



STATI GENERALI DELLA LOTTA ALLE MAFIE

TAVOLO XV – “MAFIE E EUROPA”

a cura di Anna Maria Maugeri ^(*)

^(*) Contributo realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo – Piano per la Ricerca 2016/18 (Università di Catania).



INDICE

Premessa.....	5
Attività svolte.....	7
Indice degli esperti.....	9

PARTE I

STATI GENERALI DELLA LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: MAFIE ED EUROPA

A.M. MAUGERI, <i>Relazione Tavolo XV 'Mafie e Europa'</i>	11
<i>Proposte di parte generale</i>	45
<i>Proposte di parte speciale</i>	92

PARTE II

TAVOLA DEI MATERIALI

SEZIONE I

a) contributi degli esperti

C. FERRARA – G. SPEDALE, <i>Spunti in materia di cooperazione giudiziaria</i>	117
I. PATRONE, <i>Alcune riflessioni in materia di cooperazione giudiziaria</i>	124
T. AGUADO CORREA, <i>Lucha contra la delincuencia organizada en España</i>	126
G. VARRASO, <i>Ordine europeo di indagine penale e squadre investigative comuni</i>	181
R. FLOR, L. LUPARIA, <i>Criminalità organizzata e criminalità informatica ("cyber-organized crime")</i>	202
R. PARIZOT, <i>Organisation criminelle versus association de malfaiteurs et associazione per delinquere: quel socle à la lutte contre la criminalité organisée en France et en Italie ?</i>	263
D. TROVATO, <i>A U.K. perspective: judicial cooperation in cases concerning italian preventive measures of confiscation</i>	276



SEZIONE II
b) le audizioni

A. BALSAMO – N. SELVAGGI	285
L. SALAZAR.....	303
L. DE MATTEIS.....	314
M. PRESTIPINO.....	326
C. PACI.....	341
F. SPIEZIA.....	351
E. CIERI.....	370
S. CASTELLANI	377
R. ALFONSO.....	387
S. MENICHELLI – D. MANCINI.....	397
C. ZUCCARO – A. FANARA – T. LAUDANI.....	416



PREMESSA

Con la presente pubblicazione intendiamo condividere i lavori del Tavolo XV Mafie e Europa degli Stati Generali della lotta alle Mafie che si sono svolti tra la fine del 2016 (*Decreto istitutivo 20 settembre 2016*) e il 2017, con pubblicazione finale sul sito del Ministero delle relazioni conclusive a gennaio del 2018.

I componenti designati del Tavolo erano la dott.ssa Sonia Alfano (già Presidente della Commissione speciale antimafia del Parlamento Europeo), il dott.re Salvatore Calleri (Presidente Associazione Antonino Caponnetto), i Prof.ri Silvia Allegrezza (Università di Luxembourg), Alessandro Bernardi (Università di Ferrara), Valeria Fronza (Università di Bologna), Rosaria Sicurella (Università di Catania), Gianluca Varraso (Università Cattolica di Milano), dott.re Vincenzo Tigano (Università di Catanzaro); componenti della segreteria tecnica con funzioni di supporto la dott.ssa Paola Miglietta (Gabinetto del Ministro) e il dott.re Franco Berti (Gabinetto del Ministro), che ringrazio per il generoso contributo allo svolgimento dei lavori, nonché il dott.re Mauro Di Giacomo che ha fornito una preziosa assistenza tecnologica.

L'idea della pubblicazione nasce dalla considerazione che sarebbe stato uno spreco disperdere o, comunque, non attribuire un'autonoma valenza, attraverso la pubblicazione, alle numerose audizioni svolte con rappresentanti delle istituzioni ed esperti della materia, nonché agli apporti, non già pubblicati, che alcuni generosi colleghi italiani e stranieri hanno fornito per contribuire ai lavori del Tavolo. Fermo restando che i lavori sono stati piuttosto caotici perché interrotti sul nascere dalla caduta del governo della XVII legislatura, in seguito all'esito del referendum costituzionale, e poi sono ripresi con tempi ristrettissimi (due mesi) per la consegna (anche se poi qualche piccola deroga è stata concessa); ciò ha costretto a rinunciare al contributo di alcuni colleghi, anche tra gli originali componenti del Tavolo, che non hanno potuto garantire la loro collaborazione con tempi così ristretti.

La relazione conclusiva e i contributi pubblicati sono stati aggiornati; per la parte di mia stretta competenza – nella quale non riporto contributi di altri componenti o esperti –, nella relazione conclusiva rinvio per approfondimenti a mie recenti pubblicazioni, piuttosto che alle relazioni che avevo fornito nell'ambito dei lavori.

Infine, consta rilevare che alcuni contributi, pur preziosi per la stesura della Relazione conclusiva e ivi regolarmente citati, non sono stati inseriti tra i materiali all'interno del presente lavoro in quanto assorbiti nel loro contenuto dalla Relazione stessa.

Per concludere vorrei sottolineare l'importanza dei lavori degli Stati Generali della Lotta alle Mafie che hanno rappresentato un momento di riflessione corale e interdisciplinare sul grave e complesso fenomeno in esame, nonché esprimere un *sentito ringraziamento a tutti coloro che hanno contribuito ai lavori del Tavolo XV*.

Prof.ssa Anna Maria Maugeri
Coordinatrice del Tavolo XV – Mafie e Europa

ATTIVITÀ SVOLTE

Nell'ambito dei lavori del Tavolo si sono svolte delle riunioni telematiche con i componenti del tavolo e ripetute consultazioni telefoniche tra i componenti e il coordinatore.

Tra i componenti designati del tavolo la Prof. Fronza ha manifestato immediatamente la sua impossibilità a collaborare in considerazione dei tempi ristretti; il prof. Bernardi ha rimesso il mandato in corso d'opera per l'impossibilità di far fronte all'impegno e la Prof. Allegrezza, dopo aver partecipato attivamente alle riunioni telematiche, non ha potuto fornire uno specifico contributo scritto a causa di sopravvenuti problemi.

Tutti i rimanenti componenti hanno collaborato con l'invio di contributi scritti, inseriti tra i materiali dei componenti del Tavolo XV. La Prof. Sicurella si è occupata della legislazione europea in materia di crimine organizzato; il Prof. Varraso (al quale si deve un particolare ringraziamento per la disponibilità e l'apporto tecnico fornito) della legislazione in materia di squadre investigative comuni e ordine europeo di indagine; la dott.ssa Alfano ha fornito un contributo sui lavori della Commissione parlamentare antimafia europea; il Dott. Tigano si è occupato della legislazione in materia di traffico di organi come reato scopo, nonché in più fasi della revisione formale dei lavori. La Prof. Maugeri – oltre a svolgere il lavoro di coordinamento e coinvolgimento di tutti i componenti interni ed esterni del Tavolo, le audizioni con gli esperti e i magistrati (in particolare pubblici ministeri), la stesura della relazione – ha fornito specifici contributi sulla disciplina europea in materia di confisca e il suo recepimento anche nel panorama comparato, nonché sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia.

Il coordinatore ha svolto un intenso di lavoro di coinvolgimento di esperti esterni, anche se molti colleghi non hanno aderito all'invito a causa dei tempi strettissimi di lavoro. In ogni caso hanno fornito il loro contributo il Dott.re Gaetano De Amicis con le sue pubblicazioni in materia di cooperazione giudiziaria; il Dott. Roberto Flor (Università di Verona), in collaborazione con il prof. Luparia (Un. di Milano), in materia di strumenti di investigazione informatica; il prof. Fabrizio Siracusano (Un. di Catania) sulla prova dichiarativa alla luce della legislazione europea; la Prof.ssa Paola Maggio (Un. di Palermo) sul doppio binario processuale e i diritti della difesa nel settore della lotta al crimine organizzato; il prof. Gianluigi Gatta (Univ. Di Milano) in materia del reato di clandestinità e i rapporti con il crimine organizzato; l'avvocato Nicodemi in materia di tratta, insieme al Dott. Mancini (procura dell'Acquila) che ha inviato un contributo in materia di caporalato; la dott. Valeria Scalia (Univ. Di Catania) in materia di corruzione.

Anche dei colleghi stranieri sono stati coinvolti, nonché un procuratore inglese il Dott. David Trovato, che ha inviato un elaborato sulla possibilità di applicazione di un provvedimento di confisca, misura di prevenzione nell'ordinamento britannico alla luce del POCA 2002 e della normativa europea. La Prof.ssa Teresa Aguado (Università di Siviglia) ha inviato due contributi sulla normativa spagnola in materia di crimine organizzato e confisca, in recepimento della Direttiva 42/2014; il prof. Colin King



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

(Università del Sussex) sui medesimi argomenti nel sistema irlandese e ha inviato dei link sulla normativa inglese in materia; la Prof. Raphaële Parizot sulla fattispecie di “*association de malfaiteur*” nell’ordinamento francese.

Sono state svolte bene 16 audizioni di presenza o in via telematica con magistrati esperti nel settore della lotta al crimine organizzato e della cooperazione giudiziaria: con il Dott. Eugenio Selvaggi¹ (che ricordo commossa per l’incredibile entusiasmo e generosità con cui ha fornito il suo esperto e lungimirante contributo) e con il Dott. Balsamo (già Sostituto Procuratore Generale della Corte di Cassazione, prima procura di Palermo e di Caltanissetta, attualmente Consigliere giuridico della Rappresentanza italiana Permanente nella sede dell’Onu a Vienna, esperto in materia di lotta al crimine organizzato e normativa europea); il Dott. Salazar (nella doppia veste di eminente esperto in materia di cooperazione giudiziaria² e di Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Napoli e Punto di contatto della Rete Giudiziaria Europea in materia penale e Corrispondente nazionale per Eurojust); il Dott. Spiezia (Vice Presidente di Eurojust, e responsabile Desk italiano); il Dott. Roberto Alfonso (procura generale di Milano; da ultimo ricordiamo che la procura di Milano ha concluso un protocollo di collaborazione con Eurojust); il Dott. Paci (procuratore aggiunto di Reggio Calabria); il Dott. Prestipino (procuratore aggiunto a Roma); il Dott. Cieri (procuratore aggiunto a Bologna); il Dott. Gatti (sostituto procuratore a Bari); il dott. Zuccaro (procuratore di Catania), insieme al Dott. Fanara (sostituto procuratore) e alla dott.ssa Tiziana Laudani (sostituto procuratore); con la dott.ssa Carmen Giuffrida (Corte di appello di Catania) la quale ha riferito sulle problematiche dell’accoglienza delle richieste di cooperazione e di applicazione del MAE. In via telematica con i Dott.ri: Luca De Matteis (sezione Cooperazione Giudiziaria Penale presso la Rappresentanza permanente italiana UE); Ignazio Patrone (esperto in materia³ e attualmente magistrato di collegamento Italia-Francia); Sandro Menichelli (Consigliere per HDG, TWP, LEWP, Schengen, Frontiere, COSI, CATS presso la Rappresentanza Permanente d’Italia UE, già membro supplente del Consiglio di amministrazione di Frontex); Stefano Castellani (procura di Torino); Mancini (procura dell’Aquila – in particolare sull’esperienza nella

¹ Già Direttore dell’Ufficio Estradizione e Rogatorie Internazionali e presidente del Comitato di cooperazione giudiziaria del Consiglio d’Europa; presidente del Comitato per i problemi criminali del Consiglio d’Europa.

² Già Presidente del Gruppo Multidisciplinare contro la Corruzione (GMC) del Consiglio d’Europa; Esperto per la cooperazione giudiziaria (penale e civile), alla Rappresentanza Permanente d’Italia presso l’Unione europea (Bruxelles); Membro del Gabinetto del Vice Presidente della Commissione europea, Franco Frattini; Direttore dell’Ufficio I (Affari Legislativi, Internazionali, Grazie e Monitoraggio) della Direzione generale della Giustizia penale del Ministero della Giustizia (in tale veste Vice Presidente del *Working Group on Bribery* dell’OCSE, Presidente del Comitato Europeo dei Problemi Criminali (CDPC) del Consiglio d’Europa, Coordinatore per la Giustizia penale della Presidenza italiana del Consiglio dell’Unione europea e presiede anche a Bruxelles il Gruppo di lavoro del Consiglio in materia di coordinamento penale e di negoziato sulla proposta di regolamento sulla Procura europea).

³ *Secretary General of the Network of Public Prosecutors at the Supreme Judicial Courts of the European Union or equivalent Institutions*; punto di contatto italiano del *Consultative Forum of Prosecutors General and Directors of Public Prosecutions of the Member States of the European Union*; componente del Gruppo di esperti sulla politica penale dell’Unione europea della Commissione europea.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

lotta alla tratta e relativa cooperazione giudiziaria, anche con paesi terzi). I Dott.ri Calogero Ferrara e Gaspare Spedale (Procura di Palermo) hanno collaborato, fornendo un interessantissimo contributo scritto in materia di cooperazione giudiziaria.

