

Seminario “Le nuove frontiere dell’immigrazione.
Verso percorsi di legalità, inclusione e sicurezza”
Catania, 15-16 giugno 2018

Il difficile cammino di attuazione della Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale e del Protocollo sul traffico di migranti

Francesco TESTA

Procuratore della Repubblica di Chieti
presidente del Gruppo di Lavoro sul traffico di migranti presso l’ONU, Vienna

Possiamo senz’altro affermare che la Convenzione di Palermo è lo strumento di cooperazione in materia penale più innovativo, equilibrato e flessibile disponibile su scala universale. Essa conta, ad oggi, ben **179 Stati Parte** (il Giappone, l’unico dei grandi Paesi avanzati che ancora mancava all’appello, ha ratificato lo strumento a Giugno del 2017) su un totale di 193 Stati Membri delle Nazioni Unite.

Ma la Convenzione è soprattutto uno **strumento duttile**, che sfugge alla tradizionale classificazione “tematica” dei trattati multilaterali ed è invece suscettibile di applicazione ad ogni forma di attività criminale di portata transnazionale (come specificato appunto dal paragrafo n. 6 della Ris. 55/25 dell’Assemblea Generale, che appunto si riferisce ad “**all forms of criminal activity**”). Essa ha dunque un ambito oggettivo di applicazione potenzialmente sconfinato, idoneo a “dare copertura” ai più svariati fenomeni di illegalità.

Scopo della Convenzione - efficacemente descritto dall'art. 1 - è quello di promuovere la cooperazione degli Stati-parte per prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale in maniera più efficace.

A fronte del dilagare di forme di criminalità organizzata travalicanti le frontiere nazionali, la comunità internazionale ha preso coscienza della pericolosità di siffatta fenomenologia e della necessità che, ai fini di una più efficace azione di contrasto, vengano adottate risposte capaci di rapportarsi alle nuove metodologie delle organizzazioni criminali. In questa prospettiva di condivisione si è cercato di rendere, quanto più possibile, omogeneo il piano di azione degli Stati-membri, mediante l'obbligo convenzionale di incriminare determinate tipologie di attività illecite riconducibili a gruppi criminali internazionali (ed anche la mera partecipazione ad essi, ai sensi dell'art. 5) e la previsione di forme di cooperazione giudiziaria e di polizia per rendere più efficaci gli strumenti investigativi, in un quadro concertato di specifiche procedure di assistenza giudiziaria, estradizione, trasferimento dei giudizi, sequestro e confisca dei proventi di reato.

L'esigenza della previsione di un obbligo d'incriminazione delle fenomenologie delinquenziali in forma organizzata va apprezzata sul rilievo che alla tradizione

giuridica e culturale di alcuni Stati aderenti era estranea l'elaborazione dell'associazionismo criminale, capace di sostanziare autonome configurazioni di reato.

Brevissimi cenni sul concorso esterno nel reato associativo (v. art. 5 lett. a)-ii, punto b della Convenzione)

Il tema è molto rilevante, specie con riguardo alla *vexata quaestio* della assunta (in)determinatezza della fattispecie di concorso “esterno” in associazione per delinquere.

Il tema delle “attività di sostegno consapevole” ad un gruppo criminale organizzato era ben presente sul tavolo dei negoziati della Convenzione di Palermo, e lo era soprattutto tra i delegati dei Paesi di *common law* nei quali la differenza tra concorso di persone e partecipazione ad un gruppo criminale è molto più sfumata.

Il tema non è mai stato particolarmente esplorato dalla dottrina, ma se consideriamo che la Convenzione è stata recepita *in toto* nel nostro ordinamento attraverso la ratifica, e se consideriamo per altro verso che gli Stati Parte si sono impegnati ad incriminare le fattispecie definite dalla Convenzione attraverso “**misure legislative o altre misure**”, si può forse arrivare a concludere che il consolidato orientamento della Corte di Cassazione sulla configurabilità del “concorso esterno” è sufficiente a dare attuazione alla previsione convenzionale, e che nel nostro ordinamento non sia affatto necessario un intervento normativo a tal riguardo.

