azioni contro l'utilizzo delle banche da parte della criminalità (preambolo, par. 2); il rischio di una diminuzione della fiducia del pubblico nelle banche quando queste siano coinvolte in atti di riciclaggio (preambolo, par. 4 e art. 1); la necessità di un consenso internazionale per il contrasto a questo fenomeno (preambolo, par. 5); la sollecitazione alle banche di adottare procedure volte ad assicurare l'identificazione di tutti i clienti (preambolo, par. 6 e art. 2); l'impegno delle autorità di vigilanza dei Paesi membri del Comitato di adottare politiche e procedure coerenti con la Dichiarazione e l'impegno del Comitato di diffondere la Dichiarazione anche presso le autorità di vigilanza dei Paesi terzi (preambolo, par. 7)[505].

Più precisamente, nella Dichiarazione sono tracciate le linee guida sull'identificazione della clientela, richiedendo alle banche di adottare misure efficaci in tal senso, mediante la conservazione di documenti sulle

[505] FISICARO, *Antiriciclaggio e terza direttiva UE. Obblighi a carico dei professionisti intermediari e finanziari e operatori non finanziari alla luce del D. lgs. 231/2007*, Milano, 2008, p. 5-6.

operazioni effettuate e l'ampliamento della sfera dei controlli interni.

In tal senso la Dichiarazione esorta le banche a "not [to] set out to offer services or provide active assistance in transactions which they have good reason to suppose are associated with money-laundering activities" (art. 3). In particolare, "where banks become aware of facts which lead to the reasonable presumption that money held on deposit derives from criminal activity or that transactions entered into are themselves criminal in purpose, appropriate measures, consistent with the law, should be taken, for example, to deny assistance, sever relations with the customer and close or freeze accounts" (art. 4).

Con la Dichiarazione, gli Stati hanno compiuto un primo passo importante verso la regolamentazione dei flussi finanziari, che sarebbe stato più ampiamente disciplinato negli anni successivi.

6.2 La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope

Alla fine degli anni '80, gli Stati avevano raggiunto un ampio consenso sul fatto che la tipizzazione del riciclaggio negli ordinamenti interni dovesse essere considerato un elemento essenziale del contrasto al narcotraffico, che nel frattempo era diventato un fenomeno di rilevanza internazionale con ripercussioni gravi sulla stabilità politica ed economica nazionale.

Il primo trattato internazionale che si occupa di riciclaggio è la già menzionata Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotropiche (Vienna, 19 dicembre 1988: in seguito: Convenzione ONU del 1988)[506]. Essa rappresenta un vero

[506] *Supra*, cap. II, par. 9.8.

e proprio salto qualitativo rispetto agli altri dispositivi internazionali di contrasto al riciclaggio, poiché, per indicazione delle Nazioni Unite, gli Stati parti sono obbligati ad introdurre nei rispettivi ordinamenti la penalizzazione di questo fenomeno, al fine di agevolare la collaborazione investigativa e giudiziaria.

Tuttavia, le disposizioni di questa Convenzione si limitano a introdurre negli ordinamenti nazionali misure per lo sviluppo della cooperazione internazionale sul piano penale, senza fare un riferimento significativo a un intervento di carattere preventivo (che, invece, era contemplato nella Dichiarazione di principi sulla prevenzione dell'utilizzo a fini criminosi del sistema bancario per il riciclaggio di fondi di provenienza illecita).

In particolare, le disposizioni di cui all'art. 3, lett. *b)*, num. *i)*[507] e num *ii)*[508] impongono agli Stati di sanzionare la condotte riguardanti il riciclaggio[509], tra cui gli atti di

---

[507] Art. 3), lett. *b)*, num. *i)* "The conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from any offence or offences established in accordance with subparagraph a) of this paragraph, or from an act of participation in such offence or offences, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such an offence or offences to evade the legal consequences of his actions".

[508] Art. 3, lett. *b)*, num *ii)*. "The concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from an offence or offences established in accordance with subparagraph a) of this paragraph or from an act of participation in such an offence or offences".

[509] Va detto più precisamente che da quanto si evince dal *Commentary on the United Nations Convention Against illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Vienna, 1988, sembrerebbe che la condotta di cui all'art. 3), lett. *c)*, num. *i)*,

conversione o trasferimento dei beni e le misure adottate per nasconderne o favorirne l'occultamento.

Va notato che le norme in questione, specialmente il num. *i)*, hanno creato problemi di interpretazione per quanto riguarda la loro applicazione. Più precisamente, durante i negoziati si era sostenuto che il delitto di riciclaggio potesse essere compiuto solamente come reato autonomo in appoggio al reato principale, anche se, alla fine, non si era data nessuna indicazione al riguardo.

Nemmeno la questione del luogo dove il delitto è commesso sembra essere stata presa in considerazione. In particolare, persiste un dubbio sulla disciplina da adottare quando una persona trasferisca un bene verso uno Stato sapendo che quel bene era il prodotto di un delitto commesso in un altro Stato.

Per applicare una disposizione simile, è necessario uno sforzo congiunto non solo delle autorità incaricate di amministrare giustizia, ma anche degli organi bancari, a cui devono essere garantite particolari immunità per la rivelazione di dati sensibili sui loro clienti.

---

consistente in "[t]he acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was derived from an offence or offences established in accordance with subparagraph *a)* of this paragraph or from an act of participation in such offence or offences", non debba considerarsi connessa al delitto di riciclaggio. Ciononostante, è opportuno evidenziare che il contenuto di questa disposizione è identico a quanto verrà successivamente previsto all'art. 6, lett. *b)*, num. *i)*, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, norma espressamente dedicata alla penalizzazione del riciclaggio, motivo per cui anche per la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotropiche, l'acquisto, il possesso o l'uso di proprietà, di cui si conosca la provenienza illecita, dovrebbe essere considerato come riciclaggio.

Stanti queste premesse, per una corretta applicazione della Convenzione era evidente la necessità dello sviluppo della cooperazione giudiziaria in collaborazione con tutti gli organi coinvolti nella gestione, amministrazione e controllo dei flussi di denaro.

Proprio per far fronte a questa esigenza, la Convenzione ONU del 1988 prevede norme specifiche in materia di cooperazione e formazione del personale statale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'art. 9, par. 1, lett. *b)*, num. *ii)*, stabilisce l'obbligo per gli Stati parti di cooperare "with one another in conducting enquiries, with respect to offences established in accordance with article 3, paragraph 1, having an international character, concerning [t]he movement of proceeds or property derived from the commission [offences established in accordance with article 3, paragraph 1]".

Nel secondo caso, le lett. *d)* ed *e)*, dell'art. 9, par. 2, stabiliscono che "[each Party shall, initiate, develop or improve specific training programmes [that] deal, in particular, with [d]etection and monitoring of the movement of proceeds and property derived from […] the commission of offences established in accordance with article 3, paragraph 1" [and with] "[m]ethods used for the transfer, concealment or disguise of such proceeds, property and instrumentalities".

Infine, l'art. 9, par 3, stabilisce in capo agli Stati parti l'obbligo di assistenza mutua, "to plan, and implement research and training programmes designed to share expertise in the areas referred to in paragraph 2 of this article and, to this end, shall also, when appropriate, use regional and international conferences and seminars to promote co-operation and stimulate discussion on problems of mutual concern, including the special problems and needs of transit States".

Sulla base delle esigenze di continua formazione del personale preposto alle indagini, le Nazioni Unite hanno creato il Programma per il controllo internazionale delle droghe[510], con funzioni specifiche di assistenza consistente nella creazione di programmi di formazione e la diffusione di manuali o altri strumenti di lavoro utili, destinati agli ufficiali degli organismi nazionali di repressione.

Nonostante la Convenzione del 1988 rappresenti un indubbio salto di qualità rispetto alla Dichiarazione di principi sulla prevenzione dell'utilizzo a fini criminosi del sistema bancario per il riciclaggio di fondi di provenienza illecita, esistevano ancora dei limiti oggettivi alla sua applicazione, poiché un contrasto effettivo al riciclaggio è subordinato al fatto che i beni riciclati siano esclusivamente quelli che derivano dalla commissione di un delitto connesso con il traffico di droga, mentre, già all'epoca della Convenzione, la criminalità organizzata si era adoperata per ampliare i suoi traffici illegali e reimpiegare nei mercati legali i capitali ottenuti. Per questo motivo, era necessario che gli Stati ripensassero al riciclaggio in chiave più ampia, così da inquadrarlo come reato a cui fossero strumentali diversi delitti commessi dai gruppi criminali.

6.3 Il Gruppo di azione finanziaria internazionale

Durante il G7 svoltosi a Parigi nel 1989 è stato costituito il Gruppo di azione finanziaria internazionale (in seguito: GAFI)[511], primo organo internazionale a occuparsi

[510] A/RES/45/179 del 21 dicembre 1990.

[511] Del GAFI fanno oggi parte: Argentina, Australia, Austria, Belgio, Brasile, Canada, Cina, Danimarca, Commissione Europea, Consiglio di cooperazione del Golfo Persico, Corea del Sud, Finlandia, Francia, Germania, Giappone, Grecia, Hong Kong, Islanda, India, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Messico, Paesi Bassi,

del riciclaggio sistematico con funzioni che vanno dalla supervisione del movimento dei capitali illeciti negli Stati membri alla formulazione di proposte su misure di contrasto, armonizzazione e attuazione.

Tra i documenti emanati dal GAFI, acquisiscono particolare rilevanza le Quaranta raccomandazioni per il contrasto al riciclaggio[512].

Tali raccomandazioni possono essere divise in quattro categorie tra cui quelle che forniscono un inquadramento generale della materia; le iniziative legislative per combattere il riciclaggio; le misure atte a prevenire la contaminazione del sistema finanziario e il consolidamento della cooperazione internazionale.

Rispetto alla Dichiarazione di Basilea, il nuovo strumento adottato dal GAFI è più incisivo e prevede indicazioni chiare e precise predisposte per essere recepite da norme di legge imperative[513].

Tra le raccomandazioni di maggiore rilevanza, vanno sottolineate quelle dirette a: lo sviluppo di programmi antiriciclaggio che prevedano controlli interni e formazione del personale, la creazione di sistemi di monitoraggio per l'identificazione delle transazioni superiori a un certo limite, la raccolta delle informazioni riguardanti tutte le operazioni riconducibili al riciclaggio e l'esortazione alle istituzioni finanziarie a identificare i

---

Nuova Zelanda, Norvegia, Portogallo, Regno Unito, Russia, Singapore, Stati Uniti, Sudafrica, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia.

[512] Adottate nell'aprile del 1990, disponibili sulla rete interconnessa.

[513] ZANCHETTI, *Il contributo delle organizzazioni internazionali nella definizione delle strategie di contrasto al riciclaggio*, in MARRA, *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Torino, 2000, p.27.

clienti occasionali e a non mantenere conti anonimi o intestati a nominativi fittizi (racc. 10); la conservazione delle registrazioni e della documentazione delle transazioni nazionali e internazionali per almeno cinque anni, prestando particolare attenzione alle transazioni complesse, inusuali e ingenti e a quelle che non abbiano un chiaro scopo economico e legale (racc. 11) e l'adozione di misure efficaci per il conferimento di ampi poteri di indagine all'autorità inquirente (racc. 31).

Le Raccomandazioni sono state continuamente aggiornate fino al 2012, introducendo una nuova regolamentazione antiriciclaggio per le istituzioni non finanziarie (racc. 12-16); l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette (racc. 20); la confisca e il sequestro dei beni riciclati e l'estensione dei reati presupposto a fattispecie diverse dal traffico di stupefacenti (racc. 4).

Oltre al documento di base delle Quaranta raccomandazioni, il GAFI si è adoperato per stabilire una serie di regole comuni e promuovere l'effettiva applicazione di misure dirette a contrastare il riciclaggio. In particolare, esso svolge la funzione di monitorare le azioni degli Stati, emettendo raccomandazioni specifiche per ogni Stato membro e un rapporto annuale generale.

Su tutti, è opportuno citare la valutazione mutua sul Messico, uno Stato che negli ultimi anni ha riformato sensibilmente il suo ordinamento interno per far fronte ai gravi problemi derivanti dal narcotraffico. In questo caso, il GAFI ha fatto notare che persistono delle deficienze a livello legislativo, in particolare per quanto riguarda l'art. 400 bis del codice penale sulla sanzione del riciclaggio, che non contempla fattispecie come l'occultamento o la trasformazione dei beni risultanti dalla commissione di un reato.

6.4 La Convenzione di Strasburgo

Dopo le Raccomandazioni del GAFI, la Convenzione del Consiglio d'Europa su riciclaggio, l'identificazione, il sequestro e la confisca dei proventi del reato (Strasburgo, 8 novembre 1990, in seguito: la Convenzione)[514] è il primo strumento giuridicamente vincolante dedicato interamente al contrasto al riciclaggio.

Essa prevede una serie di regole sulla repressione penale di questo fenomeno e sulla necessità di agevolare la cooperazione giudiziaria ed amministrativa tra gli Stati.

In particolare, la cooperazione internazionale introdotta dalla Convenzione si sviluppa su tre assi: la collaborazione nelle indagini, volte alla ricerca, in ambito internazionale, dei beni illeciti e delle relative prove; l'assistenza reciproca per il sequestro dei beni illeciti affinché essi non si disperdano durante le indagini, ovunque essi siano ubicati, e l'assistenza reciproca per l'esecuzione internazionale delle misure di confisca.

La Convenzione si propone di migliorare il disposto normativo della già menzionata Convezione ONU del 1988, richiedendo agli Stati membri di fornirsi di strumenti di contrasto al riciclaggio più incisivi a partire dall'estensione dei reati presupposto, che sono i reati originari da cui derivano i proventi illeciti.

Così facendo, infatti, si consente di aggredire anche i beni proventi di qualsiasi reato e non soltanto quelli derivanti dal traffico di stupefacenti, anche se ogni Stato parte ha, sulla base dell'art. 40, la possibilità di limitare l'applicazione delle misure di diritto sostanziale (stabilendo

[514] Entrata in vigore il 1° settembre 1993, disponibile sulla rete interconnessa.

solo la sanzione di alcuni reati previsti all'art. 6[515]) e di diritto procedurale (applicando parzialmente la confisca di cui all'art. 2, par. 1[516], o limitando la cooperazione con altri Stati come stabilito agli art. 14, 21, 25, e 32).

---

[515] L'art. 6 della Convenzione del Consiglio d'Europa su riciclaggio, ricerca, sequestro e confisca dei proventi del reato contiene una disciplina molto dettagliata sulle condotte da sanzionare. In particolare, il par. 1 prevede siano sanzionabili "when committed intentionally: a) the conversion or transfer of property, knowing that such property is proceeds, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of the predicate offence to evade the legal consequences of his actions; b) the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of, property, knowing that such property is proceeds; and, subject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system; c) the acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was proceeds; d) participation in, association or conspiracy to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the offences established in accordance with this article".

[516] A sua volta, l'art. 2, par. 1, è strettamente connesso con l'art. 13 ("obligation to confiscate"), il quale prevede che "1. [a] Party, which has received a request made by another Party for confiscation concerning instrumentalities or proceeds, situated in its territory, shall: a enforce a confiscation order made by a court of a requesting Party in relation to such instrumentalities or proceeds; or b submit the request to its competent authorities for the purpose of obtaining an order of confiscation and, if such order is granted, enforce it. 2 For the purposes of applying paragraph 1.b of this article, any Party shall whenever necessary have competence to institute confiscation proceedings under its own law. 3 The provisions of paragraph 1 of this article shall also apply to confiscation consisting in a requirement to pay a sum of money corresponding to the value of proceeds, if property on which the confiscation can be enforced is located in the requested Party. In

Sulla penalizzazione del riciclaggio, i par. 2 e 3 dell'art. 6, con l'eccezione del paragrafo 2, lett. *c)*, costituiscono la vera innovazione rispetto alla Convenzione ONU del 1988. I negoziatori della Convenzione del Consiglio d'Europa, infatti, avevano ben chiaro il fatto che per combattere il riciclaggio bisognasse penalizzare i reati originali anche se non commessi nel territorio in cui i proventi di tali reati venivano riciclati. Gli Stati hanno infatti considerato utile che la Convenzione fosse diretta a sanzionare i reati presupposto extraterritoriali.

A proposito, l'art. 6, par. 2, lett. *b)*, prende in considerazione proprio il fatto che in alcuni Stati la persona che commette il reato presupposto non può commettere, per i principi stabiliti nelle leggi penali nazionali, un ulteriore reato di riciclaggio.

Rispetto alla Convenzione ONU del 1988, va notato inoltre che la Convenzione del Consiglio d'Europa fa particolare riferimento alla cooperazione internazionale, cercando di migliorare la collaborazione tra gli Stati e di eliminare quegli ostacoli che possono inficiare una corretta applicazione del diritto penale e con essa il principio di certezza della pena.

Si pensi ad esempio alla previsione *ex* art. 6, par. 1, in base alla quale "[f]or the purposes of implementing or applying [the discipline established in paragraph 1 of this

---

such cases, when enforcing confiscation pursuant to paragraph 1, the requested Party shall, if payment is not obtained, realize the claim on any property available for that purpose. 4 If a request for confiscation concerns a specific item of property, the Parties may agree that the requested Party may enforce the confiscation in the form of a requirement to pay a sum of money corresponding to the value of the property".

article…] it shall not matter whether the predicate offence was subject to the criminal jurisdiction of the Party", che garantisce la realizzazione un'efficace cooperazione giudiziaria internazionale.

6.5 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata

Dieci anni dopo la Convenzione del Consiglio d'Europa, gli Stati hanno compiuto un ulteriore passo in avanti per il contrasto al riciclaggio, adottando la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (New York, 15 novembre 2000. In seguito: la Convenzione), secondo strumento a vocazione universale con il quale si è cercato di ampliare gli effetti del diritto penale, della prevenzione e della cooperazione internazionale.

È interessante notare la gradualità e la progressività con cui il contrasto al riciclaggio si afferma sul piano internazionale, considerato che non esiste, ad oggi, uno strumento a vocazione universale dedicato interamente al riciclaggio.

In particolare, gli Stati hanno dapprima adottato una Dichiarazione di principi (che, per definizione, non è vincolante) a cui ha fatto seguito la Convenzione contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, che pur essendo a vocazione universale si limita a prevedere la sanzione del riciclaggio solo quando i beni illeciti derivino dalla commissione di un delitto legato al narcotraffico. In seguito, gli Stati hanno fatto ricorso a una normativa di *soft law*, le Quaranta raccomandazioni, con cui regolare l'attività del settore bancario e quella delle autorità statali destinate al controllo dei flussi finanziari. Infine, è stata adottata la Convenzione del Consiglio d'Europa che penalizza il riciclaggio di beni derivanti dalla commissione

di qualsiasi delitto, ma non prevede un coinvolgimento del settore bancario nel controllo dei flussi finanziari.

Tutti questi dettagli, sono stati invece presi in considerazione nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, che oltre a essere uno strumento internazionale a vocazione universale, obbliga gli Stati parti non solo a penalizzare i delitti connessi al riciclaggio (art. 6), ma anche a prevenirlo mediante un controllo capillare sui movimenti di denaro e lo sviluppo di una stretta collaborazione tra autorità statali e organismi bancari (art. 7).

Dal punto di vista della penalizzazione, l'art. 6 contiene una lista dettagliata di tutte quelle condotte sanzionabili che corrispondono alle diverse fasi del riciclaggio, tra cui "[t]he conversion or transfer of property, knowing that such property is the proceeds of crime, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of helping any person who is involved in the commission of the predicate offence to evade the legal consequences of his or her action" (lett. *a)*, num. *i)*) e "[t]he concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement or ownership of or rights with respect to property, knowing that such property is the proceeds of crime" (lett. *a)*, num. *ii)*).

Oltre a queste disposizioni, l'art. 6, lett. *b)*, prevede due norme la cui attuazione dipende dai principi basici degli ordinamenti interni degli Stati membri. In tal senso, le condotte penalmente rilevanti sono "[t]he acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property is the proceeds of crime" (num. *i)*) e "[the] participation in, association with or conspiracy to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the

offences established in accordance with this article" (num. *ii)*).

Per l'applicazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, ogni Stato parte deve garantire la più ampia tipizzazione dei reati presupposto (art. 6, par. 2, lett. *a)*), tra cui devono essere inclusi i delitti gravi di criminalità organizzata (art. 6, par. 2, lett. *b)*), commessi sia fuori che all'interno della giurisdizione dello Stato parte dove si verifichi la condotta di riciclaggio, con la limitazione che "offences committed outside the jurisdiction of a State Party shall constitute predicate offences only when the relevant conduct is a criminal offence under the domestic law of the State where it is committed and would be a criminal offence under the domestic law of the State Party implementing or applying this article had it been committed there".

Infine, l'art. 6, par. 2, lett. *e)*, riprende alla lettera il disposto normativo dall'art. 6, par. 2, lett. *b)*, della Convenzione del Consiglio d'Europa, prevedendo che "[i]f required by fundamental principles of the domestic law of a State Party, it may be provided that the offences set forth in paragraph 1 of this article do not apply to the persons who committed the predicate offence".

Su questo punto, è utile evidenziare il fatto che le legislazioni nazionali possono non essere univocamente orientate e che anche di fronte alla chiarezza della legislazione penale, possono sorgere dei problemi di carattere interpretativo.

Nel caso italiano, per esempio, gli art. 648 *bis* e 648 *ter* del codice penale escludono esplicitamente la responsabilità di chi sia autore di una condotta idonea a configurare un reato di riciclaggio quando detto reato

costituisca il proseguimento naturale di un delitto di stampo mafioso.

Al riguardo, la Corte di Cassazione è stata chiamata a rispondere sulla questione se il delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso (art. 416 *bis* c.p.) potesse costituire il reato presupposto del delitto di illecito reimpiego, e quindi escludere in virtù della clausola di sussidiarietà di cui all'art. 648 ter, l'applicabilità di quest'ultimo nei confronti del concorrente del reato di cui all'art. 416 bis, che reimpieghi illecitamente nel circuito finanziario i proventi direttamente derivanti dalla partecipazione all'organizzazione.

Su questo punto, la Corte di Cassazione ha adottato due diversi orientamenti giurisprudenziali. Da una parte, infatti, se il denaro, i beni o le utilità riciclate o reimpiegate sono il frutto diretto di uno dei reati fine posti in essere dall'associazione per delinquere nell'esecuzione del proprio disegno criminoso (in questo caso, il reimpiego dei capitali), deve considerarsi operante la clausola di riserva di cui all'art. 648 *ter* e di conseguenza, l'imputazione per i reati di cui all'art. 416 e 416 *bis* non incide sulla possibilità di un'ulteriore imputazione per riciclaggio o reimpiego di capitali[517]; dall'altra, invece, se si afferma che "l'associazione di tipo mafioso può essere autonomamente produttiva di proventi-redditi, la cui fonte è costituita dalle attività economiche/imprenditoriali acquisite con tali forze e condizioni" e che "è l'associazione mafiosa in sé a rendere le attività (acquisite o gestite) illegali, perché perseguite e realizzate con gli strumenti dell'omertà, dell'intimidazione e della violenza"; allora non sono ravvisabili "ragioni ermeneutiche che

[517] Corte di Cassazione, I sezione penale, ordinanza del 1° ottobre 2013.

consentano, già in line di principio, di escludere l'operatività della cd. clausola di riserva"[518].