Per le trascrizioni delle audizioni si sono generosamente impegnate le Dott.sse Martina Costa – Un. Catania (Castellani e De Matteis); Francesca Ferlito – Un. Catania (Prestipino e Gatti); Paola Miglietta – Ministero (Salazar e Paci); Chiara Mignemi – dottoranda Un. Trento (Selvaggi – Balsamo); Antonietta Mistretta – Un. Catania (Spiezia); Amalia Orsina, assegnista Un. Catania (Zuccaro, Fanara, Laudani); Giulia Zappalà – Un. Catania (Menichelli e Mancini); i Dott.ri Alfio Grasso – dottorando Un. Catania (Alfonso); Ignazio Spataro – dottorando Un. Catania (Patrone); Tigano (Cieri), assegnista Università di Catanzaro.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

INDICE DEI COMPONENTI EFFETTIVI DEL TAVOLO

Sonia Alfano, già *Presidente della Commissione speciale antimafia del Parlamento Europeo*

Silvia Allegrezza, *Professore associato, Università di Luxembourg*

Salvatore Calleri, *Presidente dell'Associazione Antonino Caponnetto*

Rosaria Sicurella, *Professore ordinario, Università di Catania.*

Gianluca Varraso, *Professore ordinario, Università Cattolica di Milano.*

Vincenzo Tigano, *Assegnista, Università di Catanzaro*

Anna Maria Maugeri, *Professore ordinario, Università di Catania, coordinatore.*

Segreteria tecnica

Paola Miglietta, *Gabinetto del Ministro*

Franco Berti, *Gabinetto del Ministro*

Mauro Di Giacomo, *Gabinetto del Ministro*



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

INDICE DEGLI ESPERTI

- Aguado Correa Teresa., *prof. Titular de Derecho Penal, Universidad de Sevilla.*
Alfonso Roberto, *Procura Generale di Milano.*
Balsamo Antonio, *Sostituto Procuratore Generale della Corte di Cassazione, già Procura di Palermo e di Caltanissetta, esperto in materia di lotta al crimine organizzato e normativa europea.*
Castellani Stefano, *Procura di Torino.*
Cieri Enrico, *Procuratore aggiunto di Bologna.*
De Amicis Gaetano, *Giudice Corte di Cassazione.*
De Matteis Luca, *Sezione Cooperazione Giudiziaria Penale presso la Rappresentanza permanente italiana UE.*
Fanara Antonino, *Sostituto procuratore di Catania.*
Ferrara Calogero, *Sostituto Procuratore di Palermo.*
Laudani Tiziana, *Sostituto Procuratore di Catania.*
Mancini David, *Procura dell'Aquila – in particolare, sull'esperienza nella lotta alla tratta e relativa cooperazione giudiziaria, anche con paesi terzi.*
Menichelli Sandro, *Consigliere per HDG, TWP, LEWP, Schengen, Frontiere, COSI, CATS presso la Rappresentanza Permanente d'Italia UE, già membro supplente del Consiglio di amministrazione di Frontex.*
Paci Calogero, *Procuratore aggiunto di Reggio Calabria.*
Parizot Raphaële, *à l'Université Paris Nanterre, Centre de droit pénal et de criminologie.*
Patrone Ignazio, *magistrato italiano di collegamento in Francia.*
Prestipino Michele, *Procuratore aggiunto di Roma.*
Salazar Lorenzo, *esperto in materia di cooperazione giudiziaria e inviato della Procura Generale di Napoli.*
Selvaggi Eugenio, *magistrato, per la sua esperienza in materia di cooperazione giudiziaria.*
Spedale Gaspare, *Sostituto Procuratore di Palermo.*
Spiezia Filippo, *Responsabile Desk italiano di Eurojust.*
Trovato David, *Barrister; Specialist Prosecutor and Crown Advocate at the Crown Prosecution Service, London, UK.*
Zuccaro Carmelo, *Procuratore di Catania.*



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

PARTE I

STATI GENERALI DELLA LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: MAFIE ED EUROPA

MAFIE E EUROPA (*)

di Anna Maria Maugeri

1. Premessa.

La cooperazione giudiziaria in materia penale dovrebbe rappresentare la priorità strategica in una lungimirante politica europea ed italiana nella lotta al crimine organizzato e, invece, non sembra essere in questo momento la priorità a livello europeo, mentre a livello interno i ritardi nel recepimento della normativa europea stanno dando vita a dei veri e propri cortocircuiti normativi (ad esempio tra normativa OEIP e normativa di recepimento della Convenzione di Bruxelles del 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale) che renderanno particolarmente complessa l'opera dell'interprete, fermo restando l'encomiabile lavoro svolto in questa legislatura nel corso della quale sono stati introdotti ben 16 decreti legislativi in attuazione della normativa europea. Le audizioni svolte e le relazioni di altri tavoli (Mafia e globalizzazione, Mafia e economia) confermano l'espansione della "mafia" (soprattutto nella forma della 'ndrangheta) in Europa e in altri paesi terzi, nonché la difficoltà della cooperazione giudiziaria quando si tratta di far comprendere alle autorità straniere la realtà dell'associazione mafiosa, che non coincide con quella di crimine organizzato. In considerazione dell'insufficienza della nozione di organizzazione criminale offerta dalla Decisione Quadro 2008/841/GAI emerge, quindi, la necessità che l'Italia, in un momento di mancanza di prospettiva strategica del Consiglio, si faccia promotrice di una nuova iniziativa volta all'introduzione di una direttiva in materia, anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla risoluzione del Parlamento europeo del 2011, dalla relazione CRIM 2013, dalla risoluzione sulla corruzione del Parlamento del 2016; una definizione capace di ricomprendere la nostra fattispecie di associazione di stampo mafioso, liberandola dalle sue origini socio criminologiche, e cioè una associazione che

(*) Il contributo riproduce la relazione conclusiva del Tavolo XV 'Mafie e Europa' (coordinato dalla Prof.ssa Anna Maria Maugeri) redatta in occasione degli *Gli Stati Generali della lotta alle mafie*, 2017.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

svolge attività economico-imprenditoriali o comunque persegue finalità di arricchimento economico ma con metodo illecito, rappresentato dall'alterazione (sistematica) delle regole del mercato con intimidazione e/o corruzione. Un'altra linea di politica giudiziaria già oggi possibile, ma non considerata nella prassi, è quella di sfruttare le potenzialità offerte dalla normativa in materia di associazione di carattere transnazionale, Convenzione UNTOC 2000 recepita in Italia con la legge 146/2006, che potrebbe aprire le strade della cooperazione giudiziaria laddove l'associazione criminale endogena di tipo mafioso abbia ramificazioni transnazionali (perlomeno ai fini della confisca *ex art.* 13 della Convenzione).

Si propone anche, alla luce della risoluzione sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea, adottata dal Parlamento europeo il 25 ottobre 2011, di esaminare «con maggior rigore la questione della criminalizzazione di qualsiasi forma di sostegno alle organizzazioni criminali», ma con espressa tipizzazione legislativa.

Sul fronte della lotta all'illecito arricchimento delle mafie, nonostante i passi avanti fatti in termini di armonizzazione con l'attuazione in 25 paesi della Direttiva 42/2014, si continuano a non valorizzare le potenzialità della decisione quadro 783/2006 in termini di mutuo riconoscimento (tale decisione consente, in base ad una corretta interpretazione, il mutuo riconoscimento anche di provvedimenti di confisca senza condanna, pur senza imporla). La sfida, allora, è rappresentata dal *Regolamento (UE) 2018/1805* appena adottato (14 novembre 2018; la prima proposta è del 21 dicembre 2016, seconda versione 1 dicembre 2017) destinato ad imporre – senza richiedere interventi di recepimento – il mutuo riconoscimento di tutti i provvedimenti di confisca, anche senza condanna, purché pronunciati in un procedimento in materia penale; la versione originale richiedeva un procedimento penale ma ne è stato ampliato l'ambito di applicazione, come propugnato dalla rappresentanza italiana e irlandese (anche se in ogni caso l'Irlanda non partecipa alla sua adozione). Tale Regolamento insieme alla sentenza *De Tommaso* (2017) della Corte Edu, possono rappresentare lo stimolo per un intervento legislativo volto a ricondurre il procedimento di prevenzione patrimoniale alle garanzie della materia penale e in tale direzione dovrebbe indirizzarsi anche l'impegno della giurisprudenza italiana nell'offrire un'interpretazione garantista del d.lgs. n. 159/11, come in parte già avviene. Per il resto a livello europeo l'Italia potrebbe, inoltre, farsi promotrice di uno strumento legislativo in materia di “amministrazione giudiziaria dei beni”, sul modello dell'art. 34 d.lgs. n. 159/11, o di “controllo giudiziario” *ex art.* 34 *bis* d.d.l. n. 2134; si tratterebbe di una strategia di intervento ispirata al rispetto del principio di proporzionalità laddove tale forma di intervento meno invasiva e priva degli effetti definitivi della confisca, possa essere ritenuta sufficiente (rimane la necessità di interventi di coordinamento/armonizzazione circa la gestione dei beni sequestrati).

Di fronte alla deprecabile scelta politica di limitare le competenze e l'autonomia del Pubblico ministero europeo, quale emerge dal Regolamento istitutivo (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 – pur auspicando un futuro allargamento delle competenze e un rafforzamento delle prerogative di tale organo –, si ritiene che una seria volontà politica di cooperazione giudiziaria presuppone, allora, la scelta politica di valorizzare il ruolo di Eurojust quale fondamentale attore della cooperazione. Ciò sia a livello europeo attraverso una piena attuazione delle potenzialità offerte dall'art. 85



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

TFUE, sia a livello interno riconoscendo i poteri giudiziari già previsti dalla decisione quadro 2002 ma ancor di più dall'ancora inattuata Decisione 426/09, nonché incrementando il personale e le possibilità di accesso e di scambio di informazioni; il tutto in collaborazione con Europol, per valorizzare un ruolo propositivo e di coordinamento di tali agenzie. Il ruolo di Eurojust dovrebbe essere potenziato anche nell'attività di monitoraggio dello stato di funzionamento del MAE, per analizzare e superarne le criticità, salva l'opportunità di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per le deviazioni della normativa italiana rispetto alla decisione quadro del 2002 n. 584. Così come il ruolo di Eurojust e di Europol deve essere ottimizzato nella costituzione delle squadre investigative comuni, riformando a tal fine la nostra normativa, d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 di recepimento della decisione quadro 2002/465/GAI; tale strumento rappresenta la piena espressione di una strategia nuova e vincente nella lotta al crimine organizzato – come confermato anche nelle audizioni –, che si realizza con l'attivo coinvolgimento nelle indagini delle autorità giudiziarie dei diversi paesi interessati in una concezione dinamica e non statica della cooperazione, per lo meno laddove possibile.

Il recepimento della direttiva 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale, normativa che necessita di coordinamento con la disciplina dell'EPPO, potrebbe rappresentare lo stimolo per un ulteriore lavoro di armonizzazione in materia a livello europeo per superare le criticità che sorgeranno nella prassi.

Nella relazione del tavolo sono state avanzate proposte legislative puntuali per il migliore recepimento della normativa europea in materia, alla ricerca di un corretto equilibrio tra le istanze dell'efficienza e quelle della garanzia dei diritti fondamentali e dei diritti della difesa (in materia è importante anche la giurisprudenza della Corte Edu), talora trascurati nella riflessione in materia di cooperazione; ma a monte il Tavolo evidenzia la necessità di curare la formazione dei magistrati, che rappresenta il primo e indispensabile presupposto per un'efficace cooperazione che sfrutti le potenzialità offerte dalle multiple reti e dagli strumenti già presenti sul piano europeo e internazionale.

Il Tavolo ha inserito delle proposte di parte speciale in cui, in relazione ad alcuni reati scopo delle organizzazioni criminali, sono state evidenziate criticità e avanzate proposte legislative e *best practices* (tratta, cyber crime, traffico di organi, clandestinità, corruzione, rapporti con il terrorismo).

Tutti i lavori hanno risentito profondamente dei tempi limitati e della mancanza di risorse.

2. L'armonizzazione in materia di criminalità organizzata.

Dalle audizioni svolte è emersa nella prassi l'espansione della "mafia" (soprattutto nella forma della "'ndrangheta", vedi l'audizione di *Paci*) in Europa e in altri paesi terzi (la 'ndrangheta è fortemente radicata in Canada e in Sud America, (Venezuela, Argentina, Columbia, Perù, Brasile e anche nel Messico), nonché la difficoltà della cooperazione giudiziaria quando si tratta di far comprendere alle autorità di altri



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

paesi europei e paesi terzi la realtà dell'associazione mafiosa, che non coincide con quella di crimine organizzato.

In altri paesi europei, Spagna, Francia, Olanda, Germania, Romania le autorità possono anche essere consapevoli della presenza di organizzazioni criminali, in particolare operanti nel settore del traffico internazionale di stupefacenti, fenomeno rispetto al quale non si pone nessun problema di cooperazione (Paci); le autorità investigative e giudiziarie in questi paesi, però, hanno difficoltà a cogliere il sostrato ontologico della "mafia" (o, perlomeno, hanno difficoltà a cooperare in mancanza di corrispondenti fattispecie) e cioè, come precisa il procuratore Prestipino, a comprendere questa sotto-categoria, sussumibile in quella della criminalità organizzata ma che ha delle caratteristiche assolutamente peculiari che la distinguono. Non si tratta solo di un'organizzazione più o meno complessa e strutturata, bensì di una serie di organizzazioni "che si muovono in modo chiaro, esplicito, vocazionale sul terreno dell'illecito, cioè sul terreno criminale"; ma il problema è definire quello che in dottrina è stato definito il genoma, cioè il "metodo mafioso" che caratterizza le mafie: l'avvalersi del metodo mafioso nello svolgimento di attività di per sé lecite, di tipo prettamente economico (attività tipiche delle mafie soprattutto fuori dai territori di insediamento, fermo restando che esse svolgono attività criminali in senso stretto).

Il vero snodo della questione è trovare elementi per definire il '*metodo mafioso*': l'avvalersi della forza di intimidazione che deriva dalla fama criminale, anche quando, ad esempio, la 'ndrangheta si inserisce nel mercato dei fiori ad Amsterdam (anche se gli altri imprenditori denunciano; l'autorità giudiziaria olandese ha cercato di usare la fattispecie di truffa...). Emerge la difficoltà di comprendere il concetto di "*intimidazione ambientale*" (audizione Procuratore Zuccaro) ed ottenere, di conseguenza, la cooperazione laddove manchi l'intimidazione esplicita, quando le altre imprese si fanno da parte senza apparente motivo o sottostanno a condizioni economiche deteriori: tale situazione è sintomatica della spendita del nome dell'associazione (in qualche modo di una sorta di controllo del territorio, imponendo regole non economicamente convenienti in violazione della concorrenza).

Fermo restando che talora emergono difficoltà culturali ad accettare l'incriminazione della stessa fattispecie di associazione a delinquere in mancanza di specifici reati scopo, anche se ormai, come emerge dal Rapporto Militello⁴ e dalla relazione della Commissione del 2016 sullo stato di attuazione della decisione quadro del 2008, in tutti gli ordinamenti europei è prevista una fattispecie di associazione a delinquere, tranne che in Danimarca e in Svezia.