*1. Each State Party shall adopt **such legislative and other measures** as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:*

(a) Either or both of the following as criminal offences distinct from those involving the attempt or completion of the criminal activity:

(i) Agreeing with one or more other persons to commit a serious crime for a purpose relating directly or indirectly to the obtaining of a financial or other material benefit and, where required by domestic law, involving an act undertaken by one of the participants in furtherance of the agreement or involving an organized criminal group;

(ii) Conduct by a person who, with knowledge of either the aim and general criminal activity of an organized criminal group or its intention to commit the crimes in question, takes an active part in:

a. Criminal activities of the organized criminal group;

b. Other activities of the organized criminal group in the knowledge that his or her participation will contribute to the achievement of the above-described criminal aim;

(b) Organizing, directing, aiding, abetting, facilitating or counselling the commission of serious crime involving an organized criminal group.

Modernità dell'UNTOC. Disposizioni della legge di ratifica e corrispondenti disposizioni convenzionali. Principali strumenti processuali offerti dalla convenzione e loro corrispondenza con il livello di integrazione europeo.

- 1) sequestro e confisca per equivalente (art. 12 UNTOC) e inversione dell'onere della prova (art. 12 comma 7 UNTOC);
- 2) estensibilità della giurisdizione nazionale, con una tendenziale “universalizzazione” dei reati transnazionali (art. 15);
- 3) squadre investigative comuni (v. Art. 19 UNTOC; cfr. D.Lvo 34 del 15 febbraio 2016 - attua decisione quadro 2002/465 UE);
- 4) tecniche investigative speciali (consegne controllate, sorveglianza elettronica e operazioni sotto copertura - art. 20 UNTOC) cfr. disciplina delle operazioni sotto copertura ex art. 9 L. 146/2006;
- 5) trasferimento di procedimenti penali (art. 21 Untoc);
- 6) assistenza giudiziaria in generale (v. art. 18 lett. a-c-d- UNTOC; cfr. D.Lvo 52/2017, ratifica della Convenzione di Bruxelles del 2000);
- 7) blocco dei beni e sequestro probatorio, addirittura con possibilità di mutuo riconoscimento dell'ordine sequestro e confisca (v. Art. 13 comma 1 lett. b UNTOC; cfr. D.Lvo n. 35 del 15 febbraio 2016, che attua decisione quadro 2003/577 UE);

Temi particolari.

1) Legge applicabile agli atti di indagine compiuti (ius fori/ius loci):

- **UNTOC (art. 18 comma 17):** *“La richiesta viene eseguita conformemente al diritto interno dello Stato Parte richiesto e, nella misura in cui non è contraria al diritto interno dello Stato Parte richiesto e laddove possibile, conformemente alle procedure specificate nella richiesta”.*

- **Squadre investigative comuni** (D.Lgs 34/2016, art. 6): *“1. La squadra investigativa comune opera sul territorio dello Stato in conformita' alla legge italiana. [.....] 3. Nei casi previsti dal presente decreto, gli atti compiuti all'estero dalla squadra investigativa comune hanno la stessa efficacia degli atti corrispondenti compiuti secondo le disposizioni del codice di procedura penale e sono utilizzabili secondo la legge italiana”.*

- **Ordine europeo di indagine penale** (D. Lvo 108/2017, art. 4 comma 2, attua Direttiva UE 2014/41): *“All'esecuzione si provvede entro i successivi novanta giorni, osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato”.*

- **Cooperazione giudiziaria “ordinaria” in applicazione della Convenzione di Bruxelles del 2000** (D.Lgs 52/2017, art. 8 commi 4-5): *“4. Per l'esecuzione si osservano le forme espressamente indicate dall'autorita' richiedente, sempre che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato. 5. Quando l'atto oggetto della richiesta di assistenza non puo' essere compiuto alle condizioni ivi indicate perche' contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano il procuratore della Repubblica ne informa prontamente l'autorita' richiedente, indicando le condizioni alle quali la richiesta puo' essere accolta”.*