Quest'ultimo orientamento è stato confermato dalla Corte di Cassazione con sentenza resa il 27 febbraio 2014[519]. Le Sezioni unite hanno affrontato la questione "[s]e sia configurabile il concorso fra i delitti di cui agli artt. 648 *bis* o 648 *ter* c.p. e quello di cui all'art. 416 bis c.p., quando la contestazione di riciclaggio o reimpiego riguardi denaro, beni o altre utilità provenienti proprio dal delitto di associazione mafiosa". Secondo l'informazione provvisoria diffusa dalla Suprema Corte, al quesito è stata soluzione negativa[520].

Dello stesso avviso è anche la giurisprudenza argentina. Con sentenza resa il 15 dicembre 2009[521], il

---

[518] Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 25633 del 24 maggio 2012; "Insomma, se si ammette che l'associazione per delinquere di stampo mafioso è in grado di produrre autonomamente delle utilità economiche - costituisce, dunque, il "presupposto" di queste ultime, il reato dal quale esse discendono - dovrà concludersi - stante il tenore letterale della clausola di sussidiarietà contenuta negli artt. 648 *bis* e 648 *ter* - che il concorrente nel reato associativo di stampo mafioso non risponde del riciclaggio o dell'illecito reimpiego del denaro, dei beni o delle altre utilità che l'associazione mafiosa produce ex se": GALLUCCIO, *Illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso: la parola passa alle Sezioni Unite,* in *Diritto penale contemporanero,* 2014, disponibile sulla rete interconnessa.

[519] Corte di Cassazione, Sezioni unite, Camera di consiglio 27 febbraio 2014.

[520] Diritto penale contemporaneo, *Le Sezioni unite escludono il concorso tra reato associativo e delitti di riciclaggio o illecito reimpiego per i beni ricavati dallo stesso reato associativo*, 2014, disponibile sulla rete interconnessa.

[521] Caso *Altamira, Jorge Guillermo y otros*, causa n. A-5/09, sentenza del 15 dicembre 2009.

Tribunal Oral Federal N° 2 ha dichiarato che "[...] la figura penal no exige que quien lleva a cabo la acción tendiente a legitimar el activo tenga conocimiento preciso del delito previo, ni tampoco que se proponga ocultar o disimular la procedencia ilícita de los bienes, sino que su conducta sea potencialmente apta para ello, y que el autor lo sepa. Es así que el sujeto activo de este delito no puede ser el autor del delito que generó esos bienes, siendo necesario acudir a un tercero con posibilidad práctica y técnica de hacerlo. La acción típica del delito se configura cuando se llevan a cabo las acciones des criptas en la primera parte del art. 278. Este artículo exige como elemento normativo propio la acreditación de un nexo entre el objeto lavado y un delito previo, el cual pudo ser reconstruido en virtud de las escuchas telefónicas".

Oltre all'aspetto legato alla penalizzazione delle condotte connesse al riciclaggio, la Convenzione detta una serie di misure preventive attraverso cui sviluppare migliori strategie di intervento mediante più articolate relazioni con il sistema finanziario e lo sviluppo delle attività degli enti cui incombono obblighi di controllo.

L'art. 7, par. 1, lett. *a),* della Convenzione, infatti, obbliga gli Stati a creare un sistema di regolamentazione e monitoraggio delle banche, delle istituzioni finanziarie non bancarie e di tutti quegli organi che siano particolarmente suscettibili di essere utilizzati per effettuare operazioni di riciclaggio. Ai sensi della stessa norma tale sistema "shall emphasize requirements for customer identification, record-keeping and the reporting of suspicious transactions".

D'altra parte, l'art. 7, par. 1, lett. *b)* , stabilisce il dovere di assicurare che le istituzioni statali incaricate del contrasto al riciclaggio siano capaci di cooperare e scambiare informazione a livello nazionale e

internazionale, considerando la possibilità di creare "a financial intelligence unit to serve as a national centre for the collection, analysis and dissemination of information regarding potential money-laundering".

Da ultimo, l'art. 7, par. 2, prevede la possibilità di applicare misure per individuare e vigilare il movimento transfrontaliero di denaro contante e di titoli, avendo cura di non restringere la circolazione dei capitali leciti, includendo, comunque, "a requirement that individuals and businesses report the cross-border transfer of substantial quantities of cash and appropriate negotiable instruments".

6.6 La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione

La Conv. Corruzione riprende sostanzialmente quanto previsto dalla Convenzione di Palermo, anche se rispetto a quest'ultima devono essere sottolineate due importanti novità.

L'art. 14 Conv. Corruzione, infatti, da una parte introduce l'obbligo di creare un sistema di supervisione anche per le persone naturali o legali che forniscano servizi formali o informali di trasferimento di denaro e, dall'altra, richiede agli Stati di sviluppare misure appropriate per richiedere alle istituzioni finanziarie, ivi comprese le società che effettuano trasferimenti di fondi, di

"(a) To include on forms for the electronic transfer of funds and related messages accurate and meaningful information on the originator; (b) To maintain such information throughout the payment chain; and (c) To apply enhanced scrutiny to transfers of funds that do not contain complete information on the originator".

In questo senso, la Conv. Corruzione prende in considerazione il fatto che il riciclaggio viene commesso

anche attraverso le nuove tecnologie e per questo motivo esorta gli Stati a introdurre misure idonee a contrastare il riciclaggio perpetrato in queste particolari modalità.

Tra i *modi operandi* di nuova generazione, il *phishing* è stato al centro di alcune indagini condotte dalla Procura di Milano su numerosi istituti di credito finanziari, in seguito alle quali si è evidenziato "[1)] una serie di soggetti italiani che, previa precedente comunicazione delle loro coordinate bancarie a soggetti di regola tutti operanti all'estero, si rendevano disponibili a prelevare in contanti somme di denaro fatte confluire sui loro conti a seguito di bonifici online; [2)] una serie di soggetti, spesso residenti in Paesti dell'Est Europa, che risultavano beneficiari di somme di denaro fatte loro pervenire tramite trasferimenti Western Union e/o Money Gram da parte degli stessi soggetti italiani di cui sopra. Tali bonifici online sono stati effettuati in danno degli ignari titolari dei rispettivi conti ordinanti, previa illecita acquisizione delle rispettive credenziali (username e password, necessarie per le relative operazioni di homebanking); I titolari dei conti correnti italiani (cd. Financial manager) beneficiari di tali bonifici online, ritenendo di ottemperare ad un contratto di lavoro, trattengono una percentuale di quanto loro indebitamente accreditato e trasferiscono la residua somma a persone prevalentemente residenti nel Paesi dell'Est Europa con le modalità […]"indicate[522].

[522] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Procedure investigative sui primi accertamenti di polizia giudiziaria in materia di reati informatici*, Milano, 2011, p. 18.

6.7 Il contrasto al riciclaggio nell'Unione Europea. A) La direttiva 91/38/CEE

Nello stesso periodo in cui venivano adottati i primi strumenti di lotta contro il riciclaggio, anche la Comunità economica europea aveva sentito l'esigenza di adoperarsi per combattere questo fenomeno. Lo fece per la prima volta con la direttiva 91/308/CEE[523] del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, un provvedimento che costituisce la pietra miliare sulla strada del contrasto al reimpiego dei proventi di attività illecite[524].

Le motivazioni che condussero all'emanazione di una direttiva, piuttosto che un regolamento, stanno nel fatto che i contenuti sostanziali sono diretti soprattutto a organismi e strutture che operano nel settore creditizio e finanziario, e che quindi fosse "necessario adottare un provvedimento che avrebbe concesso ai destinatari il tempo tecnico per le procedure di adeguamento al fine di dare concreta attuazione alle previsioni formulate nelle disposizioni di origine comunitaria"[525].

Le esigenze di un nuovo provvedimento in materia erano legate alla necessità di tutelare il sistema comunitario dall'abuso di gruppi criminali su enti creditizi e finanziari per riciclare i proventi di attività illecite. I gruppi criminali, infatti, potevano facilmente trarre vantaggio dalla libertà dei movimenti di capitali e dalla

---

[523] Pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, n. L 166 del 28 giugno 1991.

[524] KLIP, *European Criminal Law. An Investigative Approach*, Boston, 2009, p. 198.

[525] FUGGETTI, *Dagli impulsi dell'Unione Europea alla normativa italiana antiriciclaggio*, in BERNASCONI, GIUNTA, *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*, Varese, 2011, p. 37.

libera prestazione dei servizi che il nuovo spazio finanziario integrato comportava.

Per questo motivo, la Comunità economica europea si era preoccupata dalla possibilità che il sistema finanziario potesse risultare gravemente compromesso dal riciclaggio, comportandone il discredito e la perdita di fiducia da parte del pubblico.

La Comunità valutava la necessità di assumere iniziative in materia in quanto l'eventuale assenza di una legislazione comunitaria contro il riciclaggio avrebbe potuto indurre gli Stati membri, allo scopo di proteggere il proprio sistema finanziario, ad adottare provvedimenti in contrasto con il completamento del mercato unico.

Come per gli strumenti precedentemente analizzati, anche la direttiva 91/308/CEE si può sostanzialmente dividere in due parti, una repressiva e l'altra preventiva.

Per quanto riguarda la prima parte, il legislatore comunitario era pienamente consapevole che il riciclaggio dovesse essere combattuto prevalentemente con strumenti di natura penale e nel quadro di una cooperazione internazionale tra autorità giudiziarie e autorità di polizia, come previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa su riciclaggio, identificazione, sequestro e confisca dei proventi di reato.

Per ciò che concerne, invece, la seconda parte, la direttiva prende in considerazione il fatto che gli strumenti di natura penale non sono l'unico modo per combattere il riciclaggio, dato che il sistema finanziario può svolgere un ruolo estremamente efficace.

L'elemento fondamentale su cui poggia l'intera struttura della direttiva è comunque lo sviluppo della cooperazione internazionale, necessaria per contrastare un

fenomeno che aveva ormai raggiunto dimensioni transnazionali, di fronte al quale le eventuali misure adottate esclusivamente a livello nazionale hanno effetti molto limitati.

L'obiettivo della direttiva è duplice: l'incremento della trasparenza del mercato finanziario e dei suoi flussi e l'intercettazione delle operazioni sospette di riciclaggio. A tale scopo sono stati imposti due diversi livelli di obblighi: da una parte, l'identificazione della clientela (art. 3, par. 1) e la registrazione dei dati relativi ad essa ed alle operazioni effettuate (art. 3, par. 2); dall'altra, la segnalazione ad un'autorità appositamente designata delle operazioni sospette di riciclaggio (art. 7).

Per quanto riguarda i doveri delle istituzioni finanziarie e degli enti creditizi, è opportuno considerare che uno dei pregi della direttiva risiede nel recepimento delle Raccomandazioni del GAFI che istituzionalizzano il ruolo di questi soggetti nella funzione di controllo finanziario del riciclaggio[526], "realizzando una sorta di

[526] Si tratta di una vera e propria innovazione. "Le banche infatti, con l'entrata in vigore della norma, si trovavano catapultate in un regime nuovo e inaspettato, che le vedeva obbligate, fra l'altro, a segnalare *motu proprio* […] le operazioni poste in essere dalla clientela che esse stesse considerassero sospette di riciclaggio, pena, in difetto, il rischio di pesantissime sanzioni. […] Era la rivoluzione. Il sistema[…] veniva improvvisamente chiamato, da un ordinamento vieppiù impotente a contrastare, da solo, il riciclaggio del denaro, a denunciare […] la propria clientela sospetta. Il tutto, si badi, non in presenza di una notizia di reato […], bensì molto più grossolanamente (almeno su un piano giuridico), sulla base di un semplice sospetto". Cfr. CAPPA, *La collaborazione attiva del sistema bancario*, in CAPPA CERQUA, *op. cit*, p. 155-156. Proprio per questa "rivoluzione", la direttiva 91/308/CEE era stata al centro di forti resistenze, provenienti specialmente dal mondo bancario per i controlli a cui sarebbe stato

funzionalizzazione dell'attività privatistica all'interesse pubblicistico della prevenzione e del contrasto al riciclaggio"[527]

B) La direttiva 2001/97/CE

Il legislatore comunitario ha modificato il testo della previgente direttiva 91/308/CEE con la direttiva 2001/97/CE[528] per ampliare l'operatività della disciplina europea fino a regolamentare ogni settore del sistema finanziario ipoteticamente adatto al reimpiego del denaro proveniente da attività illecite.

Con il nuovo atto legislativo, gli obblighi originariamente previsti dalla direttiva 91/308/CEE sono

---

sottoposto in seguito all'approvazione di queste due legislazioni. Oltre a questo ostacolo, va sottolineato anche il fatto che l'iter di approvazione della direttiva fu al centro di un acceso dibattito in seno alle istituzioni europee, impegnate nella discussione se un atto legislativo sul riciclaggio dovesse configurarsi come un intervento in materia penale, tale da richiedere che la proposta della Commissione fosse adottata all'unanimità dal Consiglio e previa consultazione del Parlamento europeo. Il problema del fondamento giuridico della direttiva 91/308/CEE venne risolto dal Consiglio facendo ricorso sia ad un espresso riferimento, operato nel preambolo della direttiva, all'articolo 100 A oltre che all'art. 57, par. 2, sia alla contemporanea adozione di una specifica Dichiarazione dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, con la quale si ribadì l'impegno solenne di ciascuno Stato di adottare, entro e non oltre il 31 dicembre 1992, le misure necessarie per far entrare in vigore una legislazione penale nazionale che permettesse di soddisfare gli obblighi derivanti dalla direttiva 91/308/CEE.

[527] FISICARO, *Antiriciclaggio e terza direttiva UE. Obblighi a carico dei professionisti, intermediari finanziari e operatori non finanziari alla luce del d. lgs. N. 231/2007*, Milano, 2008, p. 17.

[528] Pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, n. L 344 del 28 dicembre 2001.

ora applicabili, ai sensi dell'art. 2 bis e dell'art. 6, par. 1, a professionisti, revisori dei conti, contabili, notai e altri professionisti legali, contabili esterni e consulenti tributari, laddove agiscano nell'esercizio delle rispettive attività professionali o prestino la propria opera intellettuale, nonché a talune persone giuridiche e fisiche che svolgano attività non propriamente finanziarie ma che, per loro natura, possono attirare ingenti capitali e, pertanto, diventare attività suscettibili di essere utilizzate per il riciclaggio di quanto derivato da precedenti condotte criminali[529].

A questa disciplina sono previste comunque delle eccezioni. Ai sensi dell'art. 6, par. 3, infatti, "[g]li Stati membri non sono tenuti ad applicare gli obblighi di cui al paragrafo 1 ai notai, ai professionisti legali indipendenti, ai revisori, ai contabili esterni e ai consulenti tributari con riferimento alle informazioni che essi ricevono da, o ottengono su, un loro cliente, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza di questo cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale provvedimento compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso".

Nonostante la direttiva preveda un'eccezione esplicita, non sono mancati dubbi sulla portata della regola generale. In particolare, la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a risolvere la questione pregiudiziale sul fatto "se l'obbligo per un avvocato, che agisca nell'ambito delle sue attività professionali, di collaborare con le autorità competenti in materia di lotta

[529] FUGGETTI, *op. cit.*, p. 41.

contro il riciclaggio, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva 91/308/CEE, e di comunicare loro, di propria iniziativa, ogni fatto che possa costituire indizio di un riciclaggio, tenuto conto delle limitazioni di tale obbligo previste agli artt. 2 bis, punto 5, e 6, n. 3, di tale direttiva, costituisca una violazione del diritto a un equo processo come garantito dagli artt. 6 della CEDU e 6, n. 2, UE".

Con sentenza resa il 26 giugno 2007[530], la Corte ha dichiarato che "[poiché] le esigenze derivanti dal diritto ad un equo processo implicano, per definizione, una connessione con un procedimento giudiziario e, tenuto conto del fatto che l'art. 6, n. 3, secondo comma, della direttiva 91/308 esonera gli avvocati, quando le loro attività sono caratterizzate da una tale connessione, dagli obblighi di informazione e di collaborazione di cui all'art. 6, n. 1, della detta direttiva, tali esigenze sono preservate. Per contro, occorre ammettere che le esigenze connesse al diritto ad un equo processo non si oppongono al fatto che, quando agiscono nell'ambito preciso delle attività elencate all'art. 2 bis, punto 5, della direttiva 91/308, ma in un contesto che non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 6, n. 3, secondo comma, della detta direttiva, gli avvocati siano sottoposti agli obblighi di informazione e di collaborazione creati dall'art. 6, n. 1, di tale direttiva, dal momento che tali obblighi sono giustificati, come lo evidenzia in particolare il terzo 'considerando' della direttiva 91/308, dalla necessità di lottare efficacemente contro il riciclaggio che esercita un'influenza evidente sullo sviluppo della criminalità organizzata, la quale costituisce essa stessa una particolare minaccia per le società degli Stati membri. Alla luce di

[530] Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-305/05, sentenza del 26 giugno 2007.

quanto precede, occorre constatare che gli obblighi di informazione e di collaborazione con le autorità responsabili per la lotta contro il riciclaggio previsti all'art. 6, n. 1, della direttiva 91/308 e imposti agli avvocati dall'art. 2 bis, punto 5, di tale direttiva, tenuto conto dell'art. 6, n. 3, secondo comma, di questa, non violano il diritto ad un equo processo, come garantito dagli artt. 6 della CEDU e 6, n. 2, UE".

Nel bilanciamento degli interessi in gioco, la Corte ha fatto prevalere l'interesse comunitario alla lotta contro il riciclaggio qualora l'attività svolta dagli avvocati sia di ordine finanziario e immobiliare. Gli obblighi di informazione e di collaborazione previsti dalla direttiva controversa sono quindi apparsi ai giudici di Lussemburgo come corredati delle giuste garanzie, idonee a tenere in debito conto le peculiarità della professione forense, e, in particolare, il rapporto di fiducia che lega il professionista al proprio cliente[531].

Parallelamente all'aumento delle categorie dei destinatari dei controlli, la direttiva 2001/97/CEE aumenta il novero dei reati presupposto, contemplando ulteriori condotte da tipizzare come riciclaggio. In particolare, l'art. 1 della direttiva in esame prevede che per attività criminosa debba intendersi "qualsiasi tipo di coinvolgimento criminale nella perpetrazione di un reato grave", definendo tale reato grave come ognuno dei reati previsti all'art. 3, par. 1, lett. *a)*, della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope; le attività delle organizzazioni criminali definite all'art. 1 dell'azione comune

---

[531] *BAZZOCCHI, Segreto professionale e garanzie dell'equo processo,* in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa, 2007, p. 3,* disponibile su.europeanrights.eu

98/733/GAI; la frode così come definita all'art. 1, par. 1 e all'art. 2 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Bruxelles, 26 luglio 1995)[532]; la corruzione e, infine, un reato che possa fruttare consistenti proventi e sia punibile con una severa pena detentiva in base al diritto penale dello Stato membro. Inoltre, ai sensi dell'art. 1 della direttiva "gli Stati membri possono indicare ogni altro reato come attività criminosa".

Un'altra innovazione prevista dalla direttiva 2001/97/CE è il fatto che il legislatore europeo si sia concentrato sui nuovi sistemi di pagamento telematici, capaci di aggirare i sistemi di controllo già previsti nella direttiva 91/308/CEE, esponendoli a maggior rischio di riciclaggio derivante dall'instaurazione di rapporti di affari o dall'effettuazione di un'operazione con un cliente che non è fisicamente presente a fini di identificazione ("operazioni a distanza"). Per questo motivo, l'art. 1 della direttiva 2011/97/CE impone l'obbligo di identificazione sia del disponente che del beneficiario.

Questa previsione è importante se si prende in considerazione il fatto che, prima del 2001, l'ingresso ai siti che offrono trasferimenti monetari telematici era difficilmente limitabile da parte delle autorità di controllo perché, spesso, gli intermediari che offrivano tali servizi agivano ai confini della legalità, adducendo finalità di protezione della vita privata degli utenti e collocando le loro società in Paesi che adottavano una legislazioni particolarmente flessibili[533].

---

[532] Entrata in vigore il 17 ottobre 2002, disponibile sulla rete interconnessa.

[533] *Rapporto GAFI sulla moneta elettronica*, 2010, disponibile sulla rete interconnessa.

Per quanto riguarda tutte le altre operazioni, ai sensi dell'art. 2 della direttiva "[g]li Stati membri garantiscono che gli enti e le persone cui si applica la presente direttiva provvedano all'identificazione dei loro clienti mediante documento probante quando allacciano rapporti di affari, ed in particolare, nel caso degli enti, quando aprono un conto o libretti di deposito o offrono servizi di custodia dei beni. L'identificazione è altresì richiesta per tutte le operazioni con clienti diversi da quelli di cui al paragrafo [precedente], il cui importo sia pari o superiore a 15.000 EUR, a prescindere dal fatto che siano effettuate con un'unica operazione o con più operazioni tra le quali sembri esistere una connessione. Qualora l'importo non sia noto nel momento in cui è avviata l'operazione, l'ente o la persona in questione procederà all'identificazione non appena l'importo sia conosciuto e si constati che il limite è raggiunto".

C) La direttiva 2005/60/CE

L'ultimo atto legislativo dell'Unione europea in materia di contrasto al riciclaggio è la Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo[534]. Essa abroga le due direttive precedenti e fornisce una nuova visione strategica della lotta al riciclaggio, introducendo nuovi metodi di contrasto al fenomeno criminale.

Tra le principali novità introdotte dalla nuova legislazione europea, vi sono: il riferimento a ulteriori precisazioni rispetto ai reati gravi; l'estensione del campo

[534] Pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, n. L 309 del 25 novembre 2005.

di applicazione fino a comprendere anche prestatori di servizi a società o *trust* e altre persone che negoziano beni o prestano servizi per importi consistenti; un approfondimento degli aspetti specifici relativi agli obblighi di diligenza nel rapporto con la clientela e alla verifica dell'identità personale, compresa la titolarità economica; le norme relative alla protezione dei dipendenti che segnalano i casi sospetti di riciclaggio; il divieto di informare il cliente dell'avvenuta segnalazione e l'obbligo di applicare le norme comunitarie anche alle succursali e alle controllate aventi sede fuori dall'Unione europea.

Si impongono, inoltre, controlli sulla clientela (più stringenti rispetto alle normative europee precedenti) e sugli enti creditizi, ampliando il potere di controllo di uno Stato oltre il principio di territorialità.

Su questo punto, il *Tribunal Supremo* spagnolo ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale: "Se, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2, della direttiva 2005/60 (...), uno Stato membro possa esigere che le informazioni che gli enti creditizi operanti nel suo territorio senza una sede stabile devono fornire siano trasmesse obbligatoriamente e direttamente alle autorità nazionali incaricate della prevenzione del riciclaggio dei proventi di attività illecite o se, invece, la richiesta di informazioni debba essere rivolta all'[unità di informazione finanziaria] dello Stato membro nel cui territorio è situato l'ente creditizio interessato".