Nella prassi, inoltre, emergono enormi difficoltà concrete di cooperazione legate a diverse regole procedurali circa le tecniche di investigazione e, in particolare, le intercettazioni, i pedinamenti. In tale direzione è interessante quanto evidenziato da Paci: "Da un lato c'è una difficoltà di carattere giuridico che noi "aggiriamo" utilizzando anche altre ipotesi di reato che coltiviamo in sede di indagine come il traffico di

⁴ V. MILITELLO (collaboratori Dr.sa Licia Siracusa, Dr.sa Cristina Ingraio, Dr. Riccardo Omodei), rapporto finale della ricerca "*La rilevanza della nozione di organizzazione criminale nell'Unione europea: percorsi di armonizzazione*", Palermo 2015, accessibile a questo [link](#).



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

stupefacenti, che è un *passepourtout* che consente di aprire ogni porta, o il riciclaggio, come accaduto in una inchiesta sulle agromafie o frodi al bilancio comunitario in agricoltura” (vedi anche audizione *Fanara*); in questo modo si riesce ad ottenere una copertura giuridica sulle attività di indagine richieste. Questo però non garantisce il risultato, ad esempio le intercettazioni di carattere ambientale negli altri paesi europei presentano delle grandi difficoltà, perché la loro legislazione è improntata ad una concezione particolarmente rigorosa della tutela della *privacy*; le ambientali più tradizionali, in macchina o a casa, ad esempio in Olanda ma anche in Germania, un po' meno in Spagna, presentano la difficoltà dovuta al fatto che l'intercettazione non può essere utilizzata, o attuata, o proseguita nel momento in cui i colloquianti non parlano più di questioni che riguardano il reato o le indagini, ma di questioni personali. In quest'ipotesi in Italia è prevista l'inutilizzabilità della parte delle intercettazioni non rilevante, mentre in altri ordinamenti occorre sospendere le attività di intercettazione e riprenderle in un momento in cui, con una presunzione legislativa o giurisprudenziale, è presumibile e ragionevole ritenere che gli interlocutori non parlino più di questioni personali; il risultato, come sottolineato, è che alla fine “queste intercettazioni sono completamente incomprensibili”. “Vi sono altre situazioni che rasentano la trama di un film comico, ad esempio se in una macchina c'è un'intercettazione autorizzata e sale una persona che non è stata preventivamente identificata, quella intercettazione non si può captare perché non si sa chi è l'altra persona, sempre perché per questa legislazione è necessario identificare preventivamente gli interlocutori. Se poi siamo in presenza di un soggetto scaltro che cambia periodicamente le targhe dell'autovettura, qualora l'intercettazione sia stata disposta su una vettura con una certa targa che poi viene cambiata – questo avviene soprattutto in Germania –, bisogna richiedere un nuovo decreto e la precedente intercettazione non si può più proseguire o utilizzare” (Paci, si veda anche Cieri). “Per non parlare poi delle intercettazioni con i *BlackBerry* che sono apparecchi telefonici che per le loro caratteristiche di software e di hardware sono particolarmente impermeabili all'indagine e vengono utilizzati dai narcotrafficienti; sono intercettabili in paesi come il Venezuela, la Columbia, il Perù, l'Argentina, il Brasile e talvolta anche il Messico, mentre non lo sono in Europa perché non c'è la professionalità adeguata anche da parte della polizia giudiziaria per operare su questo tipo di dispositivi. Per quanto riguarda i *troian*, strumento *sub iudice*, solo di recente la Cassazione ne ha permesso l'utilizzabilità con una serie di limiti in quanto si tratta di un mezzo estremamente invasivo, sebbene, quando ben utilizzato, possa essere di grande aiuto per le indagini sul narcotraffico... In molti paesi dell'Europa e dell'America latina la polizia giudiziaria ha anche dei limiti di orario di lavoro per cui è anche capitato che nel pieno delle attività di indagine, gli agenti hanno sospeso il servizio... anche se in quel momento c'è un'esigenza concreta di proseguire. In Olanda la polizia giudiziaria non può procedere a un sequestro di propria iniziativa”.

Legislazione Europea (contributo Sicurella). Come emerge dalla relazione Militello, l'Unione Europea ha sin dagli anni novanta considerato il tema della criminalità organizzata una delle direttrici prioritarie del proprio intervento nel campo della giustizia penale. Nella perdurante mancanza di una diretta competenza penale dell'Unione Europea, essa ha adottato l'idea guida di armonizzare i diversi sistemi



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

giuridici degli Stati membri per contrastare adeguatamente l'azione criminale delle organizzazioni meglio attrezzate a sfruttare a fini illeciti il generale processo di globalizzazione. In proposito, l'intervento dell'Unione Europea si è sviluppato in sinergia con quello adottato in materia dalle Nazioni Unite, sebbene abbia assunto alcuni caratteri propri, tanto rispetto ad una crescente capacità di condizionare le scelte nazionali in materia, quanto per la pluralità di strumenti di armonizzazione messi in campo, anche in relazione alle modifiche istituzionali nel frattempo intervenute nel diritto primario UE.

L'impegno a livello globale è infatti incentrato sulla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (convenzione UNTOC), adottata con la risoluzione dell'Assemblea generale 55/25 del 15 novembre 2000 a Palermo, che è divenuta il principale strumento internazionale nella lotta contro la criminalità organizzata transnazionale: pur ricorrendo ad una fonte tradizionale di cooperazione internazionale, essa rappresenta il primo strumento globale di contrasto in materia, che ha incontrato una adesione massiccia degli stati (ad oggi oltre tre quarti dei membri ONU, ad aprile 2013, la convenzione è stata ratificata da 175 Stati). L'Unione europea (già Comunità europea) ha partecipato ai negoziati sulla convenzione, l'ha firmata e vi ha aderito. Le prime misure, invece, volte a rendere penalmente perseguibili i reati connessi a un'organizzazione criminale sono state adottate nell'Unione europea nel 1998 con l'adozione dell'azione comune 98/733/GAI relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea. Lo strumento, adottato dal Consiglio in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, ha introdotto nel diritto internazionale una definizione di criminalità organizzata. Il 19 gennaio 2005 la Commissione ha presentato una proposta di decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, il cui obiettivo consisteva nel mettere a frutto i risultati dell'azione congiunta 98/733/GAI e della convenzione UNTOC, garantendo una maggiore coerenza nel ravvicinamento delle legislazioni, al fine di affrontare la criminalità organizzata con maggiore efficacia a livello dell'UE. L'esito dei negoziati è stato meno ambizioso rispetto alla proposta iniziale. La Commissione, sostenuta dalla Francia e dall'Italia, ha deciso di formulare una dichiarazione che metteva in discussione il valore aggiunto dello strumento in termini di raggiungimento del livello minimo necessario di ravvicinamento. La decisione quadro 2008/841/GAI del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, contiene l'unica definizione vigente di "organizzazione criminale" a livello europeo. Ad essa deve farsi riferimento quando la normativa derivata: (i) rinvia espressamente alla Decisione Quadro del 2008 o all'Azione Comune 1998; (ii) si riferisce alla nozione di "criminalità organizzata" senza però specificarne la fonte. Lo stesso può dirsi del richiamo fatto dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea all'art. 83.1 co. 2.

Tuttavia, quando la nozione di criminalità organizzata è richiamata in termini generali – ad esempio nella parte programmatica iniziale o tramite ampi riferimenti a situazioni ricollegabili alla criminalità organizzata, più che ad un suo profilo specifico – non sembra che le rispettive interpretazioni debbano essere necessariamente condotte



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

entro i confini della definizione di organizzazione criminale delineata dalla Decisione Quadro del 2008.

L'organizzazione è definita come un "gruppo strutturato" composto da almeno tre membri. Si richiede che esso sia "stabilito da tempo", ossia un periodo sufficiente a ritenere idonea la struttura del gruppo rispetto alla realizzazione del suo programma criminoso. Per un verso, si nega rilevanza al gruppo "casualmente formato per la commissione immediata di un reato"; d'altra parte però si specifica che "non è necessario che il gruppo abbia ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità dei partecipanti o una struttura sviluppata" (art. 1 n. 2 D.Q. 2008).

Si richiede:

- la commissione di reati punibili con una sanzione detentiva massima non inferiore a 4 anni (art. 1 n. 1 DQ);
- e la finalità di ricavare dai reati programmati, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale (art. 1 n. 1 DQ). Si è così eliminato il fine di ottenere profitti materiali o influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità, previsto dalla precedente formulazione dell'Azione Comune (1998). Comunque, nel considerando n. 4 della Decisione Quadro, si afferma la volontà di non "pregiudicare la libertà degli Stati membri di classificare altri gruppi di persone come organizzazioni criminali, per esempio gruppi con una finalità diversa da quella di ottenere un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale".
- L'elemento della violenza/intimidazione quale strumento per il conseguimento del vantaggio finanziario/materiale non appare decisivo. Esso può in via contingente connotare l'agire del gruppo ma non è un elemento essenziale della fattispecie.
- L'organizzazione dovrà agire "in modo concertato". Si richiede la confluenza di una pluralità di apporti individuali rispetto alla realizzazione complessiva del programma criminoso. Il requisito non è solo di tipo oggettivo, ma ha un necessario risvolto soggettivo a livello individuale, in quanto occorre, nel singolo componente del gruppo criminale, una consapevolezza e una volontà di inserirsi con la propria condotta in una realizzazione collettiva. Tale consapevolezza, comunque, va graduata in relazione alle dimensioni e alla composizione del gruppo.
- Le condotte individuali di partecipazione incriminabili sono:
 - la partecipazione "attiva" (la norma esemplifica le attività configurabili come tali) e "intenzionale" (consapevolezza del programma criminoso collettivo integrata da quella relativa all'apporto individuale alla sua realizzazione) all'organizzazione criminale (art. 2 lett. a DQ);
 - l'accordo fra due o più persone per commettere un reato grave, anche senza fatti esteriori penalmente rilevanti (art. 2 lett. b DQ), che può realizzarsi al di fuori di una struttura associativa (*conspiracy*).
 - Anche l'art. 5 della Convenzione ONU di Palermo del 2000 considera reato tanto la partecipazione, quanto la *conspiracy*, figura tipica degli ordinamenti di *common law*.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

La decisione quadro stabilisce, inoltre, il livello massimo di pena detentiva (art. 3 co. 1 lett. a e b DQ); l'istituto della collaborazione (Art. 4 DQ); la responsabilità delle persone giuridiche (Art. 56 DQ).

(Contributo *Balsamo*) L'approccio "minimalista" della decisione quadro, sicuramente mosso dalla considerazione delle differenti tradizioni normative in materia di reato associativo presenti negli Stati membri, ha formato oggetto di incisive critiche da parte della dottrina. Si è segnalato, anzitutto, come la suddetta definizione contenga una descrizione estremamente limitata delle caratteristiche tipiche della criminalità organizzata, anche sotto il profilo del *modus operandi* (mancando ogni riferimento ad elementi come l'intimidazione e la violenza, ed essendo indicato in termini molto sfuggenti il requisito della potenziale durata del gruppo). Di conseguenza la definizione *de qua* rischia di entrare in tensione con i principi di legalità e di proporzionalità, assume una ridotta capacità selettiva rispetto alle diverse conformazioni criminali organizzate, è suscettibile di riferirsi a gruppi che non costituiscono una minaccia significativa per i beni giuridici penalmente tutelati, e presenta una "estremità inferiore" assai vicina alla figura del concorso di persone. Ulteriori problemi sono generati dalla scelta di procedere ad una selezione solo "quantitativa" dei "reati scopo" dell'organizzazione criminale, senza tenere conto delle notevoli differenze riscontrabili tra le politiche sanzionatorie dei diversi Stati membri. Tale scelta, infatti, determina un ulteriore ampliamento del campo di applicazione del concetto di organizzazione criminale. Un'alternativa avrebbe potuto essere rappresentata dalla previsione di un elenco di reati riconosciuti come tipici della criminalità organizzata.

Come emerge dalla Relazione del luglio del 2016 della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, sullo stato di attuazione della decisione quadro 2008/841/GAI, la maggior parte degli Stati membri ha definito reati autonomi relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale conformemente all'articolo 2, mentre due Stati membri Svezia e Danimarca non hanno adottato una specifica fattispecie. Tutti gli Stati membri che contemplano un reato autonomo prevedono la partecipazione a un'organizzazione criminale (articolo 2, lettera a)), mentre solo alcuni considerano anche il reato di *conspiracy* (articolo 2, lettera b)). Nessuno Stato membro ha scelto di considerare reato solo la *conspiracy* (articolo 2, lettera b)).

Molti Stati membri sono andati oltre i requisiti minimi.

1) Alcuni hanno ampliato la portata delle disposizioni nazionali senza fare riferimento a tutti gli elementi della definizione di criminalità organizzata, ad esempio evitando di introdurre il criterio del perseguimento del vantaggio o la sfera dei reati presupposto. Pertanto, in questi casi il sistema giuridico nazionale si applica a una più ampia gamma di reati, ad esempio anche a quelli che non sono necessariamente commessi per uno specifico vantaggio (o laddove il vantaggio non debba essere dimostrato) o ai casi in cui la sfera dei reati è estesa oltre i reati gravi.

2) Oltre ai reati previsti dall'articolo 2, molti Stati membri prevedono misure che non rientrano assolutamente nella decisione quadro, ad esempio, reati paralleli relativi a tipi specifici di gruppo organizzati, definiti per obiettivo o *modus operandi*.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

3) Un altro esempio di norme nazionali che travalicano la decisione quadro è rappresentato dai livelli base di pene, superiori a quanto previsto dalla decisione quadro e, in alcuni casi, accresciute ulteriormente in base, ad esempio, allo specifico ruolo o comportamento in seno all'organizzazione. È altresì opportuno osservare che le disposizioni facoltative, quali le circostanze attenuanti o le pene per le persone giuridiche, sono state ampiamente recepite.