- **Procura Europea** (Reg. UE 1939/2017 art. 31): *“I procuratori europei delegati agiscono in stretta cooperazione fornendosi reciproca assistenza e consultandosi*

regolarmente nei casi transfrontalieri. Qualora una misura debba essere intrapresa in uno Stato membro diverso da quello del procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo decide in merito all'adozione della misura necessaria e la assegna a un procuratore europeo delegato avente sede nello Stato membro in cui la misura in questione deve essere eseguita". In mancanza di una legge processuale comune, il regolamento cerca un difficile equilibrio tra *lex fori* e *lex loci*, tendendo a privilegiare la prima (anche per ragioni di utilizzabilità) ma senza pregiudicare il diverso livello di garanzie che può essere previsto nelle legislazioni nazionali. La soluzione del regolamento è certamente più avanzata di ogni strumento di cooperazione fino ad oggi in uso, anche dell'ordine investigativo europeo, perché utilizza un linguaggio che lascia intendere davvero l'unità dell'ufficio al di là delle barriere geografiche.

2) Deroghe alla clausola di doppia incriminazione:

- UNTOC (art. 18 comma 9: deroghe su base solo volontaria): *“gli Stati Parte possono rifiutare di fornire l'assistenza giudiziaria reciproca prevista dal presente articolo in base all'assenza della doppia incriminazione. Tuttavia, lo Stato Parte richiesto può, se lo ritiene opportuno, fornire assistenza, nella misura che esso decide in via discrezionale, a prescindere dal fatto che la condotta costituisca un reato secondo la legge dello Stato Parte richiesto”.*

- Ordine europeo di indagine penale (D.Lgs 108/2017, artt. 10-11):

Art. 10 “non si provvede al riconoscimento e all'esecuzione dell'ordine di indagine ove: [...]

f) il fatto per il quale è stato emesso l'ordine di indagine non è punito dalla legge italiana come reato, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualificazione giuridica individuati dalla legge dello Stato di emissione, salvo quanto disposto dagli articoli 9, comma 5, e 11.

Art. 11: Il motivo di rifiuto di cui all'articolo 10, comma 1, lettera f), non rileva per le seguenti categorie di reati, come indicati dall'autorità di emissione nell'ordine di indagine, qualora il fatto sia punibile nello Stato di emissione con una pena non inferiore nel massimo a tre anni o con una misura di sicurezza detentiva:

a) partecipazione a un'associazione per delinquere;

b) terrorismo;

c) tratta di esseri umani;

d) sfruttamento sessuale di minori e pornografia infantile;

e) traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope;

f) traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi;

g) corruzione;

h) frode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della Convenzione del 26 luglio 1995, relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;

i) riciclaggio;

l) falsificazione e contraffazione di monete;

m) criminalità informatica;

n) criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette;

o) favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali di cittadini non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea;

Sessione 3: Il contrasto penale al traffico dei migranti: quali strumenti di indagine, quale giurisdizione?

- p) omicidio volontario, lesioni personali gravi;*
- q) traffico illecito di organi e tessuti umani;*
- r) sequestro di persona;*
- s) razzismo e xenofobia;*
- t) rapina commessa da un gruppo organizzato o con l'uso di armi;*
- u) traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte;*
- v) truffa;*
- z) estorsione;*
- aa) contraffazione e pirateria in materia di marchi e prodotti;*
- bb) falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti alterati e contraffatti;*
- cc) falsificazione di mezzi di pagamento;*
- dd) traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita;*
- ee) traffico illecito di materie nucleari e radioattive;*
- ff) ricettazione, riciclaggio e reimpiego di veicoli oggetto di furto;*
- gg) violenza sessuale;*
- hh) incendio;*
- ii) reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale;*
- ll) dirottamento di nave o aeromobile;*
- mm) sabotaggio.*

Altri temi oggetto di discussione in seno alle Nazioni Unite.

Va senz'altro tenuta ben presente la differenza tra i diversi livelli di integrazione normativa ONU e Unione Europea (esperienza UE unica nel panorama mondiale). Deve però sottolinearsi, allo stesso tempo, il **valore aggiunto delle decisioni e degli impegni internazionali** presi in seno alle Nazioni Unite, l'unico foro in grado di assicurare l'universalità di tali decisioni e la possibilità di pretenderne l'osservanza da parte di tutti i Paesi del mondo.