Con sentenza resa il 25 aprile 2013, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato che "la lotta contro il riciclaggio di capitali, che si ricollega all'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico, costituisce un obiettivo legittimo tale da giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi". In tal senso, "[u]na

normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale consente allo Stato membro in questione di esigere, tutte le volte che sussiste un ragionevole dubbio circa la legalità di un'operazione finanziaria, la comunicazione delle informazioni che esso ritiene utili affinché le autorità nazionali possano adempiere la loro missione e, se del caso, perseguire e punire i responsabili". Per questo motivo "[u]na normativa del genere, che impone la comunicazione non di qualunque operazione effettuata in regime di libera prestazione dei servizi sul territorio spagnolo, ma soltanto di quelle che, secondo criteri obiettivi posti dal legislatore nazionale, devono essere considerate sospette, non appare sproporzionata".

Sulla base di questo ragionamento, la Corte ha dichiarato che "l'articolo 22, paragrafo 2, della direttiva 2005/60 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa di uno Stato membro la quale impone agli enti creditizi di comunicare direttamente all'unità di informazione finanziaria di tale Stato le informazioni richieste a fini di lotta al riciclaggio di capitali e al finanziamento del terrorismo quando tali enti svolgono le loro attività sul territorio nazionale in regime di libera prestazione dei servizi, a patto che tale normativa non pregiudichi l'effetto utile della suddetta direttiva […]; l'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una siffatta normativa qualora quest'ultima sia giustificata da esigenze imperative di interesse generale, sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito, non ecceda quanto necessario per raggiungerlo e si applichi in modo non discriminatorio, ciò che spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto delle seguenti considerazioni: una siffatta normativa è atta a conseguire l'obiettivo della prevenzione del riciclaggio di capitali […] se permette allo

Stato membro in questione di sorvegliare e sospendere effettivamente le operazioni finanziarie sospette realizzate dagli enti creditizi che prestano i loro servizi nel territorio nazionale e, se del caso, di perseguire e punire i responsabili; l'obbligo imposto da tale normativa agli enti creditizi che esercitano le loro attività in regime di libera prestazione dei servizi può costituire una misura proporzionata al perseguimento di tale obiettivo in mancanza, all'epoca dei fatti all'origine del procedimento principale, di meccanismi efficaci idonei a garantire una cooperazione piena e completa tra le unità di informazione finanziaria".

Capitolo III
Conclusioni

Sommario 3. 1. Per un approccio integrale al contrasto alla criminalità organizzata- 2. La prevenzione della criminalità organizzata- 3. Il ruolo della cultura- 4. Analisi giuridica di un problema psico-socio-economico- 4.1. Le contraddizioni alla base criminalità organizzata e della sua definizione: eziologia dell'art. 2 della Convenzione di Palermo- 4.2 Contraddizioni mafiogene alla base del traffico illecito di migranti- 4.3 Contraddizioni mafiogene alla base della tratta di persone- A) Sotto il profilo storico- B) Sotto il profilo psicosociale- B.1) Un esempio su tutti: la discriminazione femminile e tratta di persone con la finalità dello sfruttamento sessuale- C) Sotto il profilo economico- 4.4 Contraddizioni mafiogene alla base del traffico illecito di droga- 4.5 Contraddizioni mafiogene alla base del traffico di armi- 5. Di chi è la responsabilità dello Stato?

1. Per un approccio integrale al contrasto alla criminalità organizzata

Come si è visto, le norme analizzate nei primi due capitoli si riferiscono alla repressione del crimine organizzato e obbligano gli Stati a tipizzare negli ordinamenti interni quelle condotte che sono proprie della criminalità organizzata.

In questo senso, va osservato che fin da quando gli Stati si sono formalmente accorti dell'esistenza del crimine organizzato, hanno cercato di dare a questo fenomeno una risposta prevalentemente repressiva, dapprima sul piano nazionale, poi sul piano internazionale.

La scelta di far confluire nel diritto internazionale gli sforzi statali diretti alla repressione del fenomeno ha comportato un ingente impiego di risorse, sia per sensibilizzare le opinioni pubbliche nazionali sull'esistenza dei gruppi criminali e la necessità di reprimerli, sia per riunire gli esperti statali al fine di elaborare soluzioni condivise.

Questa ricerca della condivisione sul piano repressivo ha comportato investimenti sempre maggiori, perché se da un lato, il diritto penale deve essere preciso e tassativo per sua caratteristica intrinseca, dall'altro, a maggiore ricerca di precisione e tassatività corrisponde un ampliamento dei tempi per stabilire regole sanzionatorie comuni. Ecco perché, per esempio, gli Stati hanno impiegato venticinque anni per giungere a una definizione condivisa di criminalità organizzata.

Nonostante il tempo impiegato per arrivare a questo primo risultato, la definizione proposta dalla Convenzione di Palermo ha suscitato comunque forti polemiche tra gli Stati per le difficoltà di adattamento negli ordinamenti interni di un concetto considerato di origine sociologica più che giuridica.

A ciò si aggiunga il fatto che la volontà repressiva non si era manifestata solo a partire dal 1975, da quando cioè si era parlato per la prima volta in un congresso internazionale di criminalità organizzata[535], ma da molto prima, con la proibizione del traffico di droga, un fenomeno che, come si è visto, sarebbe stato messo gradualmente al bando fino a giungere alla situazione odierna

A ben vedere, si tratta di un uso progressivo del diritto penale di fronte a fenomeni criminali in espansione, che ha portato in alcuni casi all'esasperazione dell'uso di strumenti giuridici sanzionatori per limitare condotte che sono entrate a far parte del comportamento sociale di determinati individui o gruppi di individui[536] e sono diventate in alcuni casi endemiche, entrando a far parte della cultura di una società.

---

[535] *Supra*, cap.I, par. 1.

[536] FRATONI, *La criminalità organizzata peninsulare come fatto sociale totale*, in *Silvae*, 2010, p. 237-257; RESA NESTARES, *Crimen Organizado Transnacional: definición, causas y consecuencias*, Buenos Aires, 2005; SILVA DE SOUSA, *Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro*, in *Revista Mexicana de Sociología*, 2004, p. 141-192; FAVAREL-GARRIGUES, *La criminalité organisée transnationale: un concept à enterrer?*, in *L'économie politique*, 2002, p. 8; BEARE, NAYLOR, *Major Issues Relating to Organized Crime: Within the Context of Economic Relationships*, 1999, elaborato per la *Law Commission of Canada*, disponibile sulla rete interconnessa; SAVONA, *Criminalità organizzata*, in *Enciclopedia del Novecento II supplemento (treccani.it)*, 1998; MORENO GÓNZALEZ, *Enfoque criminológico del crimen organizado*, in UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Reforma Constitucional y penal de 1996*, Ciudad de México, 1997, p. 127-139.

Si pensi a quanto accade in alcuni comuni del sud Italia, dove le cronache e i quotidiani riportano notizie di gruppi criminali organizzati coinvolti in un ampio numero di traffici e capaci di influire sulla politica; alla situazione colombiana, in cui il clientelismo politico è strettamente vincolato al narcotraffico; o ancora, al panorama messicano dove, come si è visto, i gruppi criminali organizzati influiscono sull'andamento dell'economia nazionale, offrendo lavoro o mantenendo intere famiglie in determinate zone del Paese.

Le infiltrazioni mafiose nella politica e nella società non avvengono solo con l'intimidazione, ma possono anche essere il risultato di lunghe e pazienti interazioni tra la criminalità, le istituzioni e la popolazione.

Tali interazioni non consistono solamente in atteggiamenti intimidatori o violenti, potendo manifestarsi anche in forma pacifica, mediante l'affermazione progressiva di comportamenti di origine consuetudinaria.

Ancor prima che di condotte proprie della criminalità organizzata, dunque, si può parlare di comportamenti mafiogeni, tenuti non solo dai delinquenti, ma anche da una certa parte della società, non formalmente coinvolta in atti criminali.

Mediante tali condotte le mafie trovano appoggio politico negli individui e nelle istituzioni (che, a loro volta, sono formate da rappresentanti eletti dagli individui, tra gli individui).

I comportamenti mafiogeni non corrispondono necessariamente a condotte criminali complesse, essendo rinvenibili anche in semplici azioni o omissioni consuetudinarie.

Così, per esempio, un comportamento mafiogeno è quello del medico privato che offre al paziente due diverse tariffe dipendenti dall'emissione della fattura fiscale,

dando al pubblico la subdola informazione che il diritto alla salute e il pagamento delle imposte non siano direttamente connessi e che anzi il primo possa prescindere dal secondo.

Un altro comportamento di questo tipo è il cosiddetto bullismo[537], un fenomeno preoccupante che grava specialmente sul sistema dell'istruzione statale con gravi ripercussioni sullo stato di diritto e sull'efficacia delle strategie di contrasto alla criminalità: i bambini vittime dei compagni bulli, infatti, entrando in contatto con la cultura della discriminazione e della violenza, corrono il rischio di sviluppare una certa sfiducia verso le istituzioni, proprio perché nel contesto istituzionale, oltre a essere vittimizzati, non ricevono la protezione dei maestri o dei professori, incaricati di rappresentare l'autorità pubblica.

In ultimo, si pensi a quanto accaduto recentemente ai mondiali di calcio in Brasile, quando i tifosi messicani hanno gridato in diretta televisiva mondiale l'insulto "puto" al portiere camerunense, ostentando misoginia e intolleranza per la diversità, quella stessa che è alla base della tratta di persone, efferato reato della criminalità organizzata perpetrato in gran parte degli Stati federati messicani.

Si tratta di comportamenti riprovevoli lesivi di norme morali difficilmente giustiziabili, proprio perché comunemente accettati dagli individui che li elevano a comportamenti socialmente accettati grazie alla consuetudine.

---

[537] BARNES, *When Bullying goes to work*, in *Family and intimate partner violence quarterly*, 2013, p. 7-12; INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Por una educación libre de discriminación y de violencia*, San José de Costa Rica, 2012.

Gli Stati hanno cercato di contrastare i comportamenti mafiogeni utilizzando i sistemi nazionali di repressione penale, ma si sono dovuti scontrare con una realtà in cui tali condotte erano generalizzate, caricando di nuove responsabilità le amministrazioni di giustizia già gravate da ingenti quantità di lavoro.

Su questo punto, non è mancato chi ha parlato di crisi del diritto penale, identificandola come "una crisi dei valori della società […]. Fino a qualche tempo fa la società riusciva ad autodisciplinarsi [ma] nel momento in cui si sono persi i lavori fondamentali è aumentato il contenzioso, è aumentata la necessità di criminalizzare certe disfunzioni del sistema e naturalmente è aumentato il numero di procedimenti penali. Da un lato l'aumento della criminalizzazione, dall'altro la diminuzione del rispetto dei valori fondamentali hanno comportato un numero di procedimenti penali talmente alto da essere molto difficile il loro superamento attraverso le strutture ordinarie. In buona sostanza non esiste né una struttura né una forma in grado di affrontare una patologia così alta dei rapporti sociali"[538].

A sua volta, il cambiamento dei rapporti sociali ha comportato un diverso posizionamento degli individui di fronte allo Stato. In particolare, se nel periodo dell'immediato dopoguerra gli Stati avevano potuto dichiarare la loro posizione predominante in vista del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (art. 1 della Carta delle Nazioni Unite, San Francisco, 26 giugno 1945), di lì a pochi decenni avrebbero dovuto fare i conti con altri soggetti che si stavano affacciando sullo scenario globale, forti non solo della forza della violenza e

[538] Intervista al prof. Angelo Giarda, disponibile su *youtube.com*

dell'intimidazione, ma anche di un rilevante appoggio sociale.

Pur accorgendosi dei cambiamenti "mafiogeni" in seno alla società, gli Stati non hanno saputo affrontare integralmente questo problema, preferendo un approccio che ha portato a una sempre maggiore ricerca della sicurezza militare.

Questo atteggiamento può trovare una spiegazione in due diversi ordini di motivi: da una parte, il fatto che lo Stato abbia sempre interpretato se stesso come unico e vero protagonista, garante e protettore dei diritti e degli interessi individuali contro la criminalità, specie quella organizzata; dall'altro, il fatto che i rappresentanti dello Stato siano eletti dal popolo, tra il popolo, e il conseguente rischio che l'unica differenza tra criminali e rappresentanti istituzionali sia solo di carattere formale, nel senso che pur appartenendo a categorie distinte, utilizzino lo stesso approccio violento o repressivo, tralasciando aspetti importanti che riguardano, per esempio, l'ambito preventivo.

2. La prevenzione della criminalità organizzata

Fin da quando hanno cominciato a occuparsi del contrasto alla criminalità organizzata, dunque, gli Stati non hanno dato particolare rilevanza all'aspetto preventivo, concentrando i loro sforzi sulla penalizzazione e la repressione del fenomeno.

Questa strategia è rinvenibile sin dall'adozione dei primi strumenti internazionali contro il traffico di droga. Sia la Convenzione unica sugli stupefacenti (in seguito: Conv. 1961)[539] che la Convenzione sulle sostanze

[539] *Supra*, nota 244.

psicotropiche (in seguito Conv. 1971)[540] e la Convenzione contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotropiche (in seguito: Conv. 1988)[541], infatti, si contraddistinguono per la creazione di un sistema amministrativo delle droghe strumentale a un approccio prettamente repressivo[542], limitando la prevenzione alla formazione degli agenti statali coinvolti nelle indagini e nei processi penali e a una sensibilizzazione generale sugli effetti negativi dell'abuso di droghe[543].

Bisognerà aspettare la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (New York, 2000. In seguito, Convenzione di Palermo)[544] per avere una vera e propria disposizione in materia preventiva.

L'art. 31 di tale Convenzione obbliga gli Stati a adottare misure specifiche che incidano sulla criminalità organizzata prima che questa cominci a manifestarsi, bloccando le vie d'accesso alle istituzioni e alla società.

Si tratta di una disposizione che durante i negoziati ha generato una certa discussione. Gli Stati, infatti, non volevano vedersi obbligati ad adottare misure interne su questo tema, anche perché ciò avrebbe comportato cambi di carattere strutturale e l'adozione di politiche pubbliche dirette a modificare le funzioni istituzionali, sensibilizzare la popolazione e modificare l'organizzazione del mercato.

Più specificamente, l'art. 31, par. 2, prevede che "[S]tates Parties shall endeavour, in accordance with fundamental principles of their domestic law, to reduce

---

[540] *Supra*, nota 245.

[541] *Supra*, nota 246.

[542] Art. 2-34 Conv. 1961; art. 2-19 Conv. 1971; art. 3-24 Conv. 1988.

[543] Art. 38 Conv. 1961; art. 20 Conv. 1971 e art. 14, par. 4, Conv. 1988.

[544] *Supra*, nota 8.

existing or future opportunities for organized criminal groups to participate in lawful markets with proceeds of crime, through appropriate legislative, administrative or other measures".

In realtà, si tratta di una disposizione il cui contenuto è molto ridotto rispetto alla proposta originale, che invece prevedeva l'introduzione di misure "to reduce to the extent possible existing social, legal, [cultural], administrative, technical [or any other] opportunities for criminal organizations to commit [profitable crimes] [any punishable offence] and to alleviate the circumstances that make socially marginalized groups vulnerable to the prospect of a criminal career"[545].

In una prima fase dei negoziati, gli Stati hanno dunque accennato a un interesse verso politiche preventive più incisive rispetto alla sensibilizzazione dei funzionari pubblici o alla creazione di sistemi amministrativi strumentali alla repressione, pensando a un vincolo diretto tra le risorse messe a disposizione per lo sviluppo di diritti sociali e culturali e il contrasto alla criminalità organizzata.

È interessante notare come in questa proposta compaia l'espressione "to the extent possible", già presente nell'art. 26 della Convenzione americana sui diritti umani (San José de Costa Rica, 22 novembre 1969)[546], sull'impegno degli Stati "a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas,

[545] Doc. A/AC.254/4/Rev.1 del 10 febbraio 1999, p. 34, disponibile sulla rete interconnessa.

[546] Entrata in vigore il 18 luglio 1978, disponibile sulla rete interconnessa.

sociales y sobre educación, ciencia y cultura [...] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

L'idea di garantire i diritti economici, sociali e culturali "nella misura del possibile" procede storicamente da una diversa visione dello sviluppo dello Stato, derivante dalla contrapposizione del blocco capitalista e di quello socialista.

Ritrovare questa espressione nei lavori preparatori della Convenzione delle Unite contro la criminalità organizzata permette un'ulteriore riflessione, soprattutto alla luce di quanto avvenne nei Paesi socialisti all'indomani della caduta del muro di Berlino. Se è vero, infatti, che la somministrazione di risorse economiche, sociali e culturali favorisce una maggiore presa di coscienza da parte degli individui sui pericoli derivanti dalla criminalità organizzata, è anche vero che esse non sono sufficienti da sole a garantire una prevenzione efficace.

In questo senso, gli Stati dovrebbero adoperarsi per garantire uno sviluppo integrale che prenda in considerazione anche i diritti civili e politici.

Durante l'incontro tenutosi nella città di Bogotà il 21 e 22 giugno 2011, l'Instituto Interamericano de Derechos Humanos in collaborazione con la Corporación Acción Ciudadana ha riunito i responsabili dei "Programas de Transferencia Condicionada" di Messico, Colombia e Repubblica Dominicana, che hanno sottolineato l'importanza di unire alla somministrazione di risorse economiche, sociali e culturali, la sensibilizzazione della popolazione sulla tutela dei diritti civili e politici, così da poter intraprendere una politica integrale per il contrasto alla povertà e alla criminalità organizzata che ne possa derivare.

I Paesi dell'America Latina hanno molto insistito sulla necessità di combattere la povertà per incidere sulla criminalità organizzata, tant'è che durante i lavori preparatori della Convenzione di Palermo, la Colombia avanzò una proposta secondo cui l'art. 31, par. 7, avrebbe dovuto prevedere che "[States] shall also, as far as their means allow, allocate resources for the alleviation of the circumstances that render socially marginalized groups vulnerable to the action of transnational organized crime".

Questa proposta non venne accolta nella sua totalità, nel senso che il vigente art. 31, par. 7, non prevede l'obbligo specifico di allocazione delle risorse per combattere cause strutturali alla base della vulnerabilità di determinati gruppi sociali, bensì la più semplice partecipazione degli Stati "in international projects aimed at the prevention of transnational organized crime, for example by alleviating the circumstances that render socially marginalized groups vulnerable to the action of transnational organized crime".

Soluzioni di questo tipo sono state adottate anche per reati più specifici come il traffico di migranti e la tratta di persone.

In particolare, l'art. 15, par. 2, del Protocollo contro il traffico illecito di migranti[547], prevede che "[e]ach State Party shall promote or strengthen, as appropriate, development programmes and cooperation at the national, regional and international levels, taking into account the socio-economic realities of migration and paying special attention to economically and socially depressed areas, in order to combat the root socio-economic causes of the smuggling of migrants, such as poverty and underdevelopment".

[547] *Supra*, nota 9.

Allo stesso modo, l'art. 9, par. 4, del Protocollo per prevenire, reprimere e sanzionare la tratta di persone[548] stabilisce che "[S]tates Parties shall take or strengthen measures, including through bilateral or multilateral cooperation, to alleviate the factors that make persons, especially women and children, vulnerable to trafficking, such as poverty, underdevelopment and lack of equal opportunity".

Quello dell'attenzione ai gruppi vulnerabili deve essere senza dubbio parte integrante della strategia di contrasto alla criminalità organizzata, perché è proprio dalla marginalizzazione che può nascere un sentimento di avversione o di paura nei confronti delle istituzioni e la conseguente ricerca di protezione nei gruppi criminali.

Bambini, donne, migranti, indigeni, sono troppo spesso accomunati sotto la crescente categoria della povertà, punto di partenza per l'affiliazione alla criminalità organizzata o la ricerca di servizi alternativi rispetto a quelli (formalmente, ma non sostanzialmente) offerti dalle istituzioni.

L'art. 31, par. 7, in questione, costituisce una prima grande opportunità per connettere le riforme strutturali dello Stato al contrasto alla criminalità organizzata, creando le condizioni affinché tutte le persone (non solo tutti i cittadini)[549] sottoposte alla giurisdizione di uno

[548] *Supra*, nota 9.

[549] Su questo punto è importante ricordare che la criminalità organizzata trova molto spesso la sua giustificazione nella discriminazione vissuta da persone che non sono cittadini di uno Stato, ma che in quello Stato vivono. I migranti ne sono un chiaro esempio. Alla ricerca di un progetto di vita alternativo, si affidano a gruppi criminali organizzati per accedere a una procedura migratoria "semplificata", non volendo, o non potendo, capire o

Stato, cerchino appoggio e protezione nelle istituzioni invece che nei gruppi criminali.

Si pensi per esempio alle conseguenze negative della mancanza di accesso alla giustizia da parte dei gruppi vulnerabili e alla conseguente ricerca di una giustizia alternativa, sommaria e illegale offerta dalla criminalità organizzata. Su questo punto è opportuno menzionare l'importanza rivestita dalle 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Brasilia, 6 marzo 2008), adottate durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas de Justicia y los Consejos de la Magistratura de Iberoamérica, con il proposito di garantire condizioni di effettivo accesso alla giustizia senza discriminazione per donne, bambini, indigeni, rifugiati, persone disabili e anziani. Tali regole hanno il merito importante di "garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial" (sezione 1).

3. Il ruolo della cultura

È evidente che per favorire politiche di inclusione e evitare la diffusione della criminalità organizzata, gli Stati devono intervenire anche mediante la somministrazione di risorse culturali. Attraverso la cultura, infatti, si procede alla sensibilizzazione della popolazione e alla responsabilizzazione degli individui, i quali, una volta avuta l'informazione necessaria a evitare i meccanismi

---

usufruire del sistema offerto dalle istituzioni perché considerato alieno o nemico.

criminali possono scegliere per convenienza propria il circuito legale e istituzionale, che nel frattempo concorrono a migliorare.

Purtroppo, l'opzione culturale, che pure era prevista nella proposta iniziale dell'art. 31, par. 2, della Convenzione di Palermo, non è stata accolta dagli Stati, i quali, invece, hanno preferito una norma neutra e la previsione di cui all'art. 31, par. 7, di mitigare "the circumstances that render socially marginalized groups vulnerable to the action of transnational organized crime".

L'unico richiamo culturale, se così può dirsi, è quello di cui all'art. 31, par. 5, che prevede un'azione generale per promuovere "public awareness regarding the existence, causes and gravity of and the threat posed by transnational organized crime". Questa azione di sensibilizzazione deve essere condotta "where appropriate through the mass media and shall include measures to promote public participation in preventing and combating such crime".

Una soluzione più incisiva è invece quella offerta dall'art. 9, par. 5, del Protocollo per prevenire, reprimere e sanzionare la tratta di persone, che espressamente stabilisce l'obbligo per gli Stati parti di adottare o rafforzare "legislative or other measures, such as educational, social or cultural measures, including through bilateral and multilateral cooperation, to discourage the demand that fosters all forms of exploitation of persons, especially women and children, that leads to trafficking".

Ferme restando le considerazioni sulla partecipazione pubblica svolte rispetto ai reati di corruzione[550], è importante in questo caso sottolineare che le norme in questione costituiscono una grande opportunità per il

[550] *Supra,* cap. II, par. 5.2.

contrasto alla criminalità organizzata, poiché prevedono che lo Stato possa avvalersi di soggetti non istituzionali (i mezzi di comunicazione e le persone), per smantellare i circuiti criminali.

Quello della sensibilizzazione è in verità un punto centrale per la lotta al crimine organizzato, perché l'esistenza di questo fenomeno è paradossalmente vincolata alla sua invisibilità.