Vi sono diverse questioni che richiederebbero ulteriori chiarimenti per la corretta attuazione della decisione quadro, riguardanti in particolare l'ambito di applicazione potenzialmente limitato della definizione di organizzazione criminale e il corretto recepimento dell'articolo 5 sulla responsabilità delle persone giuridiche. Dal 1° dicembre 2014 la decisione quadro non è applicabile al Regno Unito, che, in virtù dell'articolo 10, par. 4, del protocollo n. 36 allegato ai trattati, ha esercitato il diritto di scegliere di non aderire a questo strumento giuridico, benché il paese – prima della Brexit –, avesse emanato e notificato alla Commissione una legislazione nazionale in materia (Section 45 del *Serious Crime Act 2015*: “*offence of participating in activities of organised crime group*”). Poiché la decisione quadro è stata adottata prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Danimarca ne è vincolata a norma dell'articolo 2 del protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca.

In materia si registra ancora la necessità di superare la duplice tipologia di incriminazione organizzativa/cospirativa del gruppo criminale, ma il testo finale dei lavori della Commissione speciale del Parlamento europeo sul crimine organizzato, la corruzione e il riciclaggio di denaro istituita nel 2011, nonostante l'esplicito mandato in tale direzione, non è stata capace di esplicitare la esigenza di comporre tale divaricazione, salvo sottolineare la necessità di introdurre una nozione di crimine organizzato capace di ricomprendere l'associazione di stampo mafioso e, come si richiede al punto n. 6 del testo, di valorizzarne la “vocazione imprenditoriale”⁵.

In materia è, inoltre, particolarmente significativa la risoluzione sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea, adottata dal Parlamento europeo il 25 ottobre 2011, che, proprio alla luce dell'insufficienza della decisione quadro del 2008, ha chiesto alla Commissione di presentare «una proposta di direttiva che contenga una definizione di criminalità organizzata più concreta e che individui meglio le caratteristiche essenziali del fenomeno, in particolare focalizzando l'attenzione sulla nozione chiave di organizzazione e altresì tenendo conto dei nuovi tipi di criminalità organizzata» ed identifichi una serie di reati tipici per i quali, indipendentemente dalla pena massima prevista negli ordinamenti degli Stati membri, sia configurabile la fattispecie associativa (punto 7).

In tale risoluzione, approvata con larghissima maggioranza, si condensano interessanti linee guida in materia.

Innanzitutto, si profila la necessità di una diffusa sensibilizzazione dell'opinione pubblica verso questa tipologia di fenomeni; si evidenzia la trattazione autonoma della

⁵ E il dato che questi gruppi “sono altamente organizzati, dispongono di tecnologie sofisticate e spesso ricorrono all'intimidazione e al ricatto”.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

criminalità organizzata rispetto al terrorismo; si suggerisce l'incriminazione della partecipazione a un'organizzazione criminale e la previsione di un delitto di associazione di stampo mafioso, con precipua attenzione anche ai reati nel settore ambientale. Da questo punto di vista il Parlamento ha chiesto alla Commissione di valutare l'abolizione dell'attuale doppio approccio (che criminalizza sia la partecipazione sia la cospirazione). L'indicazione del Parlamento europeo tenta di superare l'inconciliabilità della previsione della *conspiracy* con gli ordinamenti di *civil law*, dato l'alto tasso di indeterminatezza della medesima, spesso utilizzata come strumento di anticipazione della tutela in reati plurisoggettivi o di aggravamento della responsabilità per delitti consumati in contesti organizzati.

Il Parlamento europeo sul punto sembra dunque volere privilegiare una soluzione ispirata al principio di legalità-determinatezza delle fattispecie penali, sfruttando massimamente il *background* offerto dalla previsione delittuosa dell'associazione a delinquere di tipo mafioso contenuta nell'art. 416bis c.p. italiano. Sono infatti riproposti i connotati della «forza di intimidazione» e della capacità della associazione di incidere sul sistema economico, amministrativo, elettorale e dei servizi pubblici (punto 14). Centrale è l'esigenza del contrasto al fenomeno attraverso strategie di tipo orizzontale che interrompano i nessi fra criminalità organizzata e corruzione con peculiare riferimento alle responsabilità delle classi dirigenti nel consolidamento del fenomeno (punti 5 e 33). L'attenzione al versante economico deriva dalla consapevolezza criminologica della diffusione capillare nel contesto europeo (22) degli interessi mafiosi tanto da imporre per il futuro regolamentazioni mirate ad impedire che imprese legate alla criminalità organizzata o alle «mafie» partecipino a pubbliche gare o appalti. L'atteggiamento repressivo nei confronti degli autori è compensato dall'atteggiamento «comprensivo» verso le «vittime», emergente dal sostegno finanziario per il prosieguo dell'attività imprenditoriale degli «estorti» (punto 43), ma anche dal *favor* mostrato verso i testimoni e i collaboratori di giustizia, informatori e verso le loro famiglie, riconoscendo uno *status* giuridico transnazionale europeo alla loro condizione di «debolezza», anche con la creazione di un fondo europeo.

Sulla stessa linea si colloca l'invito – rivolto dal Parlamento europeo alla Commissione con la risoluzione del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro – a presentare una proposta legislativa che stabilisca una definizione comune di criminalità organizzata, formulata in modo da ricomprendere sia il reato di partecipazione ad un'organizzazione criminale transnazionale, sia quello di partecipazione ad un'organizzazione di stampo mafioso. Nella medesima direzione vanno la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 sulla lotta contro la corruzione e il seguito dato alla risoluzione della commissione CRIM (2015/2110(INI)) che invita la Commissione a precisare la definizione del reato di appartenenza a un'organizzazione o associazione criminale, la quale può essere configurata come un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da due o più persone che agiscono di concerto al fine di ottenere in modo illegale, direttamente o indirettamente, ogni forma di utilità finanziaria e/o materiale, e che pregiudica seriamente la coesione economica e sociale dell'UE e dei suoi Stati membri; e richiede alla Commissione «b) una nuova proposta legislativa su un particolare tipo di



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

organizzazione criminale i cui membri approfittano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere reati, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici, ovvero per trarre profitto o vantaggi illeciti per sé o per altri”.

Nonostante queste sollecitazioni del Parlamento si evidenzia per contro (Spiezia; si vedano anche i contributi di Alfano e Calleri tra i materiali dei componenti del Tavolo) che “l’associazione criminale di tipo mafioso non è entrata ancora tra le priorità dell’Unione Europea e questo è un po’ un controsenso. Da un lato, cioè, affermiamo che la ‘ndrangheta è la terza organizzazione criminale più potente sul piano mondiale per la propria capacità di controllo del traffico internazionale di stupefacenti, specialmente della cocaina, e dall’altro, nell’ultimo documento di analisi di Europol – il SOCTA, Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) 2017, non vediamo neppure una parola riferita alla ‘ndrangheta, pur notando che tra le priorità segnalate da Europol, che condizioneranno l’individuazione delle priorità che verranno stabilite dal Consiglio per il prossimo quadriennio 2018-2021, vengono per esempio individuate le organizzazioni dedite a *organised property crimes*, cioè che sono dedite alla commissione di rapine, furti. La ragione di ciò è dovuta al fatto che i nostri canali terminali di Europol non ricevono le adeguate informazioni da parte delle autorità di polizia nazionali, che quindi non alimentano in maniera adeguata i flussi informativi rispetto all’analisi di Europol”.

Anche De Matteis ha evidenziato che in questo momento la Commissione Europea svolge il suo ruolo di legislatore in maniera reattiva e non proattiva rispetto ai temi della giustizia penale in Europa e che, quindi, ha un programma operativo di brevissimo termine e in cui non sono chiare le linee guida. “In questo programma non c’è nulla che riguardi la criminalità organizzata, non vedo come probabile un’iniziativa in questo senso nel futuro immediatamente prevedibile...”, nonostante le chiare sollecitazioni – sopra ricordate – del Parlamento europeo. “Purtroppo, mancando un luogo della dialettica tra le istituzioni dal punto di vista delle linee programmatiche, queste sollecitazioni rischiano di rimanere lettera morta, perché non vi è una reale stanza dove gli *input* politici del Parlamento Europeo possono essere verificati quanto al loro seguito da parte delle istituzioni che dovrebbero farlo, *in primis* la Commissione Europea”.

Un ultimo profilo merita di essere evidenziato, laddove si discute della creazione di un modello di mafia imprenditoriale da adottare a livello europeo, e cioè come anche in Italia (contributo *Sicurella*) si registri una tendenza espansiva, ad avviso di qualche autore difficilmente compatibile con il principio di tassatività, nella stessa applicazione dell’art. 416 *bis* non tanto in relazione alle mafie tradizionali operanti con le stesse modalità ma in territori nuovi, ma, piuttosto – come emerge emblematicamente nella vicenda giudiziaria di “Mafia Capitale”, con riferimento a un sodalizio non connotato dai tratti più tradizionali della criminalità mafiosa, ma piuttosto essenzialmente dedito a pratiche corruttive e all’infiltrazione nel sistema degli appalti pubblici, partecipato da una moltitudine di pubblici funzionari e imprenditori e da pochi “classici” criminali violenti: soggetti che non appartengono alla tipologia del mafioso tradizionale (quello



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

che si muove in fasce devianti, in subculture che indirizzano al malaffare condotto con mezzi violenti) ma che fanno parte invece di quella che viene spesso definita, anche in giurisprudenza, con l'espressione, priva di velleità sociologiche ma certamente evocativa, di "borghesia mafiosa"; la "classe" di coloro che non disdegnano, per convenienza e opportunismo, il contatto con quei soggetti "diversi". L'incrementata presenza di "colletti bianchi" nell'area della criminalità mafiosa si accompagna sempre più frequentemente a una modifica delle modalità tipiche dell'agire dell'associazione, modalità che non appaiono immediatamente riconducibili al "metodo mafioso" nella sua accezione più rigorosa, facente leva sullo "sfruttamento" da parte degli appartenenti all'associazione della "fama criminale" già acquisita dalla stessa in ragione di un passato in cui essa ha impiegato azioni violente per conseguire i propri scopi; cosicché i sodali possono adesso contare sull'assoggettamento della collettività di riferimento senza dover far ricorso ad alcun atto di intimidazione concreta.

3. La confisca come strategia nella lotta contro il crimine organizzato e il suo mutuo riconoscimento.

In materia di confisca la Direttiva 2014/42/UE che, come sancito nell'art. 14, sostituisce l'azione comune 98/699/GAI e parzialmente le decisioni quadro 2001/500 e 2005/212, da recepire entro l'ottobre 2016 (in Italia è stato emanato il d.lgs. n. 202/2016 in attuazione della direttiva), prevede norme minime al fine di realizzare l'armonizzazione in materia attraverso l'introduzione di strumenti di confisca diretta e di valore (art. 4), nei confronti dei terzi (art. 6), di confisca estesa (in base ad uno standard della prova "civiltistico rinforzato" ex art. 5 e considerando n. 21), mentre prevede la confisca senza condanna solo in caso di fuga e malaffare quando, comunque, un procedimento *in personam* sia stato iniziato "e detto procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato". Lo scopo ultimo della direttiva – che si fonda, infatti, sull'art. 82, § 2, oltre che sull'art. 83, § 1 TFUE –, è quello di perseguire "l'adozione di norme minime" per ravvicinare "i regimi degli Stati membri in materia di congelamento e confisca dei beni, favorendo così la fiducia reciproca e un'efficace cooperazione transfrontaliera" (considerando n. 5): attraverso l'armonizzazione si dovrebbe promuovere il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca, disciplinato dalla decisione quadro n. 783/2006.

La direttiva è stata recepita da ben 25 Paesi: estendendo l'ambito di applicazione della *confisca obbligatoria del profitto e degli strumenti* del reato, anche alla luce dell'ampia nozione di profitto prevista dalla Direttiva (come avvenuto nell'ordinamento austriaco che ha esteso la confisca ex § 19 a StGB anche ai surrogati); o con forme di *confisca allargata* (già peraltro introdotte in diversi ordinamenti, come il *decomiso ampliado* spagnolo ex art. 127 bis CP, introdotto dalla *Ley organica* 5/2010, l'art. 12 sexies d.l. 306/92 nell'ordinamento italiano – ora art. 240 bis c.p. in seguito all'introduzione del d.lgs. n. 21/2018 –, o l'*Erweiterter Verfall* tedesco ex § 73d StGB ora *Erweiterter Einziehung* ex § 73 StGB, con la *Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017*, BGBl. I S. 872); oppure, come ad esempio è avvenuto in Francia, estendendo l'ambito di



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

applicazione della *confisca generale* dei beni, forma di confisca non prevista dalla Direttiva, ma conosciuta in questo ordinamento nell'ambito della lotta a gravi fenomeni criminali come, da ultimo, il traffico di armi (Article 222-66 introdotto dall'art. 26 della LOI n°2016-731 du 3 juin 2016); o introducendo anche la *confisca senza condanna*, perlomeno nell'ipotesi di fuga e malattia come avvenuto nell'ordinamento austriaco (§ 445), o al di là delle ipotesi previste nella direttiva – nel caso di morte del reo, di estinzione del reato, di mancanza di responsabilità – come avvenuto nell'ordinamento spagnolo (*el decomiso sin sentencia*, art. 127 *ter* CP, Ley organica 1/2015, si veda il contributo di T. Aguado, *Decomiso. Incorporación de la Directiva 2014/42/UE al Derecho Español*, in materiale esperti). L'armonizzazione dovrebbe rappresentare il presupposto del mutuo riconoscimento, anche perché diversi Stati membri nel recepire la direttiva non ne hanno limitato l'applicazione ai c.d. Eurocrimes.