Assistenza tecnica ai Paesi in via di sviluppo e collegamenti con lo sviluppo sostenibile. Ruolo essenziale dell'UNTOC nella promozione dei programmi di assistenza tecnica ai Paesi in via di sviluppo (art. 30 UNTOC; riforme legislative, *capacity building and raising awareness*) nel contrasto al crimine organizzato.

Si è già detto che la Convenzione UNTOC è **uno strumento flessibile e duttile**, idoneo a "coprire" i più svariati fenomeni di illegalità. A questo proposito, vorrei segnalare i risultati ottenuti dal nostro Paese, sul piano negoziale, con le risoluzioni su traffico di migranti (Ris. n. 2014/23 ECOSOC) e traffico di beni culturali (Ris. n. 69/196 GA - International Guidelines) adottate negli ultimi anni.

Ma da diverso tempo ed a cicli alterni, la comunità internazionale discute se e come far rientrare nella sfera di applicazione dell'UNTOC i cd. "*new and emerging form of crimes*", come i reati ambientali (tra cui il traffico di specie protette, il bracconaggio ed il traffico di rifiuti), il traffico di beni culturali, la contraffazione, il traffico di

metalli preziosi, il traffico di organi, la pirateria. Di recente si è avviata la discussione intorno alla possibilità di sfruttare gli strumenti di cooperazione giudiziaria UNTOC anche nel contrasto al terrorismo internazionale, nonché nel contrasto ai reati fiscali e societari di dimensione transnazionale (iniziativa italiana, ma siamo all'inizio di un percorso che non sarà semplice).

Si tratta di temi variegati e spesso delicati sul piano politico, perché coinvolgono differenti sensibilità, culture e tradizioni storiche talvolta molto distanti tra loro. Avendo, tra l'altro, grosse ripercussioni sugli assetti economici di intere regioni.

Meccanismo di revisione (art. 32 comma 3 lett. d) della Convenzione) - confronto con meccanismo di revisione UNCAC. Stato dei negoziati per l'adozione del meccanismo di revisione della Convenzione e dei Protocolli. La posizione dell'Italia.

Secondo quanto previsto dall'art. 32 della Convenzione, la Conferenza degli Stati Parte deve adottare, tra gli altri, un meccanismo per la revisione periodica della implementazione della Convenzione.

Si tratta di una disposizione analoga a quella contenuta in altri strumenti multilaterali (per esempio l'UNCAC o la Convenzione del Consiglio d'Europa contro la corruzione), ma la storia dell'UNTOC è stata sin qui senza successo. I negoziati per addivenire ad un consenso sul meccanismo di revisione sono falliti due volte, nel 2010 e nel 2012, e solo nel 2014 (grazie alla risoluzione 7/1, adottata su iniziativa dell'Italia) il negoziato è ripartito con la creazione di un gruppo di esperti intergovernativo deputato ad individuare una soluzione praticabile e consensuale. Nel 2016 (risoluzione 8/2, iniziativa congiunta Italia-Francia), invece sono stati definiti l'architettura complessiva del meccanismo (che sarà un esercizio di *peer review* tra gli Stati, che si svolgerà all'interno dei gruppi di lavoro intergovernativi già esistenti e sotto l'egida della Conferenza degli Stati Parte), le aree tematiche in cui raggruppare le diverse disposizioni della Convenzione (criminalizzazione e giurisdizione-prevenzione, assistenza tecnica e misure di protezione – sistema giudiziario e forze di polizia - cooperazione internazionale, assistenza giudiziaria e confisca) e un cronoprogramma della revisione.

E' stato altresì previsto che ogni gruppo di lavoro elabori il questionario di autovalutazione (*self-assessment checklist*) che costituirà la base dell'esercizio di *peer review*.

Il Gruppo di lavoro sullo Smuggling ha quasi completato i suoi lavori sul punto (rimangono riserve di Giappone e Stati Uniti¹ su alcune delle domande che faranno parte del questionario), e alla prossima riunione (4-5 luglio) speriamo di poter definire questo aspetto con il consenso di tutti gli Stati.