Quando, infatti, esso si manifesta in forma esplicita, le contraddizioni e le consuetudini mafiogene si esplicitano in tutta la loro natura (contraddittoria) e le zone d'ombra in cui i criminali possono agire indisturbatamente si riducono, rendendo più difficile lo sviluppo delle attività criminali.

4. Analisi giuridica di un problema psico-socio-economico

Nonostante la cultura ricopra un ruolo importante nel contrasto alla criminalità organizzata, smascherare una contraddizione mafiogena e identificare le zone d'ombra in cui i gruppi criminali operano non è così facile, proprio perché, come si è visto, le consuetudini tendono a sostituire alla forza cosciente della logica il più subdolo automatismo dei comportamenti rutinari, sia per accomodamento sociale che per questioni economiche, instaurando una sorta di problema psicologico di massa (le contraddizioni mafiogene, appunto) per risolvere il quale è necessario indagare l'inconscio sociale e il tessuto economico, così da scoprire quali sono i momenti traumatici che portano alla manifestazione di condotte mafiose e alla creazione di gruppi criminali organizzati.

Stando a questa ricostruzione del problema, vi sono cinque elementi importanti da prendere in considerazione: il primo è sicuramente la psicologia dell'individuo, nel

senso che il comportamento mafiogeno si instaura nel processo mentale di una persona, sia per convinzione, sia per ripetizione costante; il secondo è la società, perché si tratta di un processo di apprendimento che non può prescindere da determinati contesti sociali (famiglia, scuola, lavoro, spazi pubblici); il terzo è l'economia, importante fattore di adattamento alle contraddizioni mafiogene perché da esso dipende la sostenibilità e la sopravvivenza della società; il quarto è la storia, considerato che si può indagare il passato di una contraddizione mafiogena risalendo al momento delle sue prime manifestazioni così da identificarne le cause; il quinto e ultimo è il diritto internazionale, che in questo contesto verrà utilizzato come strumento di indagine per scoprire dove si celano le contraddizioni mafiogene e come eventualmente eliminarle prima che si manifestino sotto forma di criminalità organizzata.

Ci si potrebbe chiedere perché il diritto internazionale possa svolgere *prima facie* questo ruolo importante di strumento di indagine e non, invece, il diritto interno. La risposta è presto data. Senza l'ausilio del diritto internazionale, il diritto nazionale non è sufficiente ad affrontare problemi che vanno oltre lo Stato, sia per motivi di ordine quantitativo che qualitativo: se da una parte, infatti, gli Stati hanno dimostrato di non essere capaci, da soli, di affrontare fenomeni transnazionali i cui effetti sono percepibili oltre i confini interni; dall'altra è evidente che gli individui facenti parte delle istituzioni di un determinato Stato sono paradossalmente immersi nello stesso contesto mafiogeno in cui si si trova la delinquenza organizzata e non possono rendersi pienamente conto delle condotte criminali con cui devono convivere, motivo per cui tenderanno a contrastare questo fenomeno solo parzialmente.

Ne deriva una certa rilevanza del diritto internazionale come strumento d'indagine delle contraddizioni mafiogene per il fatto che le soluzioni giuridiche da esso proposte vengono adottate in concerto tra vari Stati e sono, quindi, meno soggette all'influenza dei contesti nazionali e alla contaminazione di convenienze politiche interne.

A ciò si aggiunga il fatto che, lungi dall'essere tassativo come il diritto interno, in particolare quello penale, il diritto internazionale si presta per sua natura a interpretazione sistematica, motivo per cui le disposizioni di un trattato possono essere interpretate alla luce di un altro trattato o di altre disposizioni che disciplinino la stessa materia o materie connesse alle disposizioni principali oggetto di interpretazione.

Sulla base di queste considerazioni, nei prossimi paragrafi si effettuerà un'analisi delle disposizioni preventive dei trattati sulla criminalità organizzata alla luce di quanto previsto da altri strumenti internazionali. L'idea che sta alla base di questa indagine è il fatto che la lotta alla criminalità organizzata non consista solo ed esclusivamente in una strategia repressiva, ma debba essere affiancata da politiche preventive di promozione, sensibilizzazione e protezione dei diritti umani, in particolare quelli delle categorie vulnerabili.

Mediante il diritto internazionale, dunque, si cercherà di effettuare un'analisi della criminalità organizzata cercando di identificare le condizioni psicologiche, sociali, economiche e storiche che possono aver dato origine alle contraddizioni mafiogene di cui si è parlato fino ad ora, per poi proporre una soluzione alla criminalità organizzata che sia integrativa rispetto alle strategie repressive analizzate nei capitoli precedenti.

4.1. Le contraddizioni alla base criminalità organizzata e della sua definizione: eziologia dell'art. 2 della Convenzione di Palermo

É importante ricordare che, per chiarire la nozione di criminalità organizzata transnazionale, è stato necessario conoscere e descrivere in dettaglio questo fenomeno fin dalle sue origini. Non solo, quindi, dal momento in cui la comunità internazionale si rese conto della sua esistenza.

Alla luce delle considerazioni precedenti, è opportuno cercare di riassumerne alcune caratteristiche essenziali della criminalità organizzata e considerare i problemi che precedono e che, conseguentemente, procedono dalla sua definizione giuridica.

In primo luogo, le origini della criminalità organizzata vanno ricercate in una contraddizione di carattere sociale.

Essa non nasce come fenomeno transnazionale, ma origina e si sviluppa nelle viscere della società e dell'amministrazione pubblica come un male interno, a seguito dell'abbandono (sociale, economico, civile e politico) volontario o involontario da parte di chi dovrebbe garantire il corretto funzionamento dello Stato.

Tale contraddizione è a sua volta riconducibile a determinati momenti storici. In tal senso, se è vero che uno degli esempi più famosi di criminalità organizzata è quello della mafia italiana, potenziatasi particolarmente dopo l'unificazione italiana per la marginalizzazione delle popolazioni del sud del Paese, è anche vero che la nascita dei gruppi criminali organizzati non è un fenomeno limitato solo all'Italia: si pensi alle mafie russe, createsi dall'associazione criminale di gruppi di contadini fuggiti

dalla servitù[551]; ai *kabadayi* turchi, che all'epoca dell'impero Ottomano vendevano protezione e proteggevano la popolazione povera contro l'oppressione imperiale[552]; alla società segreta dei *Triads* in Cina (poi dichiarata illegale) nata per far fronte a conflitti socioeconomici tra diversi gruppi sociali[553]; ai *machi-yakko* in Giappone (nel XVII secolo proteggevano le loro città dalle incursioni di bande samurai criminali)[554], più spesso associati ai *tekiya* e i *bakuto*[555], gruppi che si sostenevano con attività sia legali, sia illegali e da cui sarebbe nata più tardi la pericolosa mafia *yakuza*.

Si pensi ancora al più recente fenomeno delle *maras* o *pandillas in America Centrale,* iniziato con l'emigrazione verso gli Stati Uniti, di persone alla ricerca di un rifugio dalla guerra e di migliori opportunità. A causa dell'insicurezza derivante dalla presenza di mafie già presenti sul territorio statunitense e dalla condotta di un'amministrazione statale discriminante e inerte, questi migranti hanno creato nuclei associativi privati, all'interno dei quali cercare e ottenere protezione individuale o collettiva. Dopo vari anni di permanenza negli Stati Uniti, quelle associazioni erano diventate gruppi criminali precostituiti o, comunque, in fase di formazione avanzata.

---

[551] GILINSKIY, KOSTJUKOVSKY, *From Thievish Artel to criminal corporation, the history of organized crime in Russia*, in PAOLI, FIJNAUT, *Organized crime in Europe: concepts, patterns and control policies in the European Union and Beyond*, Dordrecht, 2006, p. 184.

[552] YESILGOZ, BOVENKERK, *Urban knights and rebels in the Ottoman Empire*, in PAOLI, FIJNAUT, *op. cit.*, p. 203.

[553] CHU, *The Triads as Business*, London, 2000, p. 12.

[554] KAPLAN, DUBRO, *Yakuza: Japan's criminal underworld*, Berkeley, 2003, p. 5.

[555] *Ibid*., p. 10.

Quando tali gruppi fecero ritorno ai Paesi di origine, il reclutamento di nuovi membri e l'affermazione del controllo del territorio di Stati come El Salvador, Guatemala e Honduras avvenne rapidamente, considerati, soprattutto, la povertà e i bassi livelli di istruzione di questi Paesi.

Le origini dei più importanti gruppi criminali organizzati contemporanei hanno dunque un minimo comune denominatore nell'associazione delle categorie più deboli della società, che proprio per la loro debolezza necessitano di particolare protezione e sicurezza.

I concetti di debolezza e di necessità di sicurezza[556] risultano utili per spiegare l'origine della criminalità organizzata, ma non sono sufficienti a giustificarne lo sviluppo[557], soprattutto a partire dall'avvento della globalizzazione.

Da qui, la seconda contraddizione, di carattere economico. La globalizzazione, infatti, ha permesso che capitali, beni, servizi, persone e informazioni si

---

[556] Si potrebbe intendere questo termine non solo in senso militare, ma prendendo in considerazione la nuova interpretazione che le Nazioni Unite danno dell'art. 1 della Carta delle Nazioni Unite, intendendo il concetto di sicurezza come sicurezza umana e non solo militare.

[557] "Ma la mafia era, ed è, altra cosa: un sistema che in Sicilia contiene e muove gli interessi economici e di potere di una classe che approssimativamente possiamo dire borghese; e non sorge e si sviluppa nel vuoto dello Stato (cioè quando lo Stato, con le sue leggi e le sue funzioni, è debole o manca) ma dentro lo Stato. La mafia insomma altro non è che una borghesia che non imprende, ma soltanto sfrutta". Così Sciascia narra di una mafia che è passata dalle prime associazioni di briganti a una classe sociale più elevata, in grado di trasformarsi da soggetto antagonista dello Stato a parassita che agisce all'interno di esso: SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, Torino, 1972, p. 21.

muovessero oltre i confini nazionali con sempre maggiore frequenza e facilità, contribuendo alla crescita del mercato globale e dei sistemi finanziari, delle multinazionali e del commercio internazionale.

Tuttavia, oltre a queste conseguenze sicuramente positive, la globalizzazione ha causato anche quelle che sono state chiamate "asimmetrie criminogene", definite come discrepanze strutturali e ineguaglianze nei settori dell'economia e in quello legale, politico e culturale[558].

Tali asimmetrie, associate alla crescita del commercio e della finanza globali, hanno reso più facile lo sviluppo del crimine organizzato, che è riuscito a soddisfare una maggiore domanda di beni e servizi illeciti e a offrire migliori incentivi affinché individui e organizzazioni entrassero nel circuito criminale[559].

La criminalità organizzata contemporanea deve essere, dunque, analizzata alla luce della globalizzazione e del dinamismo dei soggetti che la costituiscono, dotati di forti capacità di continua entrata e uscita dal mercato capitalistico[560].

Dopo la sua espansione a livello globale, il capitalismo attuale si è fatto portatore non solo di quegli ideali liberali che non prevedono barriere alla libera circolazione di persone, capitali e merci, ma, paradossalmente, anche di aspetti criminogeni, come l'aggravamento degli squilibri territoriali e dei divari sociali (risultato del neoliberismo e delle politiche di

---

[558] PASSAS, *Globalization, Criminogenic Asymmetries and Economic Crime,* in *European Journal of Law Reform*, 1999, p. 399.

[559] *Ibidem,* p. 401.

[560] SAVONA, *Economia e Criminalità*, in ISTITUTO DELL'ENCICLOPEDIA ITALIANA TRECCANI, *Enciclopedia delle scienze sociali*, 2001, p. 98.

aggiustamento strutturale), la liberalizzazione della circolazione dei capitali e l'ulteriore finanziarizzazione e opacizzazione del sistema finanziario[561]. Ciò è avvenuto soprattutto per la mancanza di una forma di mercato alternativa dopo l'implosione del socialismo reale.

In particolare, quando l'economia capitalistica era limitata ai Paesi più evoluti e democratici, il liberalismo si reggeva su due pilastri: mercato e diritto. Oggi, con la mondializzazione dell'economia, in molte regioni si è sviluppato un mercato senza Stato e senza regole che è stato interpretato come qualcosa di assimilabile alla giungla[562].

Il processo di globalizzazione del mercato ha portato a cambiamenti economici rapidi e incontrollati a livello mondiale, generando esiguità dell'economia legale, corruzione e violenza in molti Paesi che, prima, potevano considerarsi stabili, con tradizioni, costumi e regole stabilite per proteggere le categorie più vulnerabili, ma che ora sono state sostituite da varie forme di violenza collettiva e sfruttamento[563].

Il mercato, inoltre, ha avuto un ruolo importante nell'introdurre consuetudini di carattere mafiogeno nei comportamenti degli individui e della società in generale, che manifestano a loro volta una contraddizione di carattere psicosociale.

---

[561] SANTINO, *Mafie e globalizzazione*, Trapani, 2007, p. 91.

[562] *Secretary-General in Address to World Ministerial Conference in Naples, Calls for Effective International Action against Crime Multinationals*, United Nations, Naples, 21-23 November 1994, p. 3.

[563] TRANSNATIONAL INSTITUTE, *The Global Fix: The Construction of a Global Enforcement Regime*, Amsterdam, 2005, p. 29.

Si parla in questo senso di effetti criminogeni della globalizzazione e di società mafiogena, vale a dire quella società composta da individui che presentano caratteristiche come l'accettazione della violenza e dell'illegalità, considerate come mezzi di sopravvivenza e canali di mobilità sociale; la scarsità di opportunità e la possibilità di accaparramento delle risorse attraverso le maglie di un sistema clientelare; la considerazione dello Stato e delle istituzioni come mondi lontani e inaccessibili se non attraverso la mediazione dei mafiosi; la fragilità e la precarietà del tessuto della società civile e delle forme di partecipazione; la diffusione di una cultura della sfiducia e del fatalismo e la solidarietà nell'illegalità e l'aggressività nei comportamenti quotidiani[564].

In un contesto così ampio e soprattutto tanto contraddittorio, è evidente che cercare di dare una definizione univoca di criminalità organizzata per creare una disciplina internazionale comune in grado di debellarla, costituisce una pretesa assai difficile: in primo luogo perché occorre chiedersi se veramente esista una cupola transnazionale delle mafie con regole uguali per tutti i gruppi criminali organizzati che agiscono in differenti Stati e si muovono in mercati tra loro diversi[565]; in secondo luogo, perché mercato legale e criminalità sono così intrecciati tra loro da creare seri problemi di interpretazione per chi voglia nettamente distinguerli[566].

---

[564] SANTINO, *op. cit*., p. 109.
[565] FIORE, *Partecipazione ad un gruppo criminale organizzato*, in ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Roma, 2007, p. 111.
[566] SAVONA, *op. cit.*, p. 97.

Alla luce di queste considerazioni sulla complessità del fenomeno[567], la Convenzione di Palermo non fornisce una definizione soddisfacente di criminalità organizzata, lasciando aperta la questione[568] sulla sua concettualizzazione, intrinsecamente connessa ad aspetti sociologici ed economici propri di questo o quel gruppo criminale cui di volta in volta si fa riferimento[569].

Mentre una parte della dottrina ha avanzato critiche importanti alla definizione fornita dalla Convenzione di Palermo[570], un'altra parte ha addirittura evidenziato l'inconsistenza del paradigma mafioso, affermando che il potere ha imposto ai criminologi una categorizzazione innecessaria dettata da fini politici[571], per creare un male

---

[567] SANTINO, *Dalla mafia alle mafie*, Soveria Mannelli, 2006, p. 243.

[568] IANNETTA, *Crimine organizzato transnazionale e punibilità del partecipe: l'incidenza della Convenzione di Palermo sugli ordinamenti giuridici nazionali*, tesi di dottorato in politiche penali dell'Unione Europea, Università degli Studi del Molise, 2009, p. 37; PONTI, *Crimini transnazionali e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 75.

[569] PONTI, *op. cit.*, p. 74.

[570] ORLOVA, MOORE, *"Umbrellas" or "Building Blocks"? Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law*, in *Houston Journal of International Law*, 2005, p. 267 ss.; MANACORDA, *La fattispecie-tipo della organizzazione criminale nel diritto dell'Unione Europea*, in PATALANO (a cura di), *Nuove Strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003, p. 302; MITSILEGAS, *Defining Organized Crime in the European Union: The Limits or The European Criminal Law in an Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Review*, 2001, 565 ss..

[571] *DONR, The End of Organized Crime in the European Union*, in *Crime, Law and Social Change*, 2009, p. 283 ss.; VAN DUYNE, VAN DER BEKEN, *The Incantation of EU Organized Crime Policy Making*, in *Crime, Law and Social Change*, 2009, p. 261 ss.

comune su cui l'opinione pubblica potesse scaricare le proprie insicurezze e in questo modo generare comportamenti clientelari[572]. Secondo questa parte della dottrina, i comportamenti che si tenterebbe di qualificare come crimine organizzato sono legati al mercato, inteso come l'insieme di attività illecite che in esso operano e lo disciplinano nel momento in cui le attività legali o lo Stato non lo fanno. Tali attività riguarderebbero le aree di capitalismo selvaggio che residuano in un mercato disciplinato: per questo motivo non sarebbe possibile distinguere, dal punto di vista economico, il crimine organizzato dalla corruzione politica e dagli affari leciti[573].

Relativamente a questa teoria, il crimine organizzato sarebbe il risultato di un mercato disorganizzato o indisciplinato, un fenomeno impossibile da concettualizzare, poiché "non vi è un concetto che possa abbracciare tutto l'insieme delle attività illecite che possono approfittare dell'indisciplina del mercato, e che, in generale, appaiono mescolate o confuse in modo indissolubile con attività lecite"[574]. Sarebbe del tutto naturale che il mercato mondiale, globalizzandosi, non si sia limitato ad esportare i propri ambiti di indisciplina, ma che abbia generato spazi di indisciplina nuovi e insospettati, di cui approfitta prontamente l'attività imprenditoriale, legale o illegale[575].

---

[572] ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Milano, 1999, p. 69.

[573] BYNUM, *Controversies in the Study of Organized Crime*, in BYNUM (a cura di) *Organized Crime in America: Concepts and Controversies*, New York, 1987, p. 8; MERTON, *Teoría y estructura sociales*, México, 1970, p. 152.

[574] ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 79.

[575] *Ibidem.*

Tale disorganizzazione sarebbe alla base della vaghezza della definizione data dalla Convenzione di Palermo e della sua conseguente evoluzione immobile[576], in base al quale il concetto di criminalità organizzata non ha subito sostanziali modificazioni fin dalla sua prima formulazione sul piano internazionale, avvenuta con l'Azione comune europea del 1998.

In particolare, la definizione di cui all'art. 2, lett. *a*), della Convenzione di Palermo sarebbe così generica da apparire scevra di qualsiasi concreta capacità selettiva. Non solo: la definizione di gruppo strutturato ad essa connessa e stabilita all'art. 2, lett. *b*), è presentata in negativo, limitandosi a specificare ciò che non rientra in questa nozione, senza fornire elementi di interpretazione in chiave positiva che permettano di identificare le caratteristiche principali delle organizzazioni criminali[577].

É inoltre opportuno ricordare che la definizione di gruppo strutturato venne proposta durante i negoziati come soluzione alternativa rispetto a quelle precedentemente analizzate, che, da un lato, prendevano in considerazione la criminalità organizzata come insieme di persone e, dall'altro, come insieme di attività. Il testo adottato optò per la prima soluzione e alcuni Stati precisarono ampiamente i motivi di questa scelta[578].

---

[576] CALDERONI, *La definizione normativa di criminalità organizzata tra istanze nazionali e internazionali*, in DI NICOLA (a cura di), *Contro la criminalità organizzata in Europa. Una prima valutazione delle politiche penali ed extrapenali*, Milano, 2011, p. 14-15.

[577] *Ibidem*, p. 16.

[578] Doc. A/AC.254/5 del 19 dicembre 1998, p. 4, 9, 10, 13, 18; Doc. A/AC.254/4/Rev.1del 10 febbraio 1999, p. 4-5; Doc. A/AC.254/5/Add. 3dell'8 febbraio 1999, p. 9.

Ed effettivamente sembra essere questa la soluzione più coerente, soprattutto alla luce dell'aleatorietà dei mercati e dell'impossibilità di definirne i confini legali: motivi che avrebbero causato una forte disparità di vedute tra gli Stati e influenzato negativamente lo sviluppo della cooperazione giudiziaria in questa materia.

Proprio perché si trattava di un fenomeno assai mutevole, le cui caratteristiche potevano cambiare rapidamente e sfuggire alla disciplina dei diritti penali sostanziali nazionali, era necessario darne una definizione condivisa. La tecnica di redazione della definizione adottata nella Convenzione potrebbe paradossalmente definirsi "in dettagli generali", giacché a causa dell'esigenza di una norma condivisa da tutti gli Stati, la Convenzione, i suoi Protocolli e gli altri strumenti di lotta contro il crimine organizzato si sono preoccupate di individuare in forma dettagliata le singole caratteristiche della criminalità organizzata, ma ne hanno dato una definizione così generale da apparire priva di qualsiasi concreta capacità selettiva.

Invero, la struttura della definizione offerta dal Protocollo di Palermo potrebbe essere proprio un sintomo del fatto che non il diritto penale non può , da solo, farsi carico del contrasto alla criminalità organizzata, proprio perché essendo un fenomeno in continuo mutamento non ne può prevedere i movimenti e le manifestazioni.

4.2 Contraddizioni mafiogene alla base del traffico illecito di migranti

Alla luce delle considerazioni precedenti, si possono individuare anche le contraddizioni da cui genera il traffico illecito di migranti e che si ripercuotono sul diritto internazionale vigente.

La prima di esse va ricercata nella storia. A partire dagli anni Novanta, infatti, il tema delle migrazioni clandestine cominciò a far parte dell'agenda[579] dei Paesi partecipanti ai fori regionali e internazionali insieme ad altri temi come il traffico illecito di stupefacenti, quello delle armi, il riciclaggio di denaro e il terrorismo internazionale. Tutti questi reati sono caratterizzati dal fatto di essere commessi da individui associati e organizzazioni criminali; per questo motivo, al momento di decidere come regolare le migrazioni internazionali, gli Stati preferirono un approccio giuridico-penale rispetto a politiche di sviluppo sociale, economico e demografico[580].

La seconda contraddizione è di carattere socio-economico e consiste nella differenza tra Paesi ricchi e Paesi poveri e lo sfruttamento dei primi a danno dei secondi. È evidente che le popolazioni più vulnerabili degli Stati meno abbienti sono portate a cercare migliori condizioni di vita e che il fatto di non trovare appoggio nelle proprie istituzioni comporta la ricerca di aiuti extra-legali o illegali per raggiungere altri Paesi.

Al momento di adottare il protocollo di Palermo, gli Stati erano pienamente coscienti di questa contraddizione, tant'è che l'art. 15, part. 3, di questo strumento internazionale promuove la promozione o il rafforzamento di programmi di sviluppo e di cooperazione a livello nazionale, regionale ed internazionale, prendendo in considerazione le realtà socio-economiche delle migrazioni e prestando particolare attenzione alle zone socialmente ed economicamente depresse, al fine di combattere le cause di

[579] GERONIMI, *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, Ginebra, 2002, p. 16.
[580] *Ibidem.*

carattere socio-economico che sono alla base del traffico illecito di migranti, come la povertà e il sottosviluppo.