Sino ad ora, però, come messo in rilievo dai rapporti, rispettivamente del 2008 e del 2010, sullo stato di attuazione delle precedenti decisioni quadro in materia di mutuo riconoscimento di provvedimenti patrimoniali 2003/577/GAI e 2006/783, e dal rapporto "2012 Impact Assessment"⁶, che ha accompagnato la proposta di direttiva 2014/42/UE, e da Eurojust (Hague Conference 2014; ERA Seminar on Freezing, Confiscation and Recovery of Assets, May 2016), il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca è uno strumento assolutamente ed evidentemente poco utilizzato (anche se dalle audizioni incominciano ad emergere lentamente casi di confisca o sequestro eseguiti all'estero – cfr. Fanara, Ferrara-Spedale, Alfonso, Spiezia –, come evidenziato nella Relazione della Direzione Nazionale Antimafia 2017, anche in riferimento alla confisca di prevenzione⁷). Tanto è vero che il 14 novembre 2018 è stato adottato il Regolamento per il mutuo riconoscimento di tutti i tipi di provvedimenti di sequestro e confisca emanati nell'ambito di un procedimento in materia "penale", inclusi i provvedimenti di confisca estesa, di confisca nei confronti dei terzi e, in particolare, di confisca senza condanna (si veda il contributo Maugeri, *La Proposta di Regolamento*⁸).

In particolare gli strumenti sinora adottati in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca sono rappresentati dalla Decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, e la Decisione quadro 2006/783/GAI (cui è stata data attuazione in Italia con il d.lgs. n. 137/2015). La prima decisione è stata sostituita per

⁶ Commission Staff Working paper accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council of the freezing and confiscation for proceeds of crime in the European Union, SWD(2012) 31 final.

⁷ Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo – Prot. 12720/2017/PNA – Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso, nel periodo 1° luglio 2015 – 30 giugno 2016, 12 aprile 2017.

⁸ A.M. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova "proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* 2017., p. 231 ss.; Id., *Il regolamento (ue) 2018/1805 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca: un importante passo in avanti in termini di cooperazione ed efficienza*, ivi 2019, n. 1 (attualmente *Dir. Pen. Cont.* 16 gennaio 2019).



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

quanto riguarda il sequestro probatorio dalla Direttiva 2014/41/UE a decorrere dal 22 maggio 2017. La Decisione quadro 783/2006 consente, invece, il mutuo riconoscimento non solo dei provvedimenti di confisca diretta degli strumenti e dei proventi del reato, ma anche dei provvedimenti di confisca estesa (previsti prima dall'art. 3 della decisione quadro 212/2005, poi sostituito dall'art. 5 della direttiva 42/2014), e ammette, ad avviso di chi scrive, *il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna* (anche emanati in un procedimento civile o amministrativo), pur non prevedendolo come obbligatorio, in quanto si consente di opporre il rifiuto (art. 8 n. 2, G) qualora la decisione di confisca sia "stata presa in circostanze in cui la confisca del bene è stata ordinata ai sensi delle disposizioni relative ai poteri estesi di confisca di cui all'articolo 2, lettera d), punto iv)" e cioè "confisca ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri estesi di confisca previste dalla legislazione dello Stato di emissione"; si ammette, insomma, anche se non viene imposto obbligatoriamente, il mutuo riconoscimento di provvedimenti assunti con gli ulteriori poteri di confisca, che potevano essere adottati dagli Stati membri in virtù della decisione quadro 212/2005 e possono essere adottati ai sensi della direttiva 42/2014, ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dai due strumenti (che impongono "perlomeno" l'adozione dei poteri di confisca estesa espressamente indicati, ma non pregiudicano l'adozione di ulteriori poteri). In Italia, ad esempio, l'art. 6 del d.lgs. 137/2015 consente sostanzialmente il riconoscimento di un provvedimento fondato su tali poteri estesi, ma solo a condizioni di reciprocità, prevedendo il rifiuto se manca tale condizione: "i) quando la decisione di confisca, ordinata ai sensi delle disposizioni relative ai poteri estesi di confisca di cui all'articolo 2, lettera d), punto iv), della decisione quadro, provenga da uno Stato di emissione che non preveda, a condizione di reciprocità, il riconoscimento e l'esecuzione della decisione di confisca dell'autorità italiana ordinata anch'essa ai sensi delle disposizioni sui poteri estesi di confisca".

Nella prassi, però, si è affermata *un'interpretazione piuttosto ristretta* della Decisione quadro 783/2006 in base alla quale essa non consentirebbe il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca contemplati dalla stessa direttiva 42/2014, come emerge dallo studio di impatto svolto dalla Commissione in preparazione della Proposta in esame (Inception Impact Assessment). Tanto è vero che ai fini della cooperazione in materia si è continuato a ricorrere alla Convenzione di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (o ad accordi bilaterali), che consente la cooperazione anche in relazione a provvedimenti di confisca senza condanna, come precisato nel Rapporto esplicativo, purché il procedimento sia condotto dall'autorità giudiziaria e abbia natura penale, nel senso di riguardare strumenti o proventi di reato; la Convenzione consente di applicare all'estero un provvedimento di confisca di prevenzione *ex art. 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, come è avvenuto e avviene nella prassi (si vedano le audizioni di Spiezia, Ferrara-Spedale, Fanara, Cieri).

Ai sensi dell'art. 39 il *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul mutuo riconoscimento degli ordini di congelamento e confisca dei proventi di reato (COM(2016)819)* dovrebbe sostituire la decisione quadro 2003/577 e 2006/783 per gli Stati membri che sono ad esso vincolati. Particolare attenzione è posta nel Regolamento ad esigenze di semplificazione della procedura e delle certificazioni richieste, proprio perché nella



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

prassi gli operatori lamentano la complessità delle certificazioni richieste dalle decisioni quadro in vigore. L'utilizzo di un regolamento direttamente applicabile negli Stati membri ex art. 288 TFUE costituisce una scelta ispirata a esigenze di apprezzabile *efficienza* rappresentando l'unico strumento che, sottratto all'alea del recepimento da parte degli Stati membri, comporta un'immediata e uniforme applicazione (la base legale è l'art. 82(1) TFUE). Qualche perplessità sorge circa il fatto che si finisce così per attribuire una diretta competenza in materia di procedura penale al legislatore europeo, anche se solo ai fini della cooperazione verticale; una scelta che assume un forte valore politico se si considera l'impatto in termini di politica criminale del Regolamento in esame e l'effetto di trascinamento del mutuo riconoscimento sulle questioni sostanziali. Il Regolamento dovrebbe coprire *tutti i reati*, diversamente, si afferma espressamente nel considerando n. 14, dalla Direttiva 42/2014 che fa riferimento solo ai crimini gravi transnazionali, i c.d. 'Eurocrimes' (i dieci gravi crimini indicati nell'art. 83, c. 1) in quanto basata sull'art. 83 TFUE (anche se la Direttiva si fonda anche sull'art. 82, § 2, oltre che sull'art. 83, § 1, e l'art. 3 estende la definizione di reato all'illecito penale previsto "da altri strumenti giuridici se questi ultimi prevedono specificamente che la presente direttiva si applichi ai reati in essi armonizzati").

Ai sensi dell'art. 1 dell'originaria Proposta di Regolamento il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca si impone in relazione a tutti i provvedimenti assunti nell'ambito di un procedimento penale ("*within the framework of criminal proceedings*"), non si può trattare di procedimenti di carattere amministrativo o civile; si fa riferimento ai provvedimenti di confisca senza condanna che possono essere emanati in un procedimento penale al di là dei limiti previsti dalla direttiva 2014/42/UE (ipotesi di fuga e di malattia), e cioè, come precisato nell'Explanatory Memorandum, in seguito alla morte del proprietario, in caso di immunità, prescrizione, e nei casi in cui l'autore del reato non può essere identificato o qualora la corte penale può confiscare dei beni in assenza di condanna quando la corte è convinta che tali beni siano provento di crimini. Benché tali provvedimenti possano non esistere nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, lo Stato membro interessato dovrebbe essere in grado di riconoscerli ed eseguirli se sono stati emessi da un altro Stato membro.

La rappresentanza italiana, come evidenziato da De Matteis, ha sollecitato un ampliamento dell'ambito di applicazione del regolamento anche in relazione a provvedimenti di confisca senza condanna pronunciati in un procedimento di stampo civilistico o amministrativo, richiamando la nozione di "materia penale" adottata nella direttiva 2011/99 del 13.12.2011 sull'Ordine di Protezione Europeo delle Vittime (per consentire il riconoscimento a ordini di protezione delle vittime di reato assunti da un'autorità giudiziaria non solo penale, ma anche civile o amministrativa).

In seguito all'accordo dell'8 dicembre 2017, il Consiglio ha modificato l'art.1.1 della proposta della Commissione, passandosi dal mutuo riconoscimento di provvedimenti di congelamento e confisca disposti nell'ambito dei soli *criminal proceedings* a quello più ampio dei *proceedings in criminal matters*, e cioè – come precisato nel considerando (13) del Regolamento - da procedimenti penali in senso stretto ai procedimenti "connessi ad un reato e non solo i provvedimenti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/42/UE". Il considerando (13) precisa che



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

"procedimento penale" è "un concetto autonomo interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"; pertanto il Regolamento dovrebbe coprire tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e provvedimenti di confisca emessi in seguito a procedimenti connessi ad un reato e non solo i provvedimenti che rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva 2014/42 Ue, ma anche altri tipi di provvedimenti emessi in assenza di condanna definitiva. Con tale modifica, come emerge nel considerando (13) e come emerge nel comunicato stampa dell'8 dicembre 2017, l'orientamento raggiunto dal Consiglio sul Regolamento si propone, tra l'altro, di far sì che il mutuo riconoscimento copra un ampio spettro di confische, tra cui quelle adottate senza condanna ed inclusi taluni sistemi di *preventive confiscation*, purché via sia un legame con un delitto. Si continua, però, ad escludere il mutuo riconoscimento per provvedimenti "emessi nel quadro di un procedimento in materia civile o amministrativa", come stabilito nell'art. 1 del Regolamento.

Nella relazione di accompagnamento all'originaria Proposta di regolamento si cita come esempio il progetto di legge tedesco – ormai entrato in vigore, come accennato – volto a dare attuazione alla direttiva 2014/42/EU, che prevede la confisca c.d. "autonoma" che consente di confiscare un bene in assenza di condanna, se, in base a tutte le circostanze del caso, la Corte è convinta che il bene sia provento del crimine e la persona destinataria del provvedimento di confisca non può essere perseguita o condannata per quel crimine⁹. La Corte deve stabilire che si tratti di provento del crimine e in un procedimento in cui si applichino tutte le garanzie della materia penale previste nello Stato membro, anche se si cita la giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 6, giusto processo, che ammette l'uso di presunzioni, purché confutabili, in relazione a forme di confisca allargata; anche la direttiva n. 2016/343, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, ammette l'uso di presunzioni nel considerando n. 22. In realtà nell'ordinamento tedesco una forma di confisca autonoma, come quella posta alla base del modello di confisca senza condanna auspicato dal Regolamento, era già in parte prevista. Con la recentissima legge di riforma in materia (prima citata, *Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017*, BGBl. I S. 872) – in attuazione della Direttiva 42/2014 –, si prevede un'estensione delle possibilità di applicare autonomamente la confisca, in particolare nel settore del terrorismo e del crimine organizzato, introducendo un meccanismo giuridico che consente di applicare la confisca senza condanna dei patrimoni di sospetta origine criminale, indipendentemente dalla prova di un reato specifico, § 76a, c. 4.

Nell'ambito di applicazione del regolamento rientra la confisca diretta *ex art. 240 c.p.* e le altre forme di confisca obbligatoria assunte nell'ambito di un processo penale anche in caso di prescrizione in seguito a condanna in primo grado, come recentemente ammesso dalla sentenza a S.U. Lucci¹⁰, e vi dovrebbe rientrare la confisca allargata *ex art.*

⁹ Deutscher Bundestag Drucksache 18/9525 18. Wahlperiode 05.09.2016 – Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung.³³

¹⁰ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

12 *sexies* d.l. 306/92, ora art. 240 bis c.p. in seguito all'introduzione del d.lgs. n. 21/2018, in conformità all'art. 5 della Direttiva 42/2014. Si porrebbe il problema per l'ordinamento italiano di stabilire se vi rientra la confisca di prevenzione, qualificata come misura di carattere amministrativo da parte delle S.U.¹¹ e criticata dalla dottrina per la mancanza di garanzie del procedimento di prevenzione: si applicherebbe una garanzia giurisdizionale solo "apparente" e la stessa applicazione del principio del contraddittorio, richiesta dalla Corte europea anche in relazione al procedimento di prevenzione in virtù dell'art 6, c. 1, viene violato nell'ipotesi in cui il procedimento di prevenzione non garantisce l'assunzione della prova in contraddittorio (almeno quando essa è ripetibile) e la prova si è già formata in fase istruttoria senza contraddittorio. La modifica apportata alla Proposta di Regolamento in base all'accordo dell'8 dicembre 2017, – e poi recepita nella versione finale –, in modo da ricomprendere tutti i "procedimenti in materia penale", sembrerebbe allargare l'ambito di applicazione del Regolamento, al fine di comprendere anche questa tipologia di confisca in quanto essa viene applicata con un procedimento che rientra sicuramente nei "procedimenti connessi ad un reato" (considerando n. 13), presupponendo una valutazione di pericolosità sociale fondata, innanzitutto, sulla sussistenza di indizi della commissione di reati nella parte cognitiva del giudizio e avente come oggetto profitti o prodotti del reato. In ogni caso tale forma di confisca è applicata in un procedimento parificato a quello esecutivo pur se non fornito di tutte le garanzie della materia penale; il nostro legislatore lo considera penale laddove nell'art. 3, lett. d) del d.lgs. 7 agosto 2015, n. 137 (Attuazione della decisione quadro 2006/783/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca) fa rientrare anche la confisca ex art. 24 e 34 d.lgs. n. 159/2011 nell'ambito delle decisioni assunte in un procedimento penale. Si veda Proposta n. 3.3.

La confisca di prevenzione è stata oggetto di una recente riforma ad opera della legge n. 161, entrata in vigore il 19 novembre 2017, recante *"Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate"* (si vedano i contributi Balsamo e Maugeri sul disegno di legge n. 2134¹²); in relazione alla riforma, nell'ambito delle proposte, saranno evidenziati dei profili non condivisi dal Tavolo.