¹ In materia di tecniche speciali di indagine, di trattenimento di minori nei centri di detenzione ed espulsione, vulnerabilità dei migranti, disponibilità di misure di protezione personali dei migranti trafficati;

E' stata stabilita altresì la creazione di un gruppo di lavoro ad hoc, che ha il compito di elaborare le regole di procedura specifiche per il funzionamento del meccanismo di revisione.

Questo gruppo di lavoro si è riunito da ultimo a marzo 2018, e purtroppo si ha l'impressione della mancanza di volontà politica, da parte di alcuni Stati, di far partire il meccanismo di revisione, che nei nostri piani dovrebbe essere approvato ad Ottobre alla prossima Conferenza degli Stati Parte.

Restano ancora irrisolti, infatti, i nodi riguardanti il finanziamento ed costi i dell'esercizio (bilancio ordinario o contributi volontari?), nonché quello del livello di partecipazione della società civile all'esercizio (processo aperto o esercizio ristretto e riservato?).

La posizione dell'Italia, ormai da anni, è di assoluto favore per l'adozione del meccanismo di monitoraggio dello stato di implementazione della Convenzione.

Queste le ragioni principali:

- 1) Esso fornisce una valutazione dello stato di attuazione di uno strumento giuridico In tutti gli Stati parti: è l'unico modo per identificare eventuali lacune nella nostra legislazione nazionale. Quindi permette agli Stati Parte di approntare le misure più adeguate (normative, ma anche organizzative), e li possono stimolare sulla base del loro impegno in qualità di Parti di uno strumento giuridicamente vincolanti;
- 2) Si tratta dell'unico strumento "scientifico" disponibile per identificare il fabbisogno di assistenza tecnica che i Paesi in via di sviluppo possono avere. Il meccanismo di revisione aiuterà quindi sia i donatori che le agenzie delle Nazioni Unite a dirigere i loro sforzi nella giusta direzione;
- 3) esso genera un patrimonio di informazioni ragionate ed organizzate su tutti gli aspetti regolati dalla Convenzione e dai Protocolli, su cui possono ragionevolmente fondarsi le successive iniziative, soprattutto politiche, tese al miglioramento della cooperazione internazionale tra i Paesi.

Alcuni esempi pratici (tratti dalla mia esperienza personale, non essendovi appunto informazioni complete al riguardo):

- L'impiego di squadre investigative comuni in Italia (che, va detto pure, sono stati regolati nel nostro paese con diversi anni di ritardo);
- L'uso delle perquisizioni domiciliari in tempo di notte per i reati definiti "gravi";
- La compiuta ed esatta criminalizzazione del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (tuttora mancante in diversi Stati che pure hanno ratificato il Protocollo Smuggling);
- La necessità di consentire alle autorità giudiziarie un più facile accesso a conti bancari e rapporti bancari a fini di indagine (in diversi Paesi, tuttora, le indagini bancarie possono essere impiegate solo ove si proceda per un delitto con pena superiore a quattro anni di reclusione – il che rende questo strumento inutilizzabile per molti delitti-spia per cui normalmente si procede all'inizio delle indagini su comportamenti criminali complessi come il crimine organizzato);
- Il funzionamento della clausola di "doppia incriminazione" per quanto riguarda l'estradizione e il trasferimento dei procedimenti penali. Come sapete, questi sono due strumenti fondamentali in materia di assistenza giudiziaria, che in ambito extraeuropeo possono funzionare quando il requisito della doppia punibilità sia soddisfatto;

Si tratta di fattori che coinvolgono aspetti a volte fondamentali degli ordinamenti giuridici degli Stati, a volte persino àmbiti che si ricollegano alla loro stessa sovranità, ma che al tempo stesso svolgono un ruolo non secondario nel concreto dispiegarsi degli strumenti di cooperazione. Per questo il processo negoziale potrà essere ancora lungo, impegnativo e tortuoso, e forse gli esiti finali non risponderanno pienamente alle nostre aspettative. Forse ci dovremo accontentare di quel che altri Paesi sono disposti a concedere e ad accettare un compromesso, come sempre accade nei processi multilaterali.