Tuttavia, proprio l'art. 15, par. 3, costituisce la prova che gli Stati abbiano voluto attribuire un ruolo marginale alla lotta alla povertà e agli altri interventi strutturali di questo tipo. Questa affermazione si giustifica sulla base di due osservazioni: da una parte, la disposizione in esame è l'unica in tutto il Protocollo di Palermo a occuparsi di questo tema; dall'altra, essa è stata introdotta su proposta della Santa Sede[581] durante l'11º periodo di sessioni tenutosi dal 2 al 28 ottobre del 2000, un dato non affatto superfluo se si considera che il Protocollo è stato adottato il 15 novembre del 2000, e cioè appena un mese dopo, indicando quanta poca rilevanza i negoziatori avessero dato a questo aspetto così importante. A proposito, è ancora opportuno segnalare che gli Stati avrebbero potuto ampliare e migliorare il suggerimento della Santa Sede, accogliendo la proposta successiva della Cina[582] di aggiungere un articolo specifico dopo l'art. 11, intitolato alle "misure per eliminare le cause profonde [del traffico illecito di migranti]", ma non lo fecero, dando ancora una volta un segnale di mancanza di interesse su questo argomento.

La terza contraddizione è psicosociale ed è la discriminazione, intesa sia come disparità di trattamento che come autodiscriminazione. Mentre nel primo caso si ha un atteggiamento attivo o omissivo (comunque discriminatorio) verso i migranti; nel secondo sono i migranti stessi, per questioni legate alle proprie convinzioni consce o inconsce, a considerarsi inferiori o a automarginalizzarsi.

---

[581] Doc. A/AC.254/5/Add.27 del 4 agosto 2000, p. 5.
[582] *Ibidem*, p.4 .

La discriminazione, da una parte, e l'autodiscriminazione dall'altra, sono alla base delle più gravi lesioni di diritti umani perpetrate contro i migranti prima e durante il viaggio e dopo essere giunti nello Stato di destinazione, dove spesso sono considerati veri e propri nemici sociali, aggravando la loro già precaria condizione di vulnerabilità.

Per far fronte a questi problemi, all'interno del Protocollo di Palermo gli Stati hanno previsto alcune norme specifiche tra cui l'art. 14, par. 2), lett. *e*), e gli art. 15 e 16.

L'art. 14, par. 2), lett. *e*), prevede l'assunzione di personale adeguato e la sua formazione allo scopo di garantire la lotta al traffico illecito, la protezione dei diritti e il trattamento umano dei migranti.

L'art. 15, invece, prevede la creazione o il rafforzamento di programmi di informazione per aumentare la sensibilità dell'opinione pubblica sul traffico illecito e per evitare che potenziali migranti diventino vittime di gruppi criminali organizzati (par. 1-2).

L'art. 16, infine, contempla gli obblighi di adottare misure adeguate per preservare e tutelare i diritti dei migranti oggetto di traffici illeciti; fornire un'adeguata tutela contro la violenza che può essere loro inflitta, sia da singoli individui sia da gruppi, e garantire un'assistenza adeguata a coloro la cui vita o incolumità siano in pericolo.

Dalla lettura congiunta degli art. 15 e 16 risulta evidente che gli Stati hanno voluto affrontare problemi come l'inconsapevolezza dei pericoli dell'emigrazione da parte di chi si sposti in cerca di migliori condizioni di vita e la necessità di garantire un certo livello di protezione contro i pericoli derivanti dalla migrazione irregolare.

A ciò si aggiunga la previsione di cui all'art. 19, par. 1, del Protocollo di Palermo, che espressamente sancisce:

"[n]othing in this Protocol shall affect the other rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of nonrefoulement as contained therein".

Eppure, nonostante gli obblighi previsti dai trattati internazionali, gli Stati sono incorsi in forti discriminazioni, aggravando la posizione dei migranti già vulnerabili.

A proposito, è opportuno ricordare che nel caso *Hirsi Jamaa e altri*[583], deciso il 23 febbraio 2012, la Corte Europea dei Diritti Umani ha condannato l'Italia per i respingimenti di migranti clandestini provenienti dalla Libia venendo meno agli obblighi internazionali contratti in materia di rifugiati e, conseguentemente, agli obblighi di diritto internazionale umanitario e di diritto internazionale dei diritti umani richiamati dall'art. 19 del Protocollo di Palermo.

Sulla base della situazione critica esistente in Libia per quanto riguarda la protezione dei diritti dei rifugiati, la Corte ha ritenuto che l'Italia abbia violato l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani per il fatto di aver esposto i ricorrenti al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, sia in Libia, sia nei loro rispettivi Paesi di origine (Somalia e Eritrea).

La Corte di Strasburgo ha inoltre rilevato la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione Europea dei diritti umani, sul divieto di espulsioni collettive di stranieri, constatando che il trasferimento dei

[583] Corte europea dei Diritti Umani**,** caso *Hirsi Jamaa e altri* c. Italia, sentenza del 23 febbraio 2012, par. 26.

ricorrenti verso la Libia è stato eseguito in assenza di qualsiasi forma di esame della situazione individuale di ciascun ricorrente. In particolare, l'Italia ha violato anche l'art. 13 della Convenzione sul ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, poiché i ricorrenti sono stati privati di ogni possibilità che avrebbe consentito loro di sottoporre ad un'autorità competente le doglianze basate sugli articoli 3 della Convenzione e 4 del Protocollo n. 4 e di ottenere un controllo attento e rigoroso delle loro richieste d'asilo prima di dare esecuzione alla misura di allontanamento.

La quarta contraddizione è ancora una volta di carattere socioeconomico e riguarda in particolar modo i soggetti privati di quegli Stati che usufruiscono dei migranti irregolari immettendoli in un mercato del lavoro sempre più competitivo, in cui l'abbassamento dei prezzi è un requisito primario anche rispetto alla dignità umana.

Le condizioni di povertà e precarietà in cui i migranti versano sono spesso conseguenza dell'applicazione di politiche neoliberiste di sfruttamento delle risorse, che obbligano le popolazioni ad abbandonare i luoghi di origine perché non più in grado di offrire possibilità di accedere al diritto a una vita degna. Una volta arrivati nei Paesi di destinazione i migranti non usufruiscono di politiche sociali in grado di migliorare e incrementare le garanzie dei loro diritti, né hanno accesso a maggiori entrate economiche tali da poter garantire un futuro anche alle loro famiglie di appartenenza nei Paesi di origine.

La loro condizione irregolare non è solo il risultato dell'illecito iniziale, e cioè l'ingresso illegale previsto dall'art. 3, lett. *b)*, del Protocollo di Palermo, ma anche conseguenza della domanda di lavoro clandestino da parte delle imprese dei Paesi sviluppati, che contribuiscono ad

ampliare la zona d'ombra tra lavoro legale ed illegale, favorendo indirettamente i circuiti criminali organizzati.

Questa considerazione è evidente se si analizza la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (New York, 18 December 1990)[584], il cui preambolo prevede che "[c]onsidering that workers who are non-documented or in an irregular situation are frequently employed under less favorable conditions of work than other workers and that certain employers find this an inducement to seek such labour in order to reap the benefits of unfair competition".

Comparando il numero degli Stati che hanno ratificato, rispettivamente, il Protocollo di Palermo e la Convenzione internazionale per la protezione dei lavoratori migranti e delle loro famiglie ci si accorge che, mentre nel primo caso gli Stati parti sono 135, nel secondo se ne contano solamente 47, del cui gruppo non fanno parte gli Stati più ricchi[585].

Risulta evidente che gli Stati, almeno quelli sviluppati, pur continuando a promuovere la libera circolazione di prodotti e capitali, non hanno interesse ad applicare un altro principio fondamentale della globalizzazione, e cioè la libera circolazione delle persone.

La repressione penale dei gruppi criminali organizzati prevista dal Protocollo, anche se avviene nel rispetto dei diritti umani dei migranti irregolari, non risolve, dunque, il problema del traffico illecito dei migranti.

Interessante da questo punto di vista è la dichiarazione presentata dall'Ecuador al momento della

[584] Entrata in vigore il 1° luglio 2003, disponibile sulla rete interconnessa.
[585] Dati rilevati al 18 luglio 2014.

ratifica del Protocollo di Palermo, secondo cui *"*[t]he provisions of the Protocol must be understood in conjunction with the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, adopted by the General Assembly of the United Nations in 1990, and with current international instruments on human rights".

A causa di questo atteggiamento semi-protezionista (solo nei confronti della libera circolazione delle persone, mentre i prodotti e i capitali continuano a circolare liberamente), gli Stati hanno delle grandi responsabilità.

A tal proposito, è opportuno ricordare che nell'opinione consultiva emessa il 17 settembre 2003, la Corte interamericana dei Diritti Umani, riprendendo quando stabilito nella Convenzione internazionale per la protezione dei lavoratori migranti e delle loro famiglie ha affermato che *"*[...] si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores"[586].

Se, da una parte, chi emigra continuerà a farlo per ragioni strutturali evidenti, dall'altra, la criminalità organizzata continuerà ad approfittare dei limiti alla libera

[586] Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Opinione consultiva richiesta dal Messico* n. OC-18/03, del 17 settembre 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* par. 136.

circolazione di persone e della domanda di lavoro da parte delle imprese dei Paesi sviluppati[587].

Si tratta di una asimmetria mafiogena che si manifesta in un asimmetrico diritto a emigrare[588], non corrisposto da un diritto a immigrare in base al quale i migranti potrebbero godere almeno di alcuni diritti civili e politici[589], ma anche, in determinate occasioni, di diritti economici e sociali.

In questo senso, il Protocollo potrebbe addirittura prestarsi a usi strumentali, intendendosi come il proseguimento quasi naturale di politiche nazionali e transnazionali neoliberiste, il cui scopo non corrisponde propriamente a eliminare il traffico illecito di migranti, ma a limitarne o aumentarne il flusso secondo le esigenze di mercato.

D'altra parte, garantire ai migranti irregolari il rispetto dei diritti economici e sociali fondamentali porta, necessariamente, a diminuire la zona d'ombra in cui la criminalità organizzata può agire liberamente.

Nel caso in cui lo Stato adottasse un comportamento attivo od omissivo nel senso opposto, se ne potrebbe

---

[587] "Diverse imprese private hanno oggi acquisito un peso che oltrepassa il campo sconomico e si estende a quello politico, così da influenzare largamente largamente le decisioni prese da vari Stati, soprattutto nel caso di Paesi in via di sviluppo": SCOVAZZI, *Considerazioni sulla responsabilità sociale d'impresa in materia di tutela dei diritti umani*, in CUTILLO, NOVAK, SCOVAZZI, *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, Milano, 2014, p. 17.

[588] SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in RUBIO MARÍN, *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014.

[589] QUADRI, *Le migrazioni internazionali. Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, 2006, p. 97.

addirittura dichiarare la responsabilità internazionale, poiché "[la]s relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas[590]. [...] Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano"[591].

Per questi motivi, le politiche preventive in materia di traffico illecito di migranti e lotta alla criminalità organizzata dovrebbero riformare l'attuale sistema di produzione e di sfruttamento delle risorse da parte dei Paesi ricchi nei Paesi più poveri o in via di sviluppo, considerando che i primi, per essere più competitivi sul mercato, continuano a dislocare la propria produzione o a impiegare manodopera a basso costo, senza però garantire livelli minimi di diritti economici e sociali[592], mentre i secondi non riescono a garantire le condizioni di vita degna che permetterebbero ai migranti di non usufruire dei circuiti criminali, arricchendoli.

Un'iniziativa interessante in questo senso è quella dell'Unione Europea, che mediante la direttiva 2009/52/CE[593], del 18 giugno 2009, ha introdotto norme

[590] *Ibidem*, par. 153.
[591] *Ibidem*, par. 158.
[592] WESTRA, *Environmental Justice And The Rights Of Ecological Refugees*, London, 2009.
[593] Pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, n. L168 del 30 giugno 2009.

minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Tale direttiva è importante in quanto introduce una serie di sanzioni non solo per i datori di lavoro diretti, ma anche per coloro i quali facciano parte di una catena (art. 2, lett. *c)*, art. 8, art. 9, par. 2 e art. 11) vale a dire, l'appaltante principale, il subappaltatore diretto e tutti i subappaltatori intermedi. Le misure sanzionatorie applicabili sono sia di carattere finanziario (art. 5) che penale (art. 9 e 10), dirette alle persone fisiche e a quelle giuridiche (art. 11 e 12). Inoltre, sono previste una serie di misure di protezione a favore dei cittadini di paesi terzi assunti illegalmente, come per esempio il pagamento delle retribuzioni e delle imposte arretrate (art. 6, par. 1 e art. 8) e alcuni obblighi dei datori di lavoro previamente all'assunzione (art. 4), oltre alle ispezioni (art. 14) per individuare i settori maggiormente a rischio e contribuire così alla messa in atto del divieto di assumere cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

4.3 Contraddizioni mafiogene alla base della tratta di persone

A) Sotto il profilo storico

Analizzate le contraddizioni che stanno alla base del traffico di migranti, è più facile individuare quelle che alimentano la tratta di persone.

Dal punto di vista storico, ciò che a partire dal XX secolo venne identificato dai trattati internazionali come un reato, era stato una prerogativa degli Stati durante le epoche di esplorazione e conquista dei "nuovi mondi", quando un'ingente quantità di schiavi veniva trasferita per fini di sfruttamento.

Quando nel 1921 gli Stati adottarono il primo trattato internazionale contro la schiavitù[594], era ovvio che non sarebbero riusciti a cancellare con un atto giuridico una storia di millenni in cui gli schiavi avevano costituito la base dell'economia conosciuta.

Tant'è che a partire dall'entrata in vigore del Protocollo di Palermo, i tribunali internazionali hanno dovuto riconsiderare quel tipo di schiavitù in chiave moderna e dichiarare la responsabilità degli Stati anche quando la tratta di persone commessa da organizzazioni criminali non sia correttamente indagata e repressa dalle autorità pubbliche[595].

Ciò aiuta a capire perché il fenomeno, oltre a essere radicato come condotta dei gruppi criminali organizzati, è ancora molto richiesto da clienti "insospettabili" che accedono al circuito dello sfruttamento per i motivi più vari.

B) Sotto il profilo psicosociale

Tale sfruttamento è da ricercare ancora una volta nell'esistenza delle categorie vulnerabili, sulla cui identificazione e protezione è necessario approfondire ulteriormente rispetto a quanto scritto in materia di traffico illecito di migranti.

Se, infatti, per quanto riguarda il traffico illecito di migranti la categoria immediatamente identificabile come vulnerabile è, appunto, quella dei migranti, per la tratta di persone esistono una pluralità di gruppi i cui interessi e diritti vengono gravemente lesi, poiché i fini dello

[594] *Supra*, nota 161.

[595] *Supra*, Corte Europea dei Diritti Umani, caso *Rantsev c. Cipro e Russia* (nota 170); Corte Interamericana dei Diritti Umani, caso *Campo Algodonero c. México* (nota 190).

sfruttamento sono tra i più vari (prostituzione, sfruttamento del lavoro, schiavitù, servitù, traffico di organi.).

Le 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad[596] possono aiutare a capire quali siano queste categorie: i bambini e le donne (a cui si riferisce, "specialmente" il Protocollo contro la tratta di persone) [597], gli indigeni, i migranti e le persone che vivono in povertà.

Come per il traffico di migranti, l'intervento dello Stato per migliorare la condizione di tali categorie non può non prendere in considerazione il profilo soggettivo delle persone che ne fanno parte. Le azioni statali devono essere differenziate alla luce della diversità che intercorre tra le problematiche delle categorie vulnerabili.

Fermo restando quando già visto in materia di discriminazione e autodiscriminazione, è opportuno in questo caso ricordare quanto dichiarato con sentenza resa l'11 ottobre 2012 dalla Corte Europea dei diritti umani nel caso *C. N. et V. c. Francia*[598], sulla servitù, che "consiste dans le sentiment des victimes que leur condition est immuable et que la situation n'est pas susceptible d'évoluer".

Questo sentimento è in realtà ciò che accompagna le persone appartenenti a categorie vulnerabili e le vittime, esponendole più facilmente allo sfruttamento e rendendole incapaci di reagire alla loro condizione. Ancora una volta, se vogliono davvero contrastare la criminalità organizzata e la tratta di persone, gli Stati devono necessariamente

[596] *Supra*, nota 177.
[597] *Supra*, nota 8.
[598] Corte Europea dei Diritti Umani, caso *C.N. et V. c. Francia*, sentenza dell'11 ottobre 2012. *Supra*, nota 174.

intervenire sui profili psicologici delle categorie vulnerabili.

B.1) Un esempio su tutti: la discriminazione femminile e tratta di persone con la finalità dello sfruttamento sessuale

Si assiste sempre più spesso a una discriminazione che non riguarda solamente le vittime, ma tutta la popolazione di uno Stato. Si pensi, ad esempio, al ruolo della donna e alla sua posizione nella società, all'atteggiamento dei mezzi di comunicazione quando si tratta di promuovere il corpo femminile in quanto strumento sessuale e alla posizione che ricoprono le donne nella famiglia e nel contesto sociale.

Ci si potrebbe chiedere cosa generi questo atteggiamento nell'immaginario comune e se esso costituisca proprio quella contraddizione mafiogena che sta alla base della tratta delle donne con la finalità dello sfruttamento sessuale.

Per rispondere a questo quesito ci si potrebbe riferire alla Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (New York, 18 dicembre 1979. In seguito: CEDAW) [599], il cui art. 1 prevede che "discrimination against women shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field".

[599] Entrata in vigore il 3 settembre 1981, disponibile sulla rete interconnessa.

Alla luce delle disposizioni della Convenzione europea e della Convenzione americana sui diritti umani, e delle già analizzate sentenze dei due tribunali internazionali creati da questi due trattati[600], la tratta di persone deve considerarsi un delitto dalla cui commissione originano gravissime lesioni dei diritti umani, alla base di cui vi è una forte discriminazione sia da parte dei criminali organizzati che delle istituzioni. Queste ultime infatti, non contrastando correttamente il fenomeno, si rendono responsabili di lesioni dei diritti civili e politici.

Le donne vittime della tratta di persone con la finalità dello sfruttamento sessuale, per esempio, possono essere considerate prostitute e per questo non meritevoli di tutela da parte degli Stati. Alla base di questa convinzione si trovano stereotipi di carattere socioculturale che hanno conseguenze gravissime sul piano della protezione dei diritti delle donne.

La CEDAW è chiara nello stabilire all'art. 6 che gli Stati parti devono prendere tutte le misure appropriate, includendo quelle di carattere legislativo, per sopprimere ogni forma di tratta delle donne e di sfruttamento della prostituzione femminile.

Sembra quindi plausibile il fatto che la discriminazione contro le donne sia proprio quella contraddizione mafiogena che sta alla base della tratta di persone con la finalità dello sfruttamento sessuale, specie se si considera a sostegno di questa tesi il disposto normativo di cui all'art. 5, lett. *a)*, della CEDAW, nella parte in cui prevede che "States Parties shall take all appropriate measures […to] modify the social and cultural

---

[600] *Supra,* Corte Europea dei Diritti Umani, caso *Rantsev c. Cipro e Russia* (nota 170)*;* Corte Interamericana dei Diritti Umani, caso *Campo Algodonero c. México* (nota 190).

patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women".

Questa disposizione, infatti, stabilisce un vincolo consuetudinario ("customary practices") tra quelli che definisce veri e propri "schemi" (sociali e culturali) di condotta e l'idea di inferiorità o superiorità di uno dei sessi basata su stereotipi dei ruoli tra uomini e donne.

A ciò si aggiunga il fatto che negli ultimi anni il diritto internazionale ha ricoperto un ruolo di primissimo piano nel contrasto alla violenza contro le donne, identificandola come una vera e propria violenza di genere, commessa cioè ai danni di una donna per il fatto di essere donna e mettendola in relazione diretta con fenomeni come la tratta di persone.

La lotta alla violenza di genere è iniziata grazie all'iniziativa dei Paesi latinoamericani e ha avuto una forte risonanza mondiale grazie all'entrata in vigore della Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne (Belém do Pará, 9 giugno 1994)[601].

L'art. 1 di tale Convenzione definisce la violenza contro le donne come "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado [...] que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros [la] trata de personas [...]", mentre l'art. 6 stabilisce sancisce "el

[601] Entrata in vigore il 5 marzo 1995, disponibile sulla rete interconnessa.

derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación".

Questo diritto delle donne, deve essere protetto mediante l'adempimento degli obblighi di cui all'art. 7, lett. *b)* e *c)*, di "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer" e "incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso"[602].

[602] Tra le norme "de otra naturaleza" previste all'art. 7, va considerato anche quanto stabilito all'art. 8 della Convenzione di Belém do Pará. "Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer; c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer; d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores

Sulla base di queste due ultime disposizioni, con sentenza resa il 16 novembre 2009 sul caso *Campo Algodonero c. Messico*[603], la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha condannato il Messico a realizzare un programma di istruzione destinato alla popolazione dello Stato di Chihuahua che tenga conto della discriminazione della donna e della necessità di combatterla, constatando che "estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente", e che "[l]a creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer".

---

público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados; e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda; f. ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia".

[603] *Supra*, nota 190, par. 543.

Con la stessa sentenza, la Corte ha ordinato al Messico di continuare a impartire corsi di formazione a funzionari pubblici dell'amministrazione di giustizia di Ciudad Juárez soprattutto in materia di superamento degli stereotipi sul ruolo sociale delle donne e di diritti umani e genere per la dovuta diligenza nella conduzione delle indagini e dei processi giudiziari connessi con discriminazione, violenza e omicidi di donne per motivi di genere.

Esaminate le norme del diritto internazionale sulla discriminazione e le sentenze *C.N. e V. c. Francia* e *Campo Algodonero c. Messico*, si può sottolineare un altro aspetto importante ai fini di questa indagine, e cioè il fatto che la discriminazione verso le vittime e l'autodiscriminazione delle vittime, oltre a essere le contraddizioni mafiogene da cui genera la tratta di persone, hanno un'origine comune che risiede proprio nella ripetizione costante di comportamenti stereotipati che la mente umana cerca incoscientemente di ripetere nella convinzione che siano approvati dalla maggior parte della società.

C) Sotto il profilo economico

Dal punto di vista economico, valgono le osservazioni già svolte per il traffico di migranti e l'atteggiamento dei mercati e delle imprese che contribuiscono a creare i circuiti di sfruttamento, a volte volontariamente, altre volte per effetto indiretto.

Mentre nel primo caso si hanno vere e proprie condotte attive da parte di impresari che accolgono o ospitano vittime della tratta per farle lavorare nei circuiti della prostituzione o per sfruttarle sul lavoro; nel secondo, la tratta di persone diventa un effetto collaterale del sistema economico.

Nella già citata sentenza *Campo Algodonero c. México*[604], la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha ricordato quanto sostenuto dal Messico, secondo cui "desde 1965 empezó en Ciudad Juárez el desarrollo de la industria maquiladora, el cual se intensificó en 1993 con el Tratado de Libre Comercio con América del Norte. [...] al dar preferencia a la contratación de mujeres, las maquiladoras causaron cambios en la vida laboral de éstas, lo cual impactó también su vida familiar porque los roles tradicionales empezaron a modificarse, al ser ahora la mujer la proveedora del hogar. Esto [...] llevó a conflictos al interior de las familias porque la mujer empezó a tener la imagen de ser más competitiva e independiente económicamente. [E]ste cambio social en los papeles de las mujeres no ha sido acompañado de un cambio en las actitudes y las mentalidades tradicionales -el cariz patriarcal- manteniéndose una visión estereotipada de los papeles sociales de hombres y mujeres".