3.1. La sentenza *De Tommaso* della Corte EDU.

In materia si deve ricordare, inoltre, che la Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha pronunciato la sentenza *De Tommaso* che rappresenta una svolta

¹¹ Cass., Sez. un., Spinelli, 26 giugno 2014, n. 4880, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2015

¹² Sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen. speciale riforme*, 2018, 47 ss.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

fondamentale nella giurisprudenza della Corte, che sino ad ora ha sostanzialmente riconosciuto la conformità ai principi della CEDU della disciplina italiana in materia di misure di prevenzione, tranne che per la mancanza di un'udienza pubblica. Nel caso in questione, riguardante una misura di prevenzione personale, la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, nei confronti di un soggetto a pericolosità generica, invece, la Corte afferma la *violazione dell'art. 2 del IV Protocollo che garantisce la libertà di circolazione, da parte della normativa italiana*, legge n. 1423/1956, art. 1 e ss. – oggi art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 –, che prevede l'applicabilità delle misure di prevenzione a soggetti a pericolosità generica, in quanto tale legislazione, anche alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale, pur essendo accessibile, non garantisce la prevedibilità della misura, la cui applicazione è rimessa all'eccessiva discrezionalità giurisprudenziale; in particolare si contesta la non tassatività della normativa nel determinare le categorie dei destinatari (e, in particolare "a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose) e lo stesso contenuto della misura di prevenzione personale in quanto alcune delle prescrizioni previste dal comma 3 dell'art. 5 della legge n. 1423/1956 sono espresse in termini troppo generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato. Questo vale in particolare per le previsioni concernenti gli obblighi di "vivere onestamente, di rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti" (formulazione cambiata nel codice antimafia che non contiene più l'ultima ipotesi), nonostante l'intervento della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 282/2010 ha negato la violazione del principio di tassatività da parte delle disposizioni in questione (§ 119). La Corte, però, rimane ferma nel ritenere che le misure di prevenzione non rientrano nella nozione di materia penale ai sensi degli art. 6 e 7 Cedu.

Nella prassi, in realtà, emerge una *giurisprudenza sempre più attenta* a garantire il rispetto del principio di legalità per le ipotesi a pericolosità generica, rifiutando mere presunzioni e interpretando rigorosamente la "dedizione a traffici delittuosi", ma rimane un'ampia discrezionalità giudiziaria in materia e, anche se la sentenza della Corte Edu De Tommaso attiene alle fattispecie a pericolosità generica, la difficoltà di conciliare con il principio di tassatività l'accertamento della categoria dei destinatari, e quindi la valutazione di pericolosità sociale, si presenta anche in relazione alle fattispecie a pericolosità qualificata; fermo restando che in quest'ultima ipotesi il legislatore indica perlomeno il reato in relazione al quale sviluppare il giudizio prognostico¹³.

Tale sentenza *riguarda anche le misure patrimoniali*, perché anche se quest'ultime possono essere applicate indipendentemente dalle personali e a prescindere dall'attualità della pericolosità sociale in seguito alle riforme del 2008 e del 2009 (d.l. 92/2008 e l. 94/2009), esigono, in ogni caso, l'accertamento della stessa pericolosità sociale, come previsto dal dato normativo (oggi art. 16 d.lgs. N. 159/2011) e ribadito dalla

¹³ Si rinvia al contributo A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 15 ss.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

Corte cost., 23 luglio 2010, n. 282 e dalla Corte di cassazione¹⁴, anche a sezioni Unite (nel caso Spinelli)¹⁵, se non si vuole trasformare la confisca in una sanzione punitiva incostituzionale (in tale direzione anche la Corte costituzionale sent. 106/2015). In ogni caso, infatti, la normativa di riferimento, che stabilisce i destinatari a pericolosità generica delle misure di prevenzione personali, è richiamata dalle norme che dispongono le misure patrimoniali (l'art. 19 della l. 22 maggio 1975, n. 152, che richiama l'art. 1 della l. 1423/56; art. 16 d.lgs. n. 159/2011 che richiama l'art. 4, che richiama l'art. 1). E, allora, la questione si dovrebbe porre dinanzi alla Corte Edu rispetto all'art. 1 del I Protocollo Cedu poiché la restrizione del diritto di proprietà deve essere prevista da una legge che sia non solo accessibile, ma anche dagli effetti prevedibili, mentre la mancanza di tassatività della legislazione in materia nella descrizione delle categorie dei destinatari a pericolosità generica contrasterebbe con tale diritto; fermo restando che la Corte EDU considera compatibile con i principi della CEDU anche forme di *actio in rem pura* (ad esempio il *civil recovery* britannico, *Butler c. Royaume-Uni*, 26 giugno 2002, n° 41661/98). Tale sentenza è stata pronunciata dalla Grande Camera e quindi assume un valore vincolante anche in base all'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49/2015 circa la necessità che la giurisprudenza della Corte Europea sia espressione di un orientamento consolidato nel denunciare la violazione dei principi Cedu (anche se in base a talune interpretazioni per considerare l'interpretazione vincolante non è sufficiente che sia pronunciata dalla Corte EDU). Intanto la sezione misure di prevenzione della Corte d'appello di Napoli ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme relative, nella versione precedente all'entrata in vigore del codice antimafia, sospettandone il contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione a) all'art. 2 prot. 4 Cedu, per ciò che concerne le misure di prevenzione personali, nonché b) all'art. 1 prot. add. Cedu, per ciò che concerne la misura di prevenzione patrimoniale della confisca¹⁶. La sentenza De Tommaso, in conclusione, potrebbe rappresentare uno stimolo vitale per ripensare le misure di prevenzione personali e patrimoniali, magari insieme al futuro Regolamento sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca.

Intanto un primo effetto positivo è rappresentato dall'interpretazione convenzionalmente orientata, di natura ortopedica, delle Sezioni Unite nella sentenza Paternò (27 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40076) che dichiarano *inapplicabile il delitto di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno di cui all'art. 75 co. 2 del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia) rispetto all'ipotesi della violazione delle generiche prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi"*, già censurate dalla Corte EDU nella sentenza di De Tommaso in quanto del tutto indeterminate. In tale direzione, inoltre, da ultimo sempre la Suprema Corte ha dichiarato inapplicabile tale

¹⁴ Cass. 18 gennaio 2012, n. 10153, Rv. 254545; Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, Occhipinti, Rv. 255043; Cass., sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204 (dep. 23 settembre), Ferrara e altri, inedita; precedentemente Cass., 20 gennaio 2010, n. 11006, Cannone, Rv. 246682; Cass., 26 maggio 2009, n. 26751; Cass., 28 febbraio 1995, n. 775, ivi.

¹⁵ Cass., Sez. un., Spinelli, 26 giugno 2014, n. 4880, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.* 2015

¹⁶ Corte App. Napoli, VIII Sez. mis. prev., ord. 14 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.* 31 marzo 2017.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

fattispecie anche in relazione al divieto di partecipare a pubbliche riunioni (che chiude l'elencazione degli obblighi di cui all'art. 8, c. 4, d.lgs. n. 159/2011) prescrizione che, ad avviso della Corte, contrasta con il principio di determinatezza¹⁷.

4. Cooperazione giudiziaria e mutuo riconoscimento.

L'efficace attuazione degli obiettivi enunciati dal Trattato di Lisbona in tema di cooperazione penale poggia sulla grande novità rappresentata dalla "costituzionalizzazione" del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Le prime applicazioni di tale principio, da un lato, hanno profondamente innovato i tradizionali meccanismi della cooperazione giudiziaria, dall'altro lato hanno determinato evidenti tensioni con le concorrenti esigenze legate al rispetto delle garanzie difensive e dei diritti fondamentali, unitamente alla tendenziale giurisdizionalizzazione delle procedure di assistenza e al conseguente incremento dei rapporti diretti tra le autorità giudiziarie di diversi Paesi. Osservati in una prospettiva diacronica, Eurojust e la Rete giudiziaria europea, Olaf ed Europol costituiscono i segni più visibili di uno sforzo grandioso messo in atto dalle istituzioni europee sin dal Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, che ha portato ad ottenere, nel breve volgere di pochi anni, risultati insperati, anche se, purtroppo, ancora insufficienti per fronteggiare le nuove sfide della criminalità organizzata e del terrorismo internazionale. Si è innescato un processo evolutivo, ormai irreversibile, nel senso di una trasformazione dei meccanismi tradizionali della cooperazione tra Stati in una cooperazione fra giurisdizioni, verso una direzione che può definirsi di giustizia transnazionale o addirittura, come da taluni prefigurato, di una progressiva "integrazione tra le giurisdizioni". Entro questa prospettiva tendono a collocarsi le diverse modalità di intervento dei nuovi organismi sovranazionali, le cui attribuzioni funzionali, pur in assenza di un vero e proprio sistema processuale penale europeo, paiono sostanzialmente assimilabili a quelle esercitate dagli organi investigativi degli Stati membri, che essi a loro volta tendono ad agevolare e a supportare quando l'oggetto dell'indagine assume una valenza transnazionale (contributo De Amicis).

In generale, però, emerge in materia, come evidenziato da Selvaggi, il ritardo con cui viene recepita e attuata la normativa sovranazionale, al punto da determinare dei cortocircuiti normativi che renderanno particolarmente complesso il lavoro dell'interprete (Selvaggi: "A livello UE era stata approvata la Convenzione di mutua assistenza di Bruxelles 2000-MAP, su proposta avanzata dall'Italia sotto la sua presidenza nel 1996; le previsioni della MAP sono destinate a cadere una volta entrato in vigore l'Ordine Europeo di Investigazione-OEI – data prevista nella direttiva: 22.5.2017. Con legge 21.7.2016, n. 149 è stata disposta la ratifica della MAP; insieme è stata data delega al governo per le modifiche al libro XI del c.p.p. Inoltre, con separato esercizio di delega verrà a brevissimo data attuazione alla Direttiva sull'OEI. Ebbene, la

¹⁷ Cass., Sez. I, 9 aprile 2018 (dep. 10 luglio 2018), n. 31322, Barone.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

direttiva OEI prevede che la MAP cessi con l'entrata in vigore di OEI, fatta eccezione per gli aspetti non regolati da quest'ultima; tra questi vi sono le Squadre Investigative Comuni-SIC, che, quindi, resterebbero regolate da MAP. Tuttavia le SIC risultano regolate dalla DQ n. 465/2002 (NB: appena dopo Bruxelles 2000) con previsione che cesseranno (nella regolamentazione della DQ) non appena la MAP entrerà in vigore per tutti gli Stati membri. Quadro ragionevole e sistema ineccepibile... senonché da una parte l'Italia ha ratificato la MAP con 16 anni di ritardo e nel frattempo (con quasi pari ritardo) ha dato attuazione alla DQ n. 465/2002 solo con dl.gs n. 34/2016 (!) con la conseguenza che l'interprete farà difficoltà ad orientarsi sulle norme da applicare". Altro utile richiamo ho evocato quando ho fatto riferimento al 2° Protocollo alla Convenzione europea di mutua assistenza del 1959 – peraltro destinata a cadere tra gli SM-UE ma valida con Stati terzi del Consiglio d'Europa (e oltre: aderiscono anche Israele, Repubblica di Korea, Sud Africa e altri) – che riproduce in gran parte la MAP e che quindi contiene quei nuovi strumenti (SIC, operazioni sotto copertura, intercettazioni, videoconferenze ecc.) che potrebbero essere utili nella lotta contro la CO. A quando la ratifica di questo 2° Protocollo, firmato dal ministro Severino nel gennaio 2013?"

5. Eurojust.

Per comprendere le proposte che saranno avanzate di seguito in relazione ad Eurojust si deve tenere conto del fatto che l'ordinamento italiano nel dare attuazione alla decisione quadro 2002/187/GAI con la l. 14 marzo 2005, n. 41, i cui artt. 5 e 6 delineano rispettivamente i poteri del membro nazionale e del collegio di Eurojust, non ha attribuito i poteri giudiziari al membro nazionale, sebbene l'art. 9, par. 3, della decisione stabilisca che ciascuno Stato membro definisce la natura e la portata dei "poteri giudiziari" che conferisce al proprio membro nazionale sul suo territorio, nonché il suo diritto di agire nei confronti delle autorità giudiziarie straniere; la legge di recepimento muove invece da presupposti completamente diversi da quelli ora considerati, ossia dall'asserita natura amministrativa e non giudiziaria di Eurojust e dei suoi poteri, tanto che nella relazione illustrativa che accompagnava il disegno di legge governativo poi approvato dal Parlamento si esplicitava l'intenzione di non conferire affatto poteri giudiziari al membro nazionale italiano – sia con riferimento ai poteri esercitabili sul territorio italiano, sia con riferimento a quelli esercitabili nei confronti di autorità giudiziarie straniere – precisandosi in tal senso che il conferimento di poteri al membro nazionale avrebbe dovuto "configurarsi non in termini di obbligatorietà per gli Stati membri, ma piuttosto in termini di esercizio di una facoltà degli stessi...". Il membro nazionale italiano riveste un mero ruolo amministrativo (sentenza n. 136/2011 della Corte costituzionale) e non giudiziario, diversamente da quanto previsto per i componenti di altri Stati, ad esempio quello svedese; per altro verso, però, è evidente, tuttavia, che l'ambito di operatività delle funzioni contemplate dagli artt. 5 e 6 della l. n. 41/2005 incide direttamente, ed in misura assai significativa, sulle modalità di conduzione, sugli sviluppi procedurali e sugli esiti delle attività giudiziarie interne. Il Dott. Spiezia ha evidenziato che la decisione della Corte Costituzionale ha avuto