4.4 Contraddizioni mafiogene alla base del traffico illecito di droga

Storicamente, il traffico illecito di droga sorge dopo che si sono verificati due fenomeni tra loro contraddittori: da una parte, l'espansionismo economico mediante il quale alcuni Stati hanno favorito e incentivato l'uso massivo delle droghe; dall'altra, il proibizionismo con cui si è successivamente cercato di eliminare le conseguenze negative del consumo di massa.

Prima di tali eventi, l'uso di piante come il papavero sonnifero, la marjuana e la coca era accettato senza che

604 *Ibidem.*

fosse necessario un intervento delle autorità sovrane per limitarlo o proibirlo.

La masticazione delle foglie di coca, per esempio, era una tradizione tra le popolazioni andine già nel 2500 a.C., mentre l'oppio era utilizzato dai Sumeri come fonte di benessere e allegria fin dal 4000 a.C. e la cannabis aveva avuto un uso moderato ed esclusivo in Cina dal 5000 a.C..

Le politiche espansionistiche tese all'arricchimento (o all'impoverimento dei territori che con quelle politiche sono stati sfruttati) contribuirono a rompere questo equilibrio.

Durante il colonialismo in America Latina, gli Spagnoli cominciarono a utilizzare la foglia di coca come metodo di remunerazione dello sfruttamento, favorendo l'estensione delle piantagioni e offrendone il prodotto agli schiavi indigeni per aumentarne le loro potenzialità lavorative.

Scriveva Antonio Díaz Villamil nel 1929: "Y cuando el blanco quiera hacer lo mismo y se atreva utilizar como vosotros esas hojas, le sucederá lo contrario. Su jugo, que para vosotros será la fuerza y la vida, para vuestros amos será un vicio repugnante y degenerador: mientras para vosotros los indios, será un alimento casi espiritual, a ellos les causará la idiotez y la locura. Hijos míos, no olvidéis todo cuanto os digo. Cultivad esta planta. Es la preciosa herencia que os dejo. Cuidad que no se extinga y conservadla y propagadla entre los vuestros con veneración y amor"[605].

Concetto espresso anche dalla *Corte constitucional* colombiana, che con sentenza resa il 23 novembre 2011, ha dichiarato che "[la] prohibición [d]el [...] la hoja de coca [...] no es aplicable a las comunidades indígenas, pues

[605] DÍAZ VILLAMIL, *Leyendas de mi Tierra*, La Paz, 1929.

el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en estas comunidades no está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros[606]".

A loro volta, per rovesciare lo squilibrio della bilancia dei pagamenti tra Gran Bretagna e Cina, che nella seconda metà del settecento era decisamente favorevole a quest'ultima, gli Inglesi misero in pratica un'aggressiva strategia commerciale per vendere e far consumare oppio ai cinesi, avvalendosi della proibizione nazionale dell'uso del tabacco. La reazione da parte del Governo cinese portò alle due guerre dell'oppio, che si conclusero con il Trattato di Nanchino (Nanchino, 29 agosto 1842)[607], in forza del quale la Cina dovette cedere Hong Kong all'Inghilterra e concedere cinque porti franchi; e con i trattati di Tientsin (Tientsin,13 giugno, 26 giugno e 27 giugno 1858[608]), che stabilirono la concessione di altri undici porti cinesi e la legalizzazione del commercio dell'oppio.

I Francesi invece, approfittarono della colonizzazione dell'Indocina stabilendo in quella zona un monopolio sul commercio dell'oppio che veniva importato grezzo dall'India per poi essere lavorato e rivenduto ad altri Paesi, tra cui la Cina: attorno al 1900 i soli introiti della tassa di importazione dell'oppio costituivano la metà delle entrate francesi in Indocina.

Quando, nel 1898, dopo la guerra ispano-americana, gli Stati Uniti conquistarono le Filippine, cominciarono a porsi il problema dell'oppiomania (fenomeno molto diffuso tra la popolazione delle isole) e convocarono nel

606 *Corte constitucional* colombiana, sentenza C-882/11 del 23 novembre 2011, par. 2.8.4.1, disponibile sulla rete interconnessa.
607 Entrato in vigore il 26 giugno 1843.
608 Entrati in vigore il 13 giugno, 26 giugno e 27 giugno 1858.

1909 la Conferenza di Shangai con lo scopo dichiarato di far cessare il consumo di oppio[609].

Dopo un proibizionismo che dura da ormai più di un secolo, le Nazioni Unite segnalano una tendenza in aumento del consumo delle droghe illecite[610]. Se, quindi, da una parte le istituzioni si sforzano di combattere il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotropiche, dall'altra esiste una parte della società (in crescita) che richiede di farne uso.

Un'altra contraddizione che sta alla base del traffico illecito di droga è dunque di carattere economico, nel senso che cercare di fermare un fenomeno che da una parte della società è considerato come un "servizio" richiede ingenti sforzi economici degli Stati e un grande dispendio di risorse che potrebbero essere investite in altri settori per rilanciare, invece, le economie nazionali.

Alcuni Stati cominciano a chiedersi se sia opportuno continuare a investire in sicurezza o cominciare a legalizzare, cercando di introdurre un uso cosciente delle droghe, offrendo maggiori opportunità di impiego e garantendo migliori entrate economiche nelle casse pubbliche.

Alla base di questo cambio di direzione c'è la presa di coscienza di una seconda contraddizione, di carattere sociale, cioè il fatto che gli Stati si sono scontrati con la realtà del lavoro e il ruolo che esso gioca nello sviluppo personale, costituendo un elemento comune di collegamento tra le condizioni lavorative e l'abuso di sostanze stupefacenti.

---

[609] *Supra*, cap. II, par. 9.2.

[610] Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine, *World Drug Report 2012*, Vienna, 2012, p. 4.

Le Nazioni Unite avevano segnalato questo legame sin dai primi congressi in cui si iniziò a parlare di criminalità organizzata in relazione con il traffico illecito di droga, eppure il sistema economico ha continuato a espandersi e con esso si sono perfezionati i metodi del lavoro, esigendo ai lavoratori tempi sempre più stringenti e continui aggiornamenti per rimanere al passo delle nuove tecnologie, così causando forti condizioni di tensione che sono alla base dell'abuso di droghe.

La legalizzazione delle sostanze stupefacenti potrebbe essere una soluzione a questo problema e a quello della sicurezza, ma in pochi sono disposti a garantire che a una diminuzione della criminalità organizzata, da una parte, non corrisponda un aumento della violenza privata a causa degli effetti degli stupefacenti liberalizzati, dall'altra.

Ciononostante, alcuni Paesi hanno cominciato a rivisitare l'impianto del sistema di controllo delle droghe instaurato fin dalla Conferenza di Shangai del 1909[611] e sviluppato fino a oggi.

È interessante il fatto che i due principali promotori di questa nuova strategia, Uruguay e Bolivia, abbiano basato la loro azione su fattori culturali. Da una parte, infatti, l'Uruguay ha deciso di intraprendere forti campagne educative e di sensibilizzazione reinvestendo le risorse spese in sicurezza nella prevenzione dall'abuso[612]; dall'altra, la Bolivia non ha dovuto fare molti sforzi visto che la pianta di coca è già protetta dalla Costituzione e che la popolazione è abituata a farne un uso responsabile, tant'è che il Paese ha denunciato la Convenzione contro gli

[611] *Supra*, cap. II, par. 9.2.
[612] *Supra*, par. 9.9.2, nota 268.

stupefacenti del 1961 e vi ha aderito nuovamente con riserva[613].

L'apertura di questi Paesi alla liberalizzazione fa pensare a un'altra contraddizione, di natura psicologica, sul fatto se la corsa alla sicurezza e al contrasto del traffico illecito di droghe sia dovuto a un timore intrinseco dell'abuso e delle conseguenze che ne possano derivare.

Invero, analizzando il diritto internazionale vigente sembrerebbe proprio che vi sia una ricerca ossessivo-compulsiva del controllo mediante la statuizione di norme amministrative sempre più specifiche. A conferma di questo sospetto si potrebbe addurre l'istituzione di tre organi specializzati per il controllo delle droghe previsto dalle tre Convenzioni delle Nazioni Unite[614]; il complesso sistema di gestione della produzione, fabbricazione e distribuzione retto da un'altrettanta complessa serie di norme giuridiche internazionali, tra cui, per esempio, si potrebbe citare su tutte la previsione *ex* art. 19 della Convenzione sugli stupefacenti, un vero e proprio rompicapo matematico per calcolare le previsioni delle necessità di stupefacenti[615].

---

[613] *Supra*, par. 9.9.2, nota 269.

[614] *Supra*, par. 9.8, nota 244.

[615] Articolo 19. "Estimates of drug requirements 1. The Parties shall furnish to the Board each year for each of their territories, in the manner and form prescribed by the Board, estimates on forms supplied by it in respect of the following matters:(a) Quantities of drugs to be consumed for medical and scientific purposes;(b) Quantities of drugs to be utilized for the manufacture of other drugs, of preparations in Schedule III, and of substances not covered by this Convention; (c) Stocks of drugs to be held as at 31 December of the year to which the estimates relate; (d) Quantities of drugs necessary for addition to special stocks; (e) The area (in hectares) and the geographical location of land to be used for the cultivation of the opium poppy;(f) Approximate quantity of opium

to be produced; (g) The number of industrial establishments which will manufacture synthetic drugs; and (h) The quantities of synthetic drugs to be manufactured by each of the establishments referred to in the preceding subparagraph. 2. (a) Subject to the deductions referred to in paragraph 3 of article 21, the total of the estimates for each territory and each drug except opium and synthetic drugs shall consist of the sum of the amounts specified under subparagraphs (a), (b) and (d) of paragraph 1 of this article, with the addition of any amount required to bring the actual stocks on hand at 31 December of the pre ceding year to the level estimated as provided in subparagraph (c) of paragraph 1; (b) Subject to the deductions referred to in paragraph 3 of article 21 regarding imports and in paragraph 2 of article 21 bis, the total of the estimates for opium for each territory shall consist either of the sum of the amounts specified under subparagraphs (a), (b) and (d) of paragraph 1 of this article, with the addition of any amount required to bring the actual stocks on hand at 31 December of the preceding year to the level estimated as provided in subparagraph (c) of paragraph 1, or of the amount specified under subparagraph (f) of paragraph 1 of this article, whichever is higher. (c) Subject to the deductions referred to in paragraph 3 of article 21, the total of the estimates for each territory for each synthetic drug shall consist either of the sum of the amounts specified under subparagraphs (a), (b) and (d) of paragraph 1 of this article, with the addition of any amount required to bring the actual stocks on hand at 31 December of the preceding year to the level estimated as provided in subparagraph (c) of paragraph 1, or of the sum of the amounts specified under subparagraph (h) of paragraph 1 of this article, whichever is higher. (d) The estimates furnished under the preceding subparagraphs of this paragraph shall be appropriately modified to take into account any quantity seized and thereafter released for licit use as well as any quantity taken from special stocks for the requirements of the civilian population. 3. Any State may during the year furnish supplementary estimates with an explanation of the circumstances necessitating such estimates. 4. The Parties shall inform the Board of the method used for determining quantities shown in the estimates and of any changes in the said method.5. Subject to the deductions referred to in

Tali previsioni sarebbero perfettamente giustificate se vi fosse un altrettanto ossessivo-compulsiva preoccupazione per la salute del consumatore, mediante campagne di promozione e di sensibilizzazione specifiche sui pericoli che l'abuso di droghe possa generare. Ciononostante, analizzando le tre convenzioni vigenti si scopre che la salute pubblica costituisce effettivamente una preoccupazione per le Nazioni Unite, ma non una opportunità per i consumatori, che vengono trattati come meri destinatari della protezione dall'abuso offerta dagli Stati (art. 38, Conv. 1961 e art. 20, Conv. 1971[616]).

---

paragraph 3 of article 21, and account being taken where appropriate of the provisions of article 21 bis, the estimates shall not be exceeded".

[616] L'art. 38 della Conv. 1961 e l'art. 20 della Conv. 1971 differiscono solamente per il nome delle sostanze psicoattive di riferimento. Articolo 31, Conv. 1961. "Measures against the abuse of drugs 1. The Parties shall give special attention to and take all practicable measures for the prevention of abuse of drugs and for the early identification, treatment, education, after-care, rehabilitation and social reintegration of the persons involved and shall co-ordinate their efforts to these ends.2. The Parties shall as far as possible promote the training of personnel in the treatment, after-care, rehabilitation and social reintegration of abusers of drugs. 3. The Parties shall take all practicable measures to assist persons whose work so requires to gain an understanding of the problems of abuse of drugs and of its prevention, and shall also promote such understanding among the general public if there is a risk that abuse of drugs will become widespread". Articolo 20, Conv. 1971. "Measures against the abuse of psychotropic substances1. The Parties shall take all practicable measures for the prevention of abuse of psychotropic substances and for the early identification, treatment, education, after-care, rehabilitation and social reintegration of the persons involved, and shall co-ordinate their efforts to these ends.2. The Parties shall as far as possible promote the training of personnel in the treatment, after-care,

Alla luce di queste considerazioni, va ricordato che i Paesi dell'America hanno adottato la Dichiarazione di Antigua Guatemala per una politica integrale di fronte al problema mondiale delle droghe nelle Americhe[617], che ha il grande merito di introdurre i diritti umani nella lotta a questo fenomeno, in primis il diritto all'istruzione. Se gli Stati accogliessero nel diritto interno le disposizioni della Dichiarazione, dovrebbero infatti ripensare ai consumatori di droga come qualsiasi altro consumatore di sostanze lecite, e istruirlo sulle possibili conseguenze negative dell'abuso. In questo modo, parte della responsabilità della salute passerebbe dallo Stato all'individuo.

4.5 Contraddizioni mafiogene alla base del traffico di armi

Nel caso del traffico di armi alla base dello sviluppo della criminalità organizzata vi è prima di tutto un atteggiamento contraddittorio di carattere economico da parte degli Stati, i quali, se da un lato si fanno garanti del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale così come stabilito all'articolo 1 della Carta delle Nazioni Unite[618], dall'altro continuano a produrre ed esportare armi verso quei Paesi dove, invece, sarebbero necessari

---

rehabilitation and social reintegration of abusers of psychotropic substances. 3. The Parties shall assist persons whose work so requires to gain an understanding of the problems of abuse of psychotropic substances and of its prevention, and shall also promote such understanding among the general public if there is a risk that abuse of such substances will become widespread".

[617] *Supra*, nota 267.

[618] Doc. A/CONF.192/15 del 9-20 luglio 2001, *Statement by the President of the Conference after the adoption of the Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects*.

interventi di carattere diplomatico, per dirimere i conflitti in corso, e strutturale, per migliorare le capacità civili e politiche della popolazione e contribuire allo sviluppo di società democratiche.

A ciò si aggiunga il fatto che tra i maggiori fabbricanti ed esportatori di armi al mondo vi sono i cinque Stati membri permanenti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, nonostante l'art. 26 della Carta della Nazioni Unite preveda per questo organo il compito di formulare piani da sottoporre agli Stati per l'istituzione di un sistema di disciplina degli armamenti al fine di promuovere lo stabilimento e il mantenimento della pace e la sicurezza internazionale con il minimo dispendio di risorse umane ed economiche mondiali.

La prima contraddizione ne genera un'altra, di carattere psicosociale che si ripercuote sugli individui i quali, disponendo mi maggiori quantità di armi in circolazione, continuano a armarsi per proteggersi dai "nemici" e dal loro stesso timore.

A sostegno di questa tesi, si potrebbe citare la sentenza resa il 6 luglio 1995 dalla Corte Costituzionale colombiana, la quale ha affermato che: "es posible sostener que el porte de armas promueve la violencia, agrava las consecuencias de los enfrentamientos sociales e introduce un factor de desigualdad en las relaciones entre particulares que no pocas veces es utilizado para fortalecer poderes económicos, políticos o sociales. Por eso los permisos para el porte de armas sólo pueden tener lugar en casos excepcionales [...] cuando se hayan descartado todas las demás posibilidades de defensa legítima que el ordenamiento jurídico contempla para los ciudadanos".

Ancora, si può citare l'intervento del 24 settembre 1999 presso il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con il quale il Segretario Generale ha richiamato

l'attenzione degli Stati sulla proliferazione di piccole armi, munizioni ed esplosivi, come causa aggravante della violenza associata alle organizzazioni criminali, e sottolineando come la facilità di reperimento delle armi contribuisca alla violenza e all'instabilità politica, anche nelle società non afflitte da guerre civili[619].

4.6 Le contraddizioni mafiogene alla base della corruzione

Per quanto riguarda le contraddizioni alla base della corruzione, si rimanda a quanto già analizzato in materia di partecipazione degli individui alla vita statale e di qualità della partecipazione[620], anche alla luce degli strumenti messi a disposizione dalle istituzioni per lo sviluppo delle abilità intellettuali, molto spesso incrementate da una prospettiva meramente meccanicistica e quantitativa.

Se vogliono davvero contrastare la criminalità organizzata, gli Stati devono necessariamente stimolare negli individui il senso di appartenenza e conseguente responsabilità verso lo Stato, ma senza imporle in modo autoritario, poiché così facendo ripeterebbero paradossalmente gli stessi comportamenti violenti o intimidatori che i gruppi criminali organizzati compiono nei confronti dei propri affiliati o della popolazione da cui ottengono consenso sociale.

Piuttosto, appartenenza e responsabilità devono essere comprese dagli individui da un punto di vista logico e non meccanicistico, nel senso che oltre all'applicazione delle regole è importante intendere le cause alla base della loro creazione e accettazione.

---

[619] Segretario Generale delle Nazioni Unite, *Comunicato stampa* doc. SG/SM/7145, SC/6733 del 24 settembre 1999.
[620] *Supra*, cap. II, par. 5.2.

Ciò permetterebbe di ottenere almeno due risultati: da una parte, la costruzione di una società in cui è più facilmente applicabile la coesione sociale; dall'altra, la decostruzione di consuetudini che stanno alla base dello sviluppo della criminalità organizzata e delle società mafiogene, di cui si è ampiamente parlato nei paragrafi precedenti.

5. Di chi è la responsabilità dello Stato?

Alla luce del diritto internazionale, la responsabilità internazionale di uno Stato si configura quando questo abbia agito in violazione di un obbligo posto a suo carico da una norma internazionale.

A sua volta, lo Stato può agire sul piano concreto solo attraverso il comportamento di individui o gruppi di individui che operano in suo nome, per suo conto, dietro suo incarico o sotto il suo controllo.

L'idea che lo Stato sia responsabile sul piano internazionale non deve però essere un ostacolo per stabilire chi, invece, debba responsabilmente comportarsi all'interno dello stesso Stato, nel senso che responsabilità istituzionale non significa necessariamente accentramento totale dei compiti di controllo e garanzia in capo alle autorità statali in modo da sottrarre agli individui quella capacità di partecipazione e gestione necessaria per il corretto sviluppo dello stato di diritto.

In un'epoca in cui i cittadini hanno meno bisogno delle istituzioni per soddisfare le loro necessità, sia grazie allo sviluppo delle nuove tecnologie, sia per la comparsa sulla scena globale dei gruppi criminali organizzati che offrono una vera e propria alternativa allo Stato, sembra pacifico che lo stesso Stato non possa erigersi quale unico soggetto capace di dispensare tutela.

Tale funzione deve essere parzialmente e progressivamente trasferita agli individui, i quali non devono intendersi soltanto come portatori di diritti, ma anche di doveri.

La mancanza di un coinvolgimento diretto nella costruzione e lo sviluppo dello Stato è suscettibile di gravi conseguenze sul piano criminale, proprio perché, come si è visto, si corre il rischio di assistere all'instaurazione di comportamenti consuetudinari di carattere mafiogeno.

Su questo punto, l'art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti umani e l'art. 35 della Convenzione Americana dei diritti umani offrono un importante contributo.

Mentre il primo stabilisce che "[e]veryone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible. In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society. These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations"; il secondo prevede: "[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Tali doveri non devono essere stabiliti unicamente in capo alle persone fisiche. Occorre infatti pensare anche alle persone giuridiche, non solo come insieme di persone che possono compiere condotte criminali, ma anche come luoghi di aggregazione dove gli individui possono

ricevere la sensibilizzazione e la formazione necessaria per concorrere allo sviluppo dello Stato.

Documentazione consultata

Doc. A/62/278 del 17 agosto 2007, *Towards an Arms Trade Treaty: Establishing Common International Standards for the Import, Export and Transfer of Conventional Arms. Report of the Secretary-General*

Doc. A/63/334 del 26 agosto 2008, *Report of the Group of Governmental Experts to Examine the Feasibility, Scope and Draft Parameters for a Comprehensive, Legally Binding Instrument Establishing Common International Standards for the Import, Export and Transfer of Conventional Arms*

Doc. A/CONF.192/15 del 9-20 luglio, 2001, *Report of the United Nations Conference on the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspect*

Doc. A/CONF. 192/15 del 9-20 luglio 2001, *Statement by the President of the Conference after the adoption of the Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspects*.