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

riguardo ad un contesto normativo che oggi è profondamente cambiato, perché quella sentenza non considerava né la decisione quadro 426 del 2009, né le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona, né le concrete dinamiche attraverso cui si snoda la funzione di coordinamento che indefettibilmente ha carattere giudiziario (“basti pensare a quello che noi stiamo facendo, per esempio, in materia di squadre investigative comuni, dove la idea e la necessità di definire una squadra può emergere, come spesso accade, all’esito o durante delle riunioni di coordinamento investigativo”). Non solo ma, in base ad una certa lettura, poteri giudiziari ai membri di Eurojust derivano: a) dall’art. 10 del Protocollo della Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea, adottato il 16 ottobre 2001, il quale stabilisce che le autorità competenti dello Stato membro richiedente possono comunicare all’Eurojust eventuali problemi riscontrati nell’esecuzione di una rogatoria in materia bancaria, al fine di sollecitarne il coordinamento in vista “di una possibile soluzione pratica” ai sensi delle disposizioni previste nello strumento istitutivo di Eurojust; b) dall’art. 16 della decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, il quale stabilisce che l’Eurojust deve fornire un parere all’autorità giudiziaria di esecuzione in caso di concorso di richieste provenienti da due o più Stati membri che hanno emesso un mandato d’arresto nei confronti della stessa persona; c) dall’art. 17 della stessa decisione quadro, il quale prevede che l’Eurojust deve essere informato dei motivi del ritardo nell’esecuzione di un mandato d’arresto in uno Stato membro; d) dall’art. 4 della decisione adottata dal Consiglio dell’U.E. il 6 dicembre 2001 in relazione alla protezione dell’euro dalla falsificazione che prevede una stretta cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri, la Banca centrale europea, le banche centrali nazionali, l’Europol e l’Eurojust in ordine ai procedimenti inerenti alla falsificazione ed ai reati connessi con la falsificazione dell’euro (contributo De Amicis). Particolarmente rilevanti, inoltre, sono le funzioni legate all’attività di coordinamento delle indagini in materia di terrorismo internazionale, ove si consideri che l’art. 3, par. 2, della decisione 2003/48/GAI e, successivamente, l’art. 2, parr. 2, 3 e 5, della menzionata decisione 2005/671/GAI, prevedono, in via sistematica, la raccolta e la comunicazione a Eurojust di una vasta gamma di informazioni giudiziarie relative ai procedimenti e alle condanne per fatti di terrorismo. Un ruolo da “mediatore privilegiato”, in vista dell’elaborazione di una soluzione condivisa che eviti lo svolgimento di procedimenti penali paralleli, è tratteggiato anche nell’art. 12, par. 2, della decisione quadro 2009/948/GAI, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, che in linea con l’art. 85, par. 1, lett. c) del Trattato di Lisbona, prevede il coinvolgimento di Eurojust su base quasi obbligatoria, nelle ipotesi in cui le autorità nazionali interessate, dopo le opportune e reciproche consultazioni, non abbiano raggiunto un accordo sulla concentrazione dei procedimenti presso un’unica autorità giurisdizionale.

Destano, allora, forti perplessità, per le evidenti implicazioni di ordine costituzionale, le ulteriori disposizioni contenute nell’art. 2, commi 2 e 3, della legge n. 41/2005, inerenti rispettivamente al procedimento di nomina del membro nazionale ed ai correlativi poteri del Ministro della Giustizia.



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

La dimensione giudiziaria del nuovo organismo e dei suoi poteri collegiali ed individuali avrebbe imposto di riservare la procedura di nomina del membro nazionale, del suo sostituto e del membro permanente dell'Autorità di controllo comune – secondo le chiare previsioni di cui agli artt. 2, 9 e 23 della decisione – alle competenze deliberative del Consiglio Superiore della Magistratura, che nel sistema costituzionale italiano dovrebbe provvedervi di concerto con il Ministro della Giustizia, sulla base dei consolidati meccanismi descritti dall'art. 11, comma 3, della l. 24 marzo 1958, n. 195, riguardo alla nomina dei dirigenti degli uffici giudiziari. Del tutto diversa, invece, la scelta seguita dalla disposizione normativa di cui all'art. 2 della legge di recepimento, che individua una procedura nella forma del cd. "concerto invertito", in base alla quale spettano al Ministro la scelta e la nomina del magistrato da designare nell'ambito di candidature previamente sottoposte al C.S.M., cui è richiesto di esprimere semplici "valutazioni", dal contenuto non bene specificato nel testo, ma evidentemente non vincolanti nell'esito decisorio e con ogni probabilità inerenti all'esame delle capacità attitudinali e dei profili professionali richiesti per il buon espletamento delle funzioni conferite.

Analoghe perplessità emergono riguardo al potere – non delimitato nei presupposti, nei contenuti e nelle finalità – di direttiva che il Ministro della Giustizia, sia pure per il tramite del Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia, eventualmente "indirizza" al membro nazionale per l'esercizio delle sue funzioni, *ex art. 2, comma 3, l. n. 41/2005*.

L'aver configurato il membro nazionale quale organo amministrativo, inoltre, ne ha comportato inevitabilmente uno "scollamento operativo", poiché, essendo nominato dal Ministero della giustizia, da cui riceve direttive, non può accedere in via diretta ad informazioni di carattere *lato sensu* giurisdizionale: situazione, questa, che ne sminuisce l'efficacia operativa, ponendolo come "interlocutore debole" dell'autorità giudiziaria interna.

In pratica nel prossimo futuro, "nel momento in cui il futuro di Eurojust è stato sganciato da quello del Procuratore Europeo, essendo quest'ultimo nato in via autonoma e non per effetto di mutazione del primo organismo (nonostante il dettato dell'art. 85 TFUE), è prevedibile che si rafforzino le sinergie di Eurojust con Europol, mentre andranno verificate le future relazioni tra l'EPPO ed Eurojust.

L'entrata in vigore del nuovo regolamento su Europol – Regolamento (UE) 2016/794 potrebbe dare una spinta alla procedura legislativa in corso sul nuovo regolamento di Eurojust che è stato per un certo tempo bloccata durante i negoziati su EPPO e per il quale di recente è ripartito il trilogio tra le competenti istituzioni (Parlamento Europeo, Consiglio, Commissione" (Spiezia).

Dalle audizioni è emersa l'importanza nella prassi operativa di Eurojust e in generale della cooperazione giudiziaria in fase di indagine, al fine di impostare, come afferma Castellani – "un'attività di indagine il più possibile in parallelo nei vari Stati coinvolti perché – l'ho constatato anche per esperienza personale – se lo Stato coinvolto viene interessato, e si attiva una attività di indagine sui medesimi soggetti o su soggetti collegati a quelli in Italia, a quel punto si può impostare una vera e propria indagine coordinata nell'ambito della quale ci si può anche dividere i compiti. Ciò può essere



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

determinante e fondamentale per poter poi acquisire, dopo, mediante rogatoria, gli atti realizzati all'estero...". "Perché, un conto è la cooperazione giudiziaria "statica" o "a intermittenza": ad esempio, se nell'attività di indagine è necessario che si faccia l'identificazione di un soggetto che è alloggiato all'estero (tramite Europol probabilmente quest'attività viene svolta anche abbastanza celermente) poi si tratterà di acquisire formalmente gli esiti delle attività con rogatorie; oppure, qualora sia necessario un singolo atto, lo si richiede all'autorità giudiziaria interessata. Un conto è, invece, l'attività "dinamica" di cooperazione giudiziaria che comporta un'attività che la dottrina giustamente definisce prerogatoria. Ossia un'attività di coordinamento, di scambio di informazioni, di impostazione dell'attività di indagine che può rendere le investigazioni che coinvolgono altri paesi realmente efficaci. Nella mia esperienza ho cercato di impostare il più possibile la richiesta di cooperazione in questo modo: è l'unico modo efficace per ottenere dei risultati utili, sia dal punto di vista legislativo che della concreta applicazione".

6. Il Pubblico Ministero Europeo.

(contributo *Salazar*) Ad oltre 2 decenni di distanza dalle prime proposte in materia ed all'esito di circa 4 anni di intensi negoziati, il 12 ottobre 2017 il Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione ha formalmente adottato, dopo aver ottenuto (lo scorso 5 ottobre) il necessario via libera da parte del Parlamento europeo, il *Regolamento relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO", da European Public Prosecutor Office, nell'acronimo in lingua Inglese)*. All'iniziativa prendono parte 20 Stati membri inclusa l'Italia: per ciò che riguarda gli autoesclusi, accanto a Danimarca, Regno Unito ed Irlanda – i quali, in virtù dei rispettivi statuti speciali, non erano sin dall'inizio computati ai fini del raggiungimento dell'unanimità necessaria all'adozione del testo – hanno scelto di rimanere, almeno per il momento, fuori dell'iniziativa anche Malta, Olanda, Polonia, Svezia ed Ungheria.

Come è emerso anche dalle audizioni (si veda in particolare l'audizione con *Salazar*) il regolamento approvato è deludente.

Il testo contiene 121 considerando, mentre la direttiva sul mandato di arresto europeo ne contiene solo 14; questo da solo è un indice del carattere piuttosto complesso del testo e dei compromessi e delle ambiguità legate allo stesso. L'iniziale modello delineato dalla Commissione europea nella proposta presentata il 17 luglio 2013, era di tipo schiettamente verticistico, articolato in un agile livello centrale, composto da un Procuratore europeo e da 4 suoi "sostituti", il quale avrebbe diretto le indagini condotte, a livello decentrato, dai procuratori europei delegati (almeno uno per Stato Membro). Al modello iniziale venne rapidamente a sostituirsi, in corso di negoziato, quello collegiale, articolato su di livello centrale, diretto dal Procuratore capo europeo, con la previsione di un procuratore europeo per Stato partecipante, nonché di un numero, allo stato non determinato, di "camere permanenti" composte degli stessi procuratori europei. I procuratori europei delegati, che dovranno essere almeno uno per Stato partecipante, fanno integralmente parte dell'EPPO, ma potranno anche continuare ad esercitare le



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

proprie funzioni di procuratori nazionali ove il carico di lavoro del loro *core business* appaia consentirlo. Quando agiscono per conto dell'EPPO essi potranno ricevere istruzioni solo dal livello centrale della Procura e solo ad esso risponderanno del loro operato.

Come evidenziato da Salazar, tutto il filo rosso del negoziato dal primo momento è stato caratterizzato dallo sforzo di rafforzare il legame nazionale, e ciò ha progressivamente portato il negoziato dal primo dibattito sulla composizione stessa dell'EPPO, a un continuo sforzo per la riconduzione dello stesso al livello nazionale. Il passaggio dal modello gerarchico a quello collegiale lascia trasparire – da parte degli Stati membri – una volontà di controllo dell'attività di repressione che mal si concilia con le esigenze di rapidità ed efficienza operativa che dovrebbero connotare la funzionalità di un organismo con compiti investigativi diretti. Si tratta, a questo proposito, di un'idea ormai risalente, già emersa durante i lavori preparatori della Proposta: era infatti con la posizione del 4 marzo 2013, che i Ministri della giustizia di Francia e Germania – guardando con tutta probabilità al modello e all'esperienza di Eurojust – si erano espressi a favore di un ufficio della Procura europea composto da “Membri nazionali”, selezionati dagli Stati dell'UE come propri delegati. Elemento chiave di tale strategia è stato fare in modo che, all'interno del Collegio, ciascun procuratore europeo sovrintenda, in linea di massima, ai soli casi che riguardano il proprio Stato di provenienza e diriga i “propri” PED, in dialogo costante con gli stessi. Il potere delle “Camere” di influire in concreto sui singoli procedimenti è in realtà limitato ed anche i casi di avocazione dei procedimenti verso il livello centrale vedrà in realtà il procuratore dello Stato membro interessato svolgere sempre un ruolo protagonista, essendo in sostanza preclusa agli altri procuratori europei la possibilità di seguire direttamente casi di Stati diversi dal loro, prevedendo in ogni caso, ove ciò avvenga nel limitato numero di ipotesi previsto dal regolamento, poteri sostanzialmente diminuiti. Del pari, le regole di riparto della competenza tra l'EPPO e le autorità nazionali rischiano di condurre, in molti casi, a vedere lo stesso soccombente in caso di eventuali conflitti positivi di competenza, anche dal momento che a decidere, in ultima istanza, saranno quasi sempre le autorità giudiziarie degli Stati membri.

I motivi di insoddisfazione da parte italiana sono assolutamente giustificati, perché si è costruito un organo di procura che non è essenzialmente dotato di quegli strumenti di efficienza che invece dovrebbero caratterizzarlo in termini di possibilità di azione diretta, in una situazione in cui tutto è già reso complicato dal passaggio dal livello nazionale al sovranazionale.

La competenza dell'EPPO viene determinata attraverso il rinvio alla direttiva (UE) 2017/1371 sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione (“la direttiva PIF”) e comprenderà quindi tutti i reati lesivi di tali interessi, tanto sul versante delle entrate come su quello delle uscite, includendo anche le frodi all'IVA (ma solo qualora le relative condotte siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo pari alla considerevole cifra di almeno 10 milioni di EUR) e le condotte di corruzione attiva e passiva e quelle di appropriazione indebita che ledano gli interessi finanziari dell'Unione, nonché quelle di partecipazione ad un'organizzazione criminale (di cui alla decisione quadro 2008/841/GAI), quando l'attività dell'organizzazione



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

criminale sia incentrata sulla commissione dei reati PIF. A titolo di competenza c.d. “ancillare”, l’EPPO potrà inoltre procedere nei confronti di qualsiasi altro reato “indissolubilmente legato” ad un reato PIF, sia pur solo a determinate condizioni individuate dal regolamento, in particolare per ciò che riguarda la maggior gravità del reato PIF rispetto a quello connesso.

Per ciò che riguarda il controllo giurisdizionale, il regolamento EPPO prevede per la Corte di giustizia europea un ruolo ridotto, stabilendone la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale solo in relazione ad un numero assai limitato di ipotesi. L’EPPO disporrà di un elenco di misure d’indagine (sensibilmente ridotto rispetto all’originaria proposta della Commissione) che dovranno esser messe a sua disposizione, a condizione che il reato per cui si procede sia punibile con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione. Tra di esse figurano anche le misure di intercettazione che vengono tuttavia circondate da particolari cautele prevedendosi la possibilità, per gli Stati che lo desiderino, di limitarle solo a specifici reati gravi. In materia di libertà personale, i PED competenti, a seconda dei poteri di cui dispongano in forza del diritto nazionale in casi analoghi, potranno disporre direttamente od invece richiedere l’emissione di misure di arresto o di custodia cautelare, od ancora emettere o chiedere un mandato di arresto europeo ove il soggetto ricercato si trovi in un altro Stato membro.