Doc. A/58/422/Add.1 del 7 ottobre 2003, *Report of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption on the work of its first to seventh sessions*

Doc. A/AC.261/L.201, 21 marzo 2003, *Proposals and Contributions Received from Governments, Azerbaijan, Egypt, India, Iran (Islamic Republic of), Nigeria, Pakistan, Syrian Arab Republic, Thailand, Turkey, Uganda, Ukraine and United Arab Emirates: Proposal for a New Article*

Doc. A/AC.261/IPM/14 del 20 novembre 2001, *Proposals and contributions received from Governments, Colombia: proposed draft of the United Nations Convention against Corruptio*

Doc. A/AC.261/IPM/10 del 12 novembre 2001, *Proposals and Contributions Received from Governments, France: Elements for Inclusion in the United Nations Convention against Corruptio*

Doc. A/CONF. 192/15 del 9-20 luglio 2001, *Programme of Action to Prevent, Combat and Eradicate the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons in All Its Aspect*

Doc. A/AC.254/5/Add.27 del 4 agosto 2000, *Proposals and Contribution Received from Governments (Migrants)*

Doc. A/AC.254/4/Rev.1 del 10 febbraio 1999, *Revised draft United Nations Convention against Transnational Organized Crime*

Doc. A/AC.254/5/Add. 3 dell'8 febbraio 1999, *Proposals and contributions received from Governments*

Doc. A/AC.254/5 del 19 dicembre 1998 , *Proposals and contributions received from Governments*

Doc. A/55/383/Add.1 del 3 novembre 2000, *Interpretative Notes for the Official Records (Travaux Préparatoires) of the Negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols*

Doc. A/AC.254/5/Add.38 del 28 settembre 2000, *Proposals and Contributions Received from Governments (Migrants – Azerbaijan*

Doc. A/AC. 254/4/Add.3/Rev.7 del 19 luglio 2000, *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*

Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.6 del 4 aprile 2000, *Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Corrigendum*

Doc. A/AC. 254/27 dell'8 febbraio 2000, *UNCHR Notes on the Migrants and Persons Protocol*

Doc. A/A.C.254/4/Rev.7 del 3 febbraio 2000, *Revised draft United Nations Convention against Transnational Organized Crime*

Doc. A/AC.254/5/Add.18 del 23 dicembre del 1999, *Proposals and Contributions Received from Governments (Migrants - Azerbaijan)*

Doc. A/AC.254/4/Rev.5 del 16 novembre 1999, *Revised draft United Nations Convention against Transnational Organized Crime*

Doc. A/AC.254/4/Rev.3 del 19 maggio 1999, *Revised draft United Nations Convention against Transnational Organized Crim*

Doc. A/AC.254/5/Add. 3dell'8 febbraio 1999, *Proposals and Contributions Received from Governments*

Doc. A/AC.254/5 del 19 dicembre 1998, *Proposals and Contributions received from Governments*

Doc. A/52/357, del 17 settembre 1997, *Report of the Economic and Social Council for 1997*

Doc. A/C.3/51/7 del 1 ottobre 1996, *Question of the elaboration of an International Convention against Organized Transnational Crime. Letter dated 24 September 1996 from the Minister for Foreign Affairs of the Republic of Poland Addressed to the Secretary-General*

Doc. A/CONF.169/15/Add.1 del 4 aprile 1995, *Results of the Supplement to the Fourth United Nations Survey of Crime Trends an Operations of Criminal Justice Systems, on Transnational Crime: Interim report by the Secretariat*

Doc. A/49/748 del 2 dicembre 1994, *Crime Prevention and Criminal Justice. Note by the Secretary-General. Report of the World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime*

Doc. A/CONF. 144/5 del 31 luglio 1990, *Crime Prevention and Criminal Justice in the Context of Development: Realities and Perspectives of International Co-Operation – Working paper prepared by the Secretariat*

Doc. A/CONF.144/7 del 26 luglio 1990, *Effective national and international Action against: (a) Organized Crime;*

(b) Terrorist Criminal Activities – Proposals for Concerted International Action against Forms of Crime Identified in the Milan Plan of Action – Report of the Secretary-General

Doc. A/CONF. 121/19 del 25 aprile 1985, *New dimensions of Criminality and Crime Prevention in the Context of Development: Challenges for the Future – Guiding Principles for Crime Prevention and Criminal Justice in the Context of Development and a New International Economic Order – Note by the Secretaria*

Doc. A/CONF. 87/6 del 22 luglio 1980, *Crime and Abuse of Power. Offences and Offenders beyond the Reach of the Law, Working Paper Prepared by the Secretaria*

Doc. A/CONF. 56/3 del 1-12 settembre 1975, *Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Organizational Matters - Information Note 3*

Doc. A/CONF. 56/INF. 5* del 4 agosto 1975, *Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Organizational Matters - Information Note 5*

Doc. E/INCB/2011/1 dell'11 novembre 2011, *Report of the International Narcotics Control Board for 2011*

Doc. E/INCB/2010/1 del 12 novembre 2010, *Report of the International Narcotics Control Board for 2010*

Doc. E/INCB/2012/1 del 16 novembre 2012, *Report of the International Narcotics Control Board for 2012*

Doc. CTOC/COP/WG.4/2011/5 del 2 agosto 2011 *International Cooperation in Combating Trafficking in Persons: (a) Addressing Supply and Demand: (b) Capacity-Building and Awareness-Raising*

Doc. E/2013/28, E/CN.7/2013/14, del 7 dicembre 2012 e 11-15 marzo 2013, *Commission on Narcotic Drugs Report on the Ffty-sixth Session*

Doc. E/INCB/2003/1 del 14 novembre 2003, *Report of the International Narcotics Control Board for 2003*

Doc. E/INCB/2003/1 del 14 novembre 2003, *Report of the International Narcotics Control Board for 2003*

Doc. E/CN.15/1998/6/Add.2 del 1° aprile1998, *Report of the Asian Ministerial Workshop on Action against Organized Crime and Corruption, at Manila, Philippines, 2 to 4 March 1998*

Doc. E/CN.15/1998/5 del 18 febbraio 1998, *Report of the Inter-sessional open-ended Intergovernmental Group of Experts on the Eaboration of an International Convention against Organized Transnational Crime*

Doc. E/CN.15/1998/6/Add.1 del 29 agosto 1997, *Report of the African Regional Ministerial Workshop on Action against Organised Crime and Corruption, Dakar, Senegal, 21 to 23 July 1997*

Doc. E/CN.15/1997/7/Add.2 del 16 aprile 1997, *Report of the Secretary-General on the implementation of the Naples Political Declaration and Global Action Plan against*

Organized Transnational Crime and on the Question of the Elaboration of an International Convention against Organized Transnational Crime

Doc. E/CN.15/1997/7/Add.1 dell'11 aprile 1997, *Provisional Annotated Agenda for the Sixth Session of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justi*

Doc. E/CN.15/1996/2/Add.1 del 3 aprile 1996, *Implementation of the Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organized Transnational Crime*

Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite

Risoluzione S/RES/1991/713 del 25 settembre 1991, *Socialist Federal Republic of Yugoslavia*

Assemblea Generale delle Nazioni Unite

Risoluzione 64/293 del 12 agosto 2010, *United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Person*

Risoluzione 61/89 del 6 dicembre 2006, *Towards an Arms Trade Treaty: Establishing Common International Standards for the Import, Export and Transfer of Conventional Arms*

Risoluzione 53/111 del 9 dicembre 1998, *Transnational Organized Crime*

Risoluzione 51/120 del 12 dicembre 1996, *Question of the Elaboration of an International Convention against Organized Transnational Crime*

Risoluzione 49/159 del 23 dicembre 1994, *Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organized Transnational Crime*

Risoluzione del 20 dicembre 1993, *Crime Prevention and Criminal Justice*

Risoluzione 45/179 del 21 dicembre 1990, *Enhancement of the United Nations structure for Drug Abuse Control*

Risoluzione 40/32 del 29 novembre 1985, *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*

Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite

Risoluzione 2011/32 del 28 luglio 2011, *Strengthening International Cooperation in Combating the Harmful Effects of Illicit Financial Flows Resulting from Criminal Activities*

Risoluzione 1992/22 del 30 luglio 1992, *Implementation of General Assembly Resolution 46/152 Concerning Operational Activities and Coordination in the Field of Crime Prevention and Criminal Justice*

Risoluzione 1992/1 del 6 febbraio 1992, *Establishment of the Commission on Crime Prevention and Criminal Jutice*

Risoluzione 1946/9(I) del 16 febbraio 1946, *Commission on Narcotics Drugs*

Strumenti internazionali

A) Diritti umani

Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (New York, 18 December 1990)

Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (New York, 18 dicembre 1979)

Convenzione americana sui diritti umani (San José de Costa Rica, 22 novembre 1969)

Patto internazionale sui diritti civili e politici (New, York, 16 dicembre 1966)

Convenzione europea dei diritti umani (Roma, 4 novembre 1950)

Risoluzione 1821 (2011) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, adottata il 21 giugno 2011, disponibile sulla rete interconnessa

B) Criminalità organizzata

Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata (New York, 15 novembre 2000)

C) Traffico illecito di migranti

Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e via aria (New York, 15 dicembre 2000)

D) Tratta di persone

Accordo internazionale per la soppressione del commercio delle schiave bianche (Parigi, 18 maggio 1904)

Convenzione internazionale per la soppressione della tratta di schiave bianche (Parigi, 4 maggio 1910)

Convenzione internazionale per la soppressione della tratta di donne e bambini (Ginevra, 30 settembre 1921)

Convenzione sulla schiavitù (Ginevra, 25 settembre 1926)

Convenzione n. 29 sul lavoro forzato (Ginevra, 28 giugno 1930)

Convenzione internazionale per la repressione del traffico delle donne adulte (Ginevra, 11 ottobre 1933)

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948)

Convenzione per la soppressione della tratta di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui (Lake Success, 2 dicembre 1949)

Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, il commercio di schiavi e gli statuti e le pratiche analoghe alla schiavitù (Ginevra, 7 settembre 1956)

Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini (New York, 15 dicembre 2000)

Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani (Varsavia, 16 aprile 2005)

E) Traffico illecito di armi

Convenzione americana contro la fabbricazione e il traffico illecito di armi da fuoco, munizioni, esplosivi e altri materiali connessi (Washington, 14 novembre 1997)

Protocollo contro la fabbricazione ed il traffico illecito di armi da fuoco, loro parti, componenti e munizioni (New York, 31 maggio 2001)

Protocollo sul controllo delle armi da fuoco, le munizioni e altri materiali connessi nella Regione della Comunità dell'Africa Meridionale per lo sviluppo (Blantyre, 14 agosto 2001)

Protocollo per la Prevenzione, il controllo e la riduzione di piccole armi e armi leggere nella Regione dei Grandi Laghi e il Corno d'Africa (Nairobi, 21 aprile 2004)

Convenzione della Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale sulle armi leggere e di piccolo calibro, loro munizioni e altri materiali connessi (Abuja, 14 giugno 2006)

Convenzione centroafricana per il controllo delle piccole armi e delle armi leggere, loro munizioni e tutte le parti e componenti che possono essere usate per la loro fabbricazione, riparazione e assemblaggio (Kinshasa, 30 aprile 2010)

Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale

relativo alla produzione illegale e al traffico di armi da fuoco, delle loro parti e componenti e delle loro munizioni (New York, 31 maggio 2001)

Piano d'azione per prevenire, combattere e sradicare il commercio illegale di armi leggere e di piccolo calibro, (New York, 20 luglio 2011)

Trattato sul commercio di armi (New York, 2 aprile 2013)

F) Traffico illecito di droga

Convenzione Internazionale sull'oppio (L'Aia, 23 gennaio 1912

Convenzione Internazionale sull'oppio (Ginevra, 19 febbraio 1925)

Convenzione per limitare la produzione e regolare la distribuzione degli stupefacenti (Ginevra, 13 luglio 1931)
Protocollo che porta sotto il controllo internazionale droghe fuori dallo scopo della Convenzione del 13 luglio 1931 (Parigi, 9 novembre 1948)

Protocollo per limitare e regolare la coltivazione, la produzione, il commercio internazionale all'ingrosso e l'uso della pianta di papavero (New York, 23 giugno 1953)

Convenzione singola sugli stupefacenti (New York, 30 marzo 1961)

Convenzione sulle sostanze psicotropiche (Vienna, 21 febbraio 1971)

Dichiarazione di Quito contro il narcotraffico, (Quito 11 agosto 1984).

Dichiarazione di New York contro il traffico e l'uso illecito delle droghe (New York, 1° ottobre 1984)

Convenzione contro il traffico illecito di droghe narcotiche e sostanze psicotropiche (Vienna, 20 dicembre 1988)

G) Corruzione e riciclaggio

Convenzione Interamericana contro la corruzione (Caracas, 29, marzo 1996)

Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, 17 dicembre 1997)

Convenzione civile del Consiglio d'Europa sulla corruzione (Strasburgo, 4 novembre 1999)

Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione (Strasburgo, 27 gennaio 1999)

Protocollo della Comunità sudafricana per lo sviluppo contro la corruzione (Blantyre, 14 agosto 2001)

Protocollo sulla lotta alla corruzione della Comunità economica degli Stati dell'Africa dell'Ovest (Dakar, 21 dicembre 2001)

Convenzione dell'Associazione dell'Asia meridionale per la cooperazione regionale (SAARC) sulla prevenzione e la

lotta contro la tratta di donne e bambini con fini di prostituzione (Kathmandu, 5 gennaio 2002)

Convenzione dell'Unione Africana per prevenire e combattere la corruzione (Maputo, 11 luglio 2003)

Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Mérida, 31 ottobre 2003)

Raccomandazione del Consiglio dell'OCSE per combattere ulteriormente la corruzione degli ufficiali pubblici stranieri nelle operazioni economiche internazionali (26 novembre 2009)

Convenzione sulla Cooperazione delle polizie in Europa sudorientale (Vienna, 5 maggio 2006)

Convenzione del Consiglio d'Europa su riciclaggio, l'identificazione, il sequestro e la confisca dei proventi del reato (Strasburgo, 8 novembre 1990, in seguito: la Convenzione)

Dichiarazione di Principi sulla prevenzione dell'utilizzo a fini criminosi del sistema bancario per il riciclaggio di fondi di provenienza illecita (Basilea, 12 dicembre 1988)

The Forty Recommendations Of The Financial Action Task Force On Money Laundering, 1990

H) Altri strumenti internazionali

Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, Linee Guida sulla regolamentazione dei partiti politici, 15-16 ottobre 2010

100 regole di Brasilia sull'accesso alla giustizia delle persone in condizione di vulnerabilità (Brasilia, 6 marzo 2008)

Convenzione internazionale contro il doping nello sport (Parigi, 19 ottobre 2005)

Convenzione del Consiglio d'Europa contro il doping (Strasburgo, 16 novembre 1989)

Protocollo di pace, amicizia e limiti tra l'Ecuador e il Perù (Rio de Janeiro, 29 gennaio 1942)

Iniziative dell'Unione Europea

Azione comune 98/73/JHA del 29 dicembre 1998

Azione comune sulla corruzione nel settore privato del 22 dicembre 1998, adottata dal Consiglio dell'Unione europea sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea

Piano d'azione dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa per la lotta al traffico di esseri umani (Maastricht, 24 luglio 2003)

Altri documenti consultati

Segmento di alto livello ONU sulla Convenzione di Palermo, intervento del Ministro della Giustizia italiano, New York, 17 giugno 2010

Dichiarazione finale della riunione ministeriale G8 Giustizia e Affari Interni, Roma, 30 maggio 2009

Giurisprudenza internazionale

A) Corte Europea dei Diritti Umani

Caso *Previti c. Italia*, sentenza del 12 febbraio 2013

Caso *Özgürlük ve Dayanışma Partisi (ÖDP) c. Turchia,* sentenza del 10 maggio 2012

Caso *Hirsi Jamaa e altri* c. Italia, sentenza del 23 febbraio 2012

Caso *Mallah c. Francia*, sentenza del 10 novembre 2011

Caso Rantsev c. Cipro e Russia, sentenza del 7 gennaio 2010

Caso Siliadin c. Francia, sentenza del 26 ottobre 2005

Caso C.N. et V. c. Francia, sentenza dell'11 ottobre 2012

Caso Van der Mussele c. Belgio, sentenza del 23 novembre 1983

B) Corte Interamericana dei Diritti Umani

Caso *González y otras c. México*, sentenza del 16 novembre 2009

Caso *Castañeda Gutman c. Messico*, sentenza del 6 agosto 2008

Caso *Instituto de Reeducación del menor* c. *Paraguay*, 2 settembre 2004

Opinione consultiva richiesta dal Messico n. OC-18/03, del 17 settembre 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*

Caso *Luis Alberto Cantoral Benavides* c. *Perú*, 3 dicembre 2001, reparaciones y costas

Caso *Villagrán Morales y otros* c. *Guatemala*,19 novembre 1999, merito e voto ragionato congiunto dei giudici A.A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli,

Caso *Loayza Tamayo* c. *Perù*, 17 settembre 1997, merito, voto ragionato congiunto dei giudici A.A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli,

C) Altri Tribunali internazionali

Tribunale Internazionale per l'ex-Iugoslavia, sentenza del 12 giugno 2002, caso No. IT-96-23& IT-96-23/1-A

D) Corte di giustizia dell'Unione europea
Causa C-579/11, sentenza del 19 dicembre 2012

Causa C-83/12, sentenza del 10 aprile 2012

Causa C-305/05, sentenza del 26 giugno 2007

Causa C-83/12, sentenza del 10 aprile 2012

Tribunali nazionali
A) Argentina
Corte Suprema de Justicia argentina, causa nº 41800 del 9 ottobre 2013

Cámara federal de Casación penal argentina, causa n. 15.667, sentenza del 5 marzo 2013

Cámara Federal de Casación Penal argentina , causa n. 14.449, sentenza del 28 dicembre 2012

Cámara Nacional de Casación Penal argentina, caso n. 6674.4 del 9 giugno 2005

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, causa n. 47.315 del 18 ottobre 2012

Tribunal Oral en lo Penal Económico n. 2, causa n. 46-S, sentenza del 27 giugno 2011

Tribunal Oral Federal N° 2, caso *Altamira, Jorge Guillermo y otros*, causa n. A-5/09, sentenza del 15 dicembre 2009

B) Colombia

Corte Constitucional colombiana, sentenza n. C-334 del 13 giugno 2013

Corte Constitucional colombiana, sentenza C-944 del 14 novembre 2012

Corte constitucional colombiana, sentenza C-121 del 22 febbraio 2012

Corte Constitucional colombiana, sentenza C-685/09 del 30 settembre 2009

Corte Constitucional colombiana, sentenza n. C-038 del 19 febbraio1998

Corte Constitucional colombiana, sentencia C-319 del 18 luglio 1996

C) Costa Rica

Corte Suprema de Justicia, sentenza n. 2011-00499 dell'11 maggio 2005

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, risoluzione n. 2012-2550 del 21 dicembre 2012

D) Francia

Cour de cassation, Chambre criminelle, sentenza n. 05-82265 del 29 giugno 2005

Cour de cassation, Chambre criminelle, sentenza n. 4806 del 14 gennaio1949

Tribunal correctionnel de Nivelles, sentenza n. 13281 del 15 gennaio 2013

E) Italia

Corte Costituzionale italiana, sentenza n. 48 del 17 febbraio 1994

Corte di Cassazione, Sezioni unite, Camera di consiglio 27 febbraio 2014.

Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 6145del 10 febbraio 2014

Corte di Cassazione, I sezione penale, ordinanza del 1° ottobre 2013

Corte di Cassazione, VI sezione penale , sentenza n. 33131 del 30 luglio 2013

Corte di Cassazione., VI sezione penale, sentenza n. 29789 dell'11 luglio 2013

Corte di Cassazione, I sezione penale, sentenza n. 26457 del18 giugno 2013

Corte di Cassazione, V sezione penale, sentenza n. 11808 del 11 febbraio 2013

Corte di Cassazione, relazione n. III/11/2012, Roma, 15 novembre 2012

Corte di Cassazione, III sezione penale , sentenza n.20880 del 30 maggio 2012

Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 25633 del 24 maggio 2012

Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n° 16362 del 3 maggio 2012

Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 3176 del 11 gennaio 2012

Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 1257 del 21 settembre 2011

Corte di Cassazione, II sezione penale, sentenza n.15583 del 22 gennaio 2011

Corte di Cassazione, II sezione penale, sentenza n° 989 del 17 gennaio 2011

Corte di Cassazione, sezione VI penale, sentenza n. 42701 del 30 settembre 2010

Corte di Cassazione, II Sezione Penale, sentenza n. 36975 del 26 settembre 2008

Corte di Cassazione, II sezione penale, sentenza n. 21324 del 29 marzo 2007

Corte di Cassazione, I sezione penale, sentenza n. 1815 del 22 gennaio 2007

Corte di Cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 33435 del 4 maggio 2006

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 5135 del 10 febbraio 2006

Corte di cassazione, VI sezione penale, sentenza n. 17642 del 19 febbraio 2003

Corte di Cassazione, VI sezione penale, ord. n. 10662 del 3 dicembre 2002

Tribunale di Milano, sentenza n. 10659 del 29 dicembre 2011

Tribunale penale di Trani, sentenza n. 225 del 21 luglio 2010

Tribunale di Trieste, sentenza 24 dicembre 1993

Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 1266 del 6 marzo 2012

Corte dei conti, sentenza n. 288 del 25 marzo 2014

F) Regno Unito

London's Southwark Crown Court, caso n. T20110209, sentenza del 5 dicembre 2012

Belfast Crown Court, sentenza n. 11/109627 del 23 aprile 2012

Southwark Crown Court of London, caso *R. v. Majeed and others*, caso n. T20117139, sentenza del 2 novembre 2011

G) Perù

Tribunal Constitucional, fascicolo n. 05206-2011-PHC/TC, sentenza dell'8 giugno 2012

Tribunal Constitucional, fascicolo n. 00017-2011-PI/TC, sentenza del 3 maggio 2012

Tribunal Constitucional, fascicolo n. 03245-2010-PHC/TC, sentenza resa il 13 ottobre 2010

Corte Suprema de Justicia, fascicolo n. 4936 – 2006, sentenza dell'8 giugno 2010

Corte Suprema de Justicia, caso Kouri Bumachar, fascicolo n. 06-2001, sentenza del 22 marzo 2002

Corte Superior de Justicia di Lima, risoluzione n. 09 dell'11 aprile 2007

Corte Superior de Justicia di Lima, fascicolo n. 038-2001, sentenza del 21 settembre 2006

H) Spagna

Tribunal Supremo spagnolo, sentenza n. 841 del 18 novembre 2013

Tribunal supremo spagnolo, sentenza n. 183 del 12 marzo 2013

Tribunal supremo spagnolo, sentenza 823/2012 del 30 ottobre 2012

Tribunal Supremo español, sentenza n. 300 del 3 maggio 2012

Tribunal Supremo spagnolo sentenza n. 171 del 6 marzo 2012

Tribunal Supremo spagnolo, sentenza n. 1378 del 14 dicembre 2011

Tribunal supremo spagnolo, sentenza n. 196 del 23 marzo 2011

Tribunal Supremo spagnolo, sentenza n. 380 del 10 maggio 2007

Tribunal Supremo spagnolo, sentenza n. 925 del 6 ottobre 2006

Tribunal Supremo spagnolo, *sentenza n. 651 del 5 giugno 2006*

Tribunal Supremo spagnolo, *sentenza n.1465 del 22 novembre 2005*

Tribunal Supremo spagnolo, sentenza n. *1059 del 28 settembre 2005*

Tribunal Supremo spagnolo, *Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda,* adottato il 13 luglio 2005 sulla questione: "[a]lcance del art. 313.1º del c.p. (entrada clandestina e ilegal)"

Tribunal Supremo spagnolo, *sentenza n. 994 del 30 maggio 2005*

Audiencia provincial di Malaga, sentenza T000-78435, sentenza del 4 marzo 2013

I) Stati Uniti

District Court in Pensacola, sentenza del 18 gennaio 2013

U.S. District Judge James A. Teilborg, Caso n. CR-10-322-PHX-JAT, sentenza del 22 agosto 2012

Southern District Court of Florida , caso *Stati Uniti c. Christian Sapsizian*, sentenza n. 78172-004 del 24 settembre 2008

J) Venezuela

Sala Constitucional del Venezuela, sentenza n. 12-1340 del 12 giugno 2012

Legislazioni nazionali

A) Argentina

Proyecto de ley para la inclusión del artículo 8 bis sobre enriquecimiento ilícito en la Constitución del Estado de Mendoza, presentato dal deputato Molero Santiago Cazzoli il 23 febbraio 2009

Ley del deporte, legge n. 20.655del 2 aprile 1974

Decreto presidenziale 103/95

Decreto presidenziale 1697/91

Codice penale argentino, legge 11.179

B) Brasile

Brasile, legge n. 12.299 del 27 luglio 2010, recante "Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas"

Codice penale brasiliano, decreto-legge n. 2.848, del 7 dicembre 1940

C) Costa Rica

Costituzione politica della Repubblica del Costa Rica (7 novembre 1949)

Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública , n. 8422 del 6 ottobre 2004

D) Francia

***L**oi n° 94-589 du 15 juillet 1994 relative à la lutte contre la piraterie et aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer*, modificata dalla *loi n°2005-371 du 22 avril 2005*

E) Italia

Disegno di legge n.19 del 15 marzo 2013

Legge 262/2005, recante "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari

Legge n. 189 del 30 luglio 2002, recante "Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo"

Italia, Decreto del Presidente della Repubblica n. 62 del 16 aprile 2013, di attuazione della legge 6 novembre 2012, n. 190, recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"

Decreto legislativo n. 286 del 25 luglio 1998, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"

F) Messico

Ley General En Materia De Delitos Electorales, pubblicata nel *Diario Oficial de la Federación* il 23 maggio 2014

Decreto que reforma el primer párrafo y el inciso c) del artículo 21 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 18 settembre 2013.

Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos del Messico, el 2 de gennario 2013

Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos 14 giugno 2012

G) Perù

Ley que modifica el artículo 425 del código penal, referendo al concepto de funcionario o servidor público

Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley 1978/2012-PE, mediante el cual se propone la Ley que modifica el concepto de funcionario público del Código Penal, Lima, 17 settembre 2013

Codice penale peruviano, decreto legislativo nº 635 del 3 aprile 1991

H) Portogallo

Portogallo, Legge n. 50 del 31 agosto 2007 su "Regime de responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos".

Codice penale portoghese, decreto-legge n. 2.848, del 7 dicembre 1940

I) Spagna

Ley Orgánica del Poder Judicial, n. 6 del 1° luglio 1985 Codice penale spagnolo, *Ley Orgánica* 10/1995 del 23 noviembre

J) Altre legislazioni nazionali

Bolivia, Costituzione plurinazionale boliviana (24 novembre 2007)

Botswana, *Corruption and Economic Standard of Living Crime Act*, legge n. 13 del 1994

Colombia, Codice penale colombiano, legge 599 del 24 luglio 2000

Gabon, *Loi Instituant un Régime de Prévention et de Répression de l'Enrichissement Illicite en République Gabonaise*, legge n. 002/2003 del 7 maggio 2003

Honduras, *Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos*, decreto n. 301 del 16 dicembre 1993

Nicaragua, Codice penale nicaraguense, legge 641 del 13 novembre 2007

Paraguay, *Ley que tipifica y sanciona elenriquecimiento ilícito en la función públicay el tráfico de influencias*, n. 2523 del 13 dicembre 2004

Pakistan, Ordinanza del National Accountability Bureau, Atto legislativo n. XVIII del 16 novembre 1999

Stati Uniti, *Foreign Corrupt Practices Act*, 1977

Uruguay, legge n. 19172 del 7 gennaio 2014, *Marihuana y sus derivados*

Unione europea

Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti

Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea

Direttiva 2011/36/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 5 de aprile 2011, relativa alla prevenzione e la lotta contro la tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GA

Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare

Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, n. L 309 del 25 novembre 2005

Direttiva 2001/97/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 dicembre 2001, recante modifica della direttiva 91/308/CEE del Consiglio relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite

Direttiva 91/308/CEE del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, un provvedimento che costituisce la pietra miliare sulla strada del contrasto al reimpiego dei proventi di attività illecite

Commissione europea, COM(2013)534 del 17 settembre 2013, Proposta di regolamento che istituisce l'ufficio del Procuratore Europeo

Commissione europea, COM(2013) 618, 2013/0304 (COD) del 17 settembre 2013, Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica, per quanto riguarda la definizione di "stupefacenti", la decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti

Commissione Europea, COM(2012) 655 final del 13 novembre 2012, Raccomandazione di decisione del Consiglio che autorizza la Commissione europea a partecipare, per conto dell'Unione europea, ai negoziati per una convenzione internazionale del Consiglio d'Europa tesa a contrastare la manipolazione dei risultati sportivi

Commissione europea, COM(2012) 363 dell'11 luglio 2012, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale

Commissione Europea, COM(2012) 655 final del 13 novembre 2012, Raccomandazione di decisione del Consiglio che autorizza la Commissione europea a partecipare, per conto dell'Unione europea, ai negoziati per una convenzione internazionale del Consiglio d'Europa tesa a contrastare la manipolazione dei risultati sportivi

Decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato

Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 25 febbraio 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)).

Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI))
Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 giugno 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione intermedia) (2012/2117(INI))2011

Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2013 sulle partite truccate e la corruzione nello sport (2013/2567(RSP))

Risoluzione del Parlamento europeo del 7 giugno 2005 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità e la lotta contro la frode (2004/2198(INI)

BIBLIOGRAFIA

ALTAVILLA, *Concezione penalistica della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938

AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa*, in Diritto penale contemporaneo, 2014

ARGANDOÑA, *La corrupción y las empresas: el caso de los pagos de facilitación*, Navarra, 2004

Armada Nacional de la República de Colombia, *Incautados tres semisumergibles en el Urabá antioqueño*, in *armada.mil.co*, 2012

ARTIGA-GONZÁLEZ, *Democratización de los partidos políticos. Retos y desafíos en el ámbito regional*, in *Revista IIDH*, 2006

AA.VV., *Dizionario di economia e finanza Treccani*, 2012

BALLINAS, *En los últimos 13 años ha muerto un migrante por día en la frontera norte*, in *La Jornada*, 2007

BÁRCENAS ESPITIA, *El enriquecimiento ilícito*, Bogotá, 2003

BARNES, *When Bullying goes to work*, in *Family and intimate partner violence quarterly*, 2013

BARNETT, *Trafficking in persons*, Ottawa, 2006

BAZZOCCHI, Segreto professionale e garanzie dell'equo processo, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa, 2007,* disponibile su.europeanrights.eu

BEARE, NAYLOR, *Major Issues Relating to Organized Crime: Within the Context of Economic Relationships*, 1999, elaborato per la *Law Commission of Canada*, disponibile sulla rete interconnessa

BERNASCONI, *Lotta variabile alla corruzione internazionale*,in *Il Sole 24 ore*, 2013

BHABHA, *Lone Travellers: Rights, Criminalization, and the Transnational Migration of Unaccompanied Children*, in *University of Chicago Law School Roundtable*, 2000

BOUIN, *La grande désillusion des Français envers leurs élus,* in *Le Figaro,* 2011

BRECHER, *Licit and Illicit Drugs; The Consumers Union Report on Narcotics, Stimulants, Depressants, Inhalants, Hallucinogens, and Marijuana - Including Caffei*, Mount Vernon, New York, 1972

BRUUN, PAN, REXED, *The Gentlemen's Club: International Control of Drugs and Alcohol*, Chicago, 1975

BUXTON, *The Political Economy of Narcotics: Production, Consumption and Global Markets*, London, 2006

BYNUM, *Controversies in the Study of Organized Crime*, in BYNUM (a cura di) *Organized Crime in America: Concepts and Controversies*, New York, 1987

CALDERONI, *La definizione normativa di criminalità organizzata tra istanze nazionali e internazionali*, in DI NICOLA (a cura di), *Contro la criminalità organizzata in Europa. Una prima valutazione delle politiche penali ed extrapenali*, Milano, 2011

CAPOLUPO, CARBONE, STURZO, *Antiriciclaggio, obblighi per professionisti, intermediari e altri soggetti*, Roma, 2008

CASTIGLIA, *Tecniche di spettrometria di massa nella ricerca di sostanze stupefacenti ed in particolare delle "new club drugs"*, Corso di dottorato in Ricerca in ambiente, prevenzione e medicina pubblica, sede amministrativa Università degli studi di NAPOLI FEDERICO II, XX ciclo, discussa nell'a.a. 2006/07, rell. Buccelli e Acampora

CASTILLO, PALMA, *Prácticas político culturales en partidos y elecciones*, in *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, 2013

CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati internazionali*, Milano, 2008

CENTONZE, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011

CHAPPEZ, *La lutte internationale contre le blanchiment des capitaux d'origine illicite et le financement du terrorisme*, in *Annuaire français de droit international*, 2003

CHATTERJEE, *Legal Aspects of International Drug Control*, The Hague, 1981

CHU, *The Triads as Business*, London, 2000

Commissione europea, COM(2014) 38, *Allegato sull'Italia della relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles, 2014

Commissione europea, COM(2011) 309 definitivo, *Seconda relazione a norma dell'articolo 9 della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*, Bruxelles, 2011

CNN, *Man gets 25 years for trying to buy military weapons for cartel*, in *edition.cnn.com*, 2012

CORASANITI, THOMPSON, *Un acercamiento a la participación política desde la dimensión de la pobreza*, in CORASANITI, THOMPSON (a cura di) *Un acercamiento a la participación política desde la dimensión de la pobreza*, San José de Costa Rica, 2011

Corriere della sera, *Fiducia nei partiti politici ai minimi: 2,3 punti su dieci*, in *corriere.it*, 2013

Corriere della sera, *Pane «fuorilegge»: trovati nove forni abusivi, 49* denunce, in *corriere.it*, 2013

COWELL, *Nations Confer in Italy on Rise in Global Crime*, in *International Herald Tribune, New York Times*, 1994

Consiglio d'Europa, *Relazione esplicativa della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, Varsavia, 2005

Corte di Cassazione, relazione n. III/11/2012, Roma, 15 novembre 2012

CROZIER, HUNTINGTON, WATANUKI, *The Crisis of Democracy*, New York, 1975

DALTON, *Citizen politics: public opinion and political parties in advanced industrial democracies*, Washington, 2006

DE AMICIS, *Cooperazione Giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, 2007

DE AMICIS, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, relativa alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, sulla lotta contro la corruzione nel settore privato (6 giugno 2011 - COM (2011) 309 definitivo)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011

DELICATO, *Il Protocollo sul traffico di migranti*, in ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Roma, 2007

DERENNE, *Le trafic illicite de migrants en mer méditerranée : une menace criminelle sous contrôle ?, in Collection des Études de l'Institut Nationale des Hautes Études de la Sécurité et de la Justice (INHESJ)*, 2013

DE STEFANI, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia: illegali i respingimenti verso la Libia del 2009*, 2009, in *unipd-centrodirittiumani.it*

DÍAZ VILLAMIL, *Leyendas de mi Tierra*, La Paz, 1929

DOUBLET, *Fighting corruption. Political funding, Thematic review of GRECO's third evaluation round*, 2011, disponibile sulla rete interconnessa

Direzione nazionale antimafia, *Relazione annuale sulle attività svolte da Procuratore nazionale antimafie dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata dii tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2009 – 30 giugno 2010*, Roma, 2010

Diritto penale contemporaneo, *Le Sezioni unite escludono il concorso tra reato associativo e delitti di riciclaggio o illecito reimpiego per i beni ricavati dallo stesso reato associativo*, 2014

DONR, The End of Organized Crime in *the European Union*, in *Crime, Law and Social Change*, 2009

DRAETTA, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998

DUMOUCHEL, *Les atteintes a la sûreté en haute mer*, tesi di master recherche relations internationales (Option Sécurité et Défense) de l'Université Panthéon-Assas-Paris II, 2009

El Universal, *Marina encuentra 72 cuerpos en fosa en Tamaulipas*, in *El Universal*, 2010

FAVAREL-GARRIGUES, *La criminalité organisée transnationale : un concept à enterrer?*, in *L'économie politique*, 2002

FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos,* in *Revista peruana de jurisprudencia*, 2003

FERRAJOLI, *Criminalidad y globalización*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2006

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Bari,1995

FIORE, *Partecipazione ad un gruppo criminale organizzato*, in ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Roma, 2007

FISICARO, *Antiriciclaggio e terza direttiva UE. Obblighi a carico dei professionisti intermediari e finanziari e*

operatori non finanziari alla luce del D. lgs. 231/2007, Milano, 2008

FOFFANI, *La "corrupción privada" Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización*, in: ARROYO ZAPATERO, NIETO MARTÍN (a cura di), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo*, Castilla La-Mancha, 2006

FONTANELLA, *Corruzione e superamento del principio societas delinquere non potest nel quadro internazionale*, in *Liuc Papers*, *Impresa e istituzioni*, 2001

FRATONI, *La criminalità organizzata peninsulare come fatto sociale totale*, in *Silvae*, 2010

FUGGETTI, *Dagli impulsi dell'Unione Europea alla normativa italiana antiriciclaggio*, in BERNASCONI, GALGANO, MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2011

GALLUCCIO, *Illecito reimpiego e associazione di tipo mafioso: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *Diritto penale contemporanero*, 2014

GERONIMI, *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, Ginebra, 2002

GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali***,** in *Diritto penale contemporaneo***,** 2014

GILINSKIY, KOSTJUKOVSKY, *From Thievish Artel to criminal corporation, the history of organized crime in Russia*, in PAOLI, FIJNAUT, *Organized crime in Europe: concepts, patterns and control policies in the European Union and Beyond*, Dordrecht, 2006

GIUNTA, *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*, Varese, 2011

GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?*, in *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2008

GOODHART, *The Basel Committee on Banking Supervision: A History of the Early Years 1974-1997*, Cambridge, 2011

GUTIÉRREZ, ZOVATTO, *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*, Estocolmo, 2011

HYLAND, *The Impact of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*, in *Human Rights Brief*, 2001

IACOBONI, *L'Italia che (non) sa votare le preferenze*, in *lastampa.it*, 2014

IANNETTA, *Crimine organizzato transnazionale e punibilità del partecipe: l'incidenza della Convenzione di Palermo sugli ordinamenti giuridici nazionali,* Corso di dottorato in politiche penali dell'Unione Europea, sede amministrativa Università degli Studi del Molise, XXII Ciclo, discussa nell'a.a. 2008/2009, rel. Fiore

INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso,* Milano, 1993

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Por una educación libre de discriminación y de violencia,* San José de Costa Rica, 2012

JORDAN, *The Oecd's Call For An End To "Corrosive" Facilitation Payments And The International Focus On The Facilitation Payments Exception Under The Foreign Corrupt Practices Act,* in *Penn State Law* Review, 2011

KAPLAN, DUBRO, *Yakuza: Japan's criminal underworld*, Berkeley, 2003

KELLY, *A Critical Reflection on Research on Trafficking in Persons within and into Europe,* Oxford, 2005

KINGTON, *Mafia's car-boot bread is 'poisoning' Naples*, in *theguardian.com*, 2008

KLIP, *European Criminal Law. An Investigative Approach*, Boston, 2009

LACZKO, GRAMEGNA, *Developing Better Indicators of Human Trafficking*, Geneva, 2003

LEONE, *Considerazioni in tema di rapporti tra diritto penale e pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di G. Mussotto*, Palermo, 1981

LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1935

LOWES, *The Genesis of International Narcotics Control*, Geneva, 1966

MALEM, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, 2000

MANACORDA, *La fattispecie-tipo della organizzazione criminale nel diritto dell'Unione Europea*, in PATALANO (a cura di), *Nuove Strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003

MANCINI, *Traffico di migranti e tratta di persone -Tutela dei diritti umani e azioni di contrasto*, Milano, 2008

MARANI, *Corruzione*, in *AltalexPedia Enciclopedia giuridica online*, 2013

MARRA, *Contrasto e prevenzione della corruzione pubblica transnazionale*, in ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Roma, 2007

MASERA, *Una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di sanzioni penali per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina,* in *Diritto penale contemporaneo*, 2012

MATEOS MARTÍN, *El reto de la prevención del blanqueo de capitales en un mundo globalizado*, in *Revista de Derecho UNED*, 2013

MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013

MERTON, *Teoría y estructura sociales*, Ciudad de México, 1970

MCALLISTER, *Conflicts of Interest in the International Drug Control System*, in WALKER III, *Drug Control Policy: Essays in Historical and Comparative Perspective*, Pennsylvania, 1992

MCCLEAN, *Transnational Organized Crime*, Oxford, 2007

MCALLISTER, *Drug Diplomacy in the Twentieth Century*, London, 2000

MICHELINI, POLIMENI, *Il fenomeno del crimine transnazionale e la convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Roma, 2007

MITSILEGAS, *Defining Organized Crime in the European Union: The Limits or The European Criminal Law in an Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Review*, 2001

MORENO GÓNZALEZ, *Enfoque criminológico del crimen organizado,* in UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Reforma Constitucional y penal de 1996*, Ciudad de México, 1997

MUZILA, MORALES, MATHIAS, BERGER, *On the Take, Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Washington, 2012

NATALINI, *Reati d'immigrazione e cittadini neocomunitari: nessuna abolitio criminis*, in *altalex.com* 2007

Nazioni Unite, *Commentary on the United Nations Convention Against illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Vienna, 1988

NERI, *Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer*, in *Revue québécoise de droit international*, 2013

MASCIANDARO, *Reati e riciclaggio: Profili di analisi economica*, in CAPPA, CERQUA, *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Milano, 2012

NINO, *L'applicazione delle Convenzioni internazionali in materia di contrasto alla corruzione internazionale nell'ordinamento italiano,* in *Comunità internazionale*, 2013

OBOKATA, *Trafficking of human beings from a human rights perspective*, Boston, 2006

Organizzazione internazionale del lavoro e Commissione europea, *Operational Indicators of Trafficking in Human Beings*, 2009, disponibile sulla rete interconness

ORLOVA, MOORE, *"Umbrellas" or "Building Blocks"? Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law*, in *Houston Journal of International Law*, 2005

OLIVA, SCANNI, *O' sistema*, documentario RAI, 2007

PARISCIANI, *I respingimenti in Libia tra contrasto all'immigrazione clandestina e rispetto dei diritti umani*, in SIMONCELLI (a cura di), *Dove i diritti umani non esistono più. La violazione dei diritti umani nelle guerre contemporanee*, Roma, 2010

PALMIERI, *La tutela penale della libertà di iniziativa economica. Riciclaggio e impiego di capitali illeciti tra normativa vigente e prospettive di riforma*, Napoli, 2013

PASSAS, *Globalization, Criminogenic Asymmetries and Economic Crime*, in *European Journal of Law Reform*, 1999, in *European Journal of Law Reform*, 1999

PAGANI, *Note sulla partecipazione dell'Italia alle operazioni di interdizione navale in Adriatico e riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto marittimo*, 1994

PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale. I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1998

PEDRAZZI, *L'alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpieghi di capitali di provenienza illecita*, Napoli, 1999

PERKEL, *Foreign Corrupt Practices Act*, in *American Criminal Law Review*, 2010

PÉREZ LÓPEZ, *El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva*, in *Derecho y Cambio Social*, 2012

PONTI, *Crimini transnazionali e diritto internazionale*, Milano, 2010

PRETE, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012

Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Procedure investigative sui primi accertamenti di polizia giudiziaria in materia di reati informatici*, Milano, 2011

Procura regionale della Corte dei conti per il Lazio, *Adunanza per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2014. Intervento orale del procuratore regionale dr. Angelo Raffaele de Dominicis*, Roma, 19 febbraio 2014

Procuraduría del Tesoro de la Nación (Argentina), *Oficina anticorrupción del ministerio de justicia y derechos humanos*, nota n. 24/01, Buenos Aires, 5 marzo 2001

QUADRI, *Le migrazioni internazionali. Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, 2006

RAVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013

RESA NESTARES, *Crimen Organizado Transnacional: definición, causas y consecuencias*, Buenos Aires, 2005

ROJAS AMANDI, *Los tratados internacionales sobre corrupción*, Ciudad de México, 2010

SAVONA, Criminalità organizzata, in *Enciclopedia del Novecento II supplemento*, 1998, disponibile su treccani.it

SAVONA, *Economia e Criminalità*, in ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA TRECCANI, *Enciclopedia delle scienze sociali (treccani.it)*, 2001

SACERDOTI, *La Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali*, in *Studi Capotorti*, 1999

SALVADORI, *La lotta alla corruzione nei rapporti economici internazionali*, in PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 1999

SANTINO, *Mafie e globalizzazione*, Trapani, 2007

SAVIANO, *Gomorra*, Milano, 2006

SAVIANO, *Dalla carne alla mozzarella. Camorra Food Spa serve a tavola. Cibi avariati, frutta dai terreni pieni di rifiuti tossici, controllo dei grandi mercati alimentari: così il menù dei boss arriva sulle tavole*, in *repubblica.it*, 2012

SAVIANO, *Ecco il prezzo dei nostri voti*, in *espresso.repubblica.it*, 2013

SCARPATI, *I diritti dei bambini: come aiutare noi e i nostri figli a diventare adulti migliori*, Formigine, 2012

SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, Torino, 1972

SCOVAZZI, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 2002

SCOVAZZI, *Human Rights and Immigration at Sea*, in RUBIO MARÍN, *Human Rights and Immigration*, Oxford, 2014

SCOVAZZI, *Considerazioni sulla responsabilità sociale d'impresa in materia di tutela dei diritti umani*, in CUTILLO, NOVAK, SCOVAZZI, *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, Milano, 2014

SFERRAZZA, *L'illecito sportivo nella giurisprudenza federale*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2011

SILVA DE SOUSA, *Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro*, in *Revista Mexicana de Sociología*, 2004

TIZIAN, TONACCI, *Duisburg, Province of Reggio Calabria. The 'Ndrangheta Finds a Second Home*, in *Repubblica*, 2012

TRANSNATIONAL INSTITUTE, *The Global Fix: The Construction of a Global Enforcement Regime*, Amsterdam, 2005

YESILGOZ, BOVENKERK, *Urban knights and rebels in the Ottoman Empire*, in PAOLI, FIJNAUT, *Organized crime in Europe: concepts, patterns and control policies in the European Union and Beyond*, Dordrecht, 2006

Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il delitto, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against*

Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, New York, 2006

Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine, *Guidance Note on 'Abuse of a Position of Vulnerability' as a Means of Trafficking in Persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Vienna, 2012

Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine, *World Drug Report 2012*, Vienna, 2012

URIBE BURCHER, *The link between politics and organized crime in the Andean region*, in *idea.int*, 2013

VAN DUYNE, VAN DER BEKEN, *The Incantation of EU Organized Crime Policy Making*, in *Crime, Law and Social Change*, 2009

VANNUCCI, *La "governance" mafiosa della corruzione: dal sistema degli appalti agli scambi politici*, Pisa, 2006

VARGAS VALDEZ, *Crimen organizado, narcotráfico y delitos electorales. Fortaleciendo el Blindaje*, in *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México*, 2010

VIGNA, *Il fenomeno criminale*, in CAPPA, CERQUA (a cura di) *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norma di contrasto*, Milano, 2012

VILLASANA RANGEL, *Principio non bis in idem dentro del régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, in CIENFUEGOS SALGADO, LÓPEZ OLVERA (a cura di), *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruíz, Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*, Ciudad de México, 2005

VOLK, *Criminalità organizzata e criminalità economica*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Napoli, 1999

WESTRA, *Environmental Justice And The Rights Of Ecological Refugees*, London, 2009

WIGET, *White-collar crimes*, in *diritto24.ilsole24ore.com*, 2012

WINKLER, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milano, 2008

WORKING GROUP ON BRIBERY IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS, *Phase 3 Report On Implementing The Oecd Anti-Bribery Convention In Spain*, 2012

ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Milano, 1999

ZALEWSKI, *Migrants for sale: The International Failure to Address Contemporary Human Trafficking*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2005

ZANCHETTI, *Il contributo delle organizzazioni internazionali nella definizione delle strategie di contrasto al riciclaggio*, in MARRA, *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, Torino, 2000

ZUCCARELLI, *Il fenomeno della contraffazione dei marchi e la criminalità organizzata. Le azioni investigative, interne ed internazionali, per il contrasto di condotte di falsificazione*, Roma, 2008