Sotto il profilo delle garanzie procedurali di indagati e imputati, queste vengono rimesse ad un triplice livello di tutela, consistente nel rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, alle cinque direttive in materia di garanzie difensive già adottate dall’Unione ed infine alle garanzie addizionali previste dal diritto nazionale di ciascuno Stato partecipante. compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l’audizione di periti e l’escussione di testimoni, potendosi anche richiedere all’EPPO di raccogliere prove *“per conto della difesa”*.

Una volta divenuto operativo, l’EPPO dovrà instaurare “strette” relazioni di cooperazione con Eurojust, OLAF ed Europol e rapportarsi con gli altri partner dell’Unione, i paesi terzi e le organizzazioni internazionali attraverso la conclusione di accordi di lavoro di carattere tecnico/operativo finalizzati ad agevolare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le parti. A tal fine, in attesa della eventuale conclusione di nuovi accordi in futuro, sarà necessario fare in modo che l’EPPO possa avvalersi sin d’oggi, nel quadro della cooperazione internazionale, degli strumenti già esistenti cui sono parte i suoi Stati membri; ciò potrà avvenire, ad esempio, procedendo alla notifica da parte di ciascuno Stato dei propri PED quali soggetti della cooperazione.

7. Europol.

In relazione ad Europol si deve ricordare che le sue attribuzioni istituzionali sono state di recente rimodulate in senso maggiormente operativo per effetto del regolamento UE 2016/794 dell’11 maggio 2016 (che sostituisce la precedente decisione istitutiva e la normativa ad essa collegata a decorrere dal 1° maggio 2017); tale organismo ha la funzione di sostenere e potenziare l’azione delle autorità competenti degli Stati membri



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

e la loro cooperazione reciproca, al fine di prevenire e combattere la criminalità organizzata, il terrorismo ed altre forme gravi di criminalità che interessano due o più Stati membri, in modo tale da ledere un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione. Come sottolineato dal Dott. Menichelli il ruolo di Europol è fondamentale nella cooperazione giudiziaria in materia, anche alla luce del nuovo regolamento, dovendo fungere da raccordo tra vari attori presenti nell'Unione per contribuire a meglio definire le priorità strategiche nella lotta al crimine e in particolare al crimine organizzato attraverso la SOCTA (e per garantire al meglio l'attuazione di questi piani). In base al SOCTA 2017 l'Unione fisserà le proprie priorità strategiche per il periodo 2018/21; in tale documento Europol ha individuato alcune aree di interesse diciamo "funzionale" per la criminalità organizzata: contraffazione di documenti e il loro uso, riciclaggio, vendita *online* di beni e merci illegali, produzione, traffico e distribuzione di droga, *cybercrime*, traffico di migranti, traffico di essere umani, varie forme di frode. In questo documento si parla di criminalità organizzata in senso ampio e non con specifico riferimento alle mafie. Recentemente gli organi di cooperazione tra le forze di polizia sono stati rafforzati per affrontare gravi fenomeni come l'immigrazione clandestina, la tratta e il terrorismo.

8. Rete Giudiziaria Europea.

Rete giudiziaria europea (relazione De Amicis). Con la istituzione della Rete giudiziaria europea, avvenuta a seguito dell'Azione comune adottata dal Consiglio il 29 giugno 1998 sulla base dell'art. 3 del T.U.E., è stata incrementata in misura notevole la possibilità di agevolare i meccanismi di coordinamento della cooperazione giudiziaria attraverso l'individuazione di "punti di contatto" disseminati in ogni Stato membro. Con la decisione 2008/976/G.A.I. del 16 dicembre 2008, relativa alla Rete giudiziaria europea, il Consiglio dell'U.E. ha abrogato la precedente Azione comune 98/428/G.A.I. del 29 giugno 1998, rivedendo la struttura e le modalità di funzionamento di tale importante organismo, sulla base della positiva esperienza maturata nei vari settori della cooperazione giudiziaria penale lungo un arco di tempo ormai ultradecennale.

La modifica dell'organismo è stata dettata, essenzialmente, non solo da valutazioni legate al nuovo quadro normativo derivante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma anche dalle implicazioni del recente allargamento dello spazio territoriale dell'U.E. ai Paesi dell'est nel periodo 2004-2007, oltre che dall'impatto "epocale" determinato dalle prime applicazioni del principio del reciproco riconoscimento sulla funzionalità dei tradizionali strumenti della cooperazione giudiziaria di tipo "rogatorio" ed "estradizionale".

L'effetto di "decentralizzazione" dei meccanismi dell'assistenza giudiziaria penale – ormai sempre più condizionata dall'instaurazione di relazioni e contatti MAE diretti tra le competenti autorità giudiziarie, in virtù delle nuove forme di "dialogo" consentite dall'art. 6 della Convenzione europea di mutua assistenza giudiziaria tra gli Stati membri dell'U.E. del 29 maggio 2000 – ha registrato infatti un incremento esponenziale a seguito della progressiva "giurisdizionalizzazione" delle procedure di cooperazione introdotte dai nuovi istituti del reciproco riconoscimento delle decisioni



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

penali (mandato d'arresto europeo, congelamento e sequestro dei beni, mandato europeo di ricerca delle prove, ecc.), che proprio su meccanismi di relazione diretta tra le autorità giudiziarie fondano le rispettive modalità di esecuzione dei provvedimenti "circolanti" sul territorio europeo.

Sul piano delle relazioni funzionali con l'Eurojust – i cui membri nazionali possono partecipare alle riunioni della Rete ed accedere alle sue informazioni ed al suo sistema di telecomunicazione –, la linea di demarcazione tra i due organismi, reciprocamente autonomi anche se strutturalmente complementari, è stata individuata nella dimensione tendenzialmente bilaterale, ovvero multilaterale, delle rispettive sfere di attribuzioni: la Rete giudiziaria, infatti, ha operato soprattutto a livello di rapporti bilaterali, con il compito di snellire la fase propriamente esecutiva delle domande di assistenza giudiziaria, mentre l'Eurojust ha fatto leva sulle notevoli possibilità offerte dal "serbatoio" di dati ed elementi informativi in suo possesso, per coordinare e migliorare – non solo nella fase esecutiva, ma anche in quella prodromica all'attività rogatoriale – la definizione a livello multilaterale delle sempre più frequenti questioni problematiche poste dalle nuove esigenze di funzionamento della cooperazione giudiziaria penale.

Con l'Eurojust, in particolare, la Rete intrattiene rapporti di collaborazione "privilegiati", basati, secondo l'art. 10 della decisione, "sulla concertazione e sulla complementarità", attraverso l'istituzione di quella che appare una "micro-camera" di consultazione, sia pure informale, tra i vari punti di contatto di uno Stato membro, il membro nazionale dello Stato membro interessato e le nuove figure dei "corrispondenti nazionali" sia della Rete giudiziaria che dell'Eurojust.

9. MAE.

In relazione al MAE emerge una prassi piuttosto positiva dalle audizioni, ferme le proposte che saranno avanzate per un miglior monitoraggio delle criticità e superamento delle difficoltà applicative (sull'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte in materia si veda la relazione di Selvaggi, Cass., sez. VI, 23.9.2005, Ilie; SU, 30.1.2007, Ramoci, che ha affermato una serie di principi in tema di MAE, tutti all'insegna dell'obbligo per il giudice nazionale di interpretare le norme statali in maniera non contrastante con la decisione quadro). Si può ricordare che il dott. Selvaggi evidenzia come l'interpretazione e l'applicazione della normativa europea in tema di MAE deve misurarsi anche con le norme convenzionali cui gli Stati membri dell'Unione siano eventualmente legati, in particolare le decisioni della Corte di giustizia europea e, da ultimo, l'importante sentenza del dicembre 2016, C-182/2015 che evidenzia i problemi emergenti dall'incastro/conciliazione tra l'ordinamento dell'Unione e le altre convenzioni che eventualmente legano gli stessi Stati membri a Paesi Terzi, problema tanto più cruciale se si pensa che il rispetto dei diritti fondamentali (nel caso di specie quello del rispetto della cittadinanza) contrasta o comunque può contrastare con l'altro fondamentale interesse, cioè quello di fare giustizia.



10. Ordine europeo di indagine penale.

(v. contributo *Varraso*) La direttiva 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale, costituisce un tentativo di superamento del precedente quadro normativo in tema di ricerca ed acquisizione della prova nello spazio giudiziario europeo, giudicato frammentario ed insoddisfacente. Il riferimento, in particolare, è alla decisione quadro 2003/577/GAI, concernente l'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco di beni e sequestro probatorio, nonché alla decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca della prova, già abrogata dall'art. 1 del regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

Con specifico riguardo al contrasto alla criminalità organizzata, l'introduzione dell'ordine europeo di indagine penale è destinato ad apportare un sensibile miglioramento all'efficienza del sistema di cooperazione giudiziaria. La direttiva sull'ordine europeo mette infatti a disposizione un sistema agile ed onnicomprensivo, valevole per ogni tipologia di prova. La deroga al principio di doppia incriminazione, dettata per reati riconducibili all'attività della criminalità organizzata transazionale, comporta una sensibile riduzione delle ipotesi di rifiuto di riconoscimento dell'ordine. La direttiva offre inoltre un catalogo di atti d'indagine particolarmente pervasivi: basti pensare all'analitica disciplina delle intercettazioni telefoniche, delle acquisizioni bancarie e finanziarie anche in tempo reale, delle operazioni di infiltrazione.

Come osserva De Matteis, l'implementazione di tale strumento a livello europeo potrebbe rappresentare lo stimolo per l'avvio di un lavoro virtuoso da parte del legislatore europeo volto a perseguire l'armonizzazione delle discipline in materia; anche se, come osserva Spiezia, potrebbe anche esserci un irrigidimento dell'autorità giudiziaria richiesta che potrebbe non essere disponibile a raccogliere certi ordini in relazione a certe misure con quelle modalità, proponendo un ricorso a quelle clausole che consentono di proporre una misura diversa e meno intrusiva. Sicuramente si apre una prospettiva stimolante, perché si passa da un sistema molto rigido di assistenza, basato sul principio della richiesta, ad un sistema molto più flessibile ed elastico dove sarà molto importante il ruolo del giudice su come applicherà e interpreterà le clausole generali che governeranno la disciplina della misura, però anche molto incerto negli esiti e – come segnalato nella relazione annuale del 2016 – l'applicazione di questa nuova misura potrebbe determinare la necessità di un ricorso crescente ad Eurojust ed alla sua attività di mediazione.

L'iniziale inerzia nella trasposizione della direttiva risulta ad oggi largamente colmata: venti Stati membri hanno infatti comunicato alla Commissione l'adozione di misure di attuazione della direttiva. Per quanto attiene all'Italia, la legge 9 luglio 2015 n. 114 (c.d. legge di delegazione europea 2014) conteneva una delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/41/UE (art. 1, con riferimento all'ALL. B, punto 23).

Anteriormente all'attuazione della direttiva, il legislatore ha tuttavia proceduto a recepire le fonti sovranazionali destinate ad essere sostituite dalla direttiva sull'ordine europeo di indagine penale a partire dal 22 maggio 2017. In particolare, con legge 21 luglio 2016, n. 149, si è ratificata e resa esecutiva la Convenzione di Bruxelles relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea: la



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

legge in esame ha altresì delegato il legislatore alla sua attuazione, avvenuta con d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52. In attuazione della delega di cui alla legge 9 luglio 2015 n. 114, il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35 ha inoltre attuato la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. Non è dunque stato accolto l'invito formulato dal Consiglio superiore della magistratura in sede di parere sui relativi disegni di legge. Secondo l'organo di autogoverno della magistratura, infatti, sarebbe stato più opportuno recepire immediatamente la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, destinata entro breve a sostituire la Convenzione e la decisione quadro sul blocco dei beni (v. Parere su "Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale...". Delibera consiliare del 6 aprile 2016; nonché Parere sullo schema di decreto legislativo "Attuazione della decisione quadro 2003/577/GAI..." Delibera consiliare del 20 gennaio 2016, entrambi in *www.csm.it*).

Scaduto il termine per il recepimento, la direttiva 2014/41/UE è destinata ad assumere efficacia diretta verticale interna, divenendo vincolante nelle parti *self executing*. Di qui il rischio che le innovazioni recate dalla direttiva trovino ingresso negli ordinamenti interni attraverso il veicolo dell'attività d'indagine atipica, creando un modello aperto di prova europea.

Da ultimo, l'Italia ha tuttavia proceduto alla trasposizione della direttiva: il riferimento è al d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 che, nel suo impianto generale, appare largamente fedele all'impostazione seguita dal legislatore eurounitario. L'ordine europeo di indagine penale sostituisce così, nell'ambito applicativo della direttiva, lo strumento delle rogatorie internazionali, ridisegnato da ultimo dal d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, di modifica del libro XI del Codice di procedura penale, nonché la Convenzione di Bruxelles del 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati dell'Unione: quest'ultima resta applicabile nei rapporti con la Danimarca e l'Irlanda, che non hanno aderito alla direttiva.

11. Squadre investigative comuni.

Il 10 marzo 2016 è stato pubblicato il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 che attua nell'ordinamento italiano la decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni. La trasposizione della normativa in parola si poneva come un'urgenza per il legislatore italiano che, non avendo rispettato il termine ultimo per il recepimento da essa imposto – ossia il 1° gennaio 2003 – rischiava di subire una procedura di infrazione. Dal 1° dicembre 2014, infatti, non è più in vigore il regime transitorio relativo ai meccanismi di tutela giurisdizionale con riferimento agli atti di ex terzo pilastro dell'Unione europea di cui all'art. 10 del protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE, con la conseguenza che la Corte di giustizia può censurare gli Stati membri che non ottemperino agli obblighi di attuazione del diritto europeo anche con riferimento al settore della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Il d.lgs. n. 34/2016 contiene la disciplina relativa alla costituzione ed al funzionamento delle SIC, operanti nel territorio dell'Unione europea, istituite su



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

iniziativa di un'autorità italiana ovvero di autorità di altro Stato membro cui l'Italia sia invitata a partecipare.

La disciplina è oggi completata dall'art. 729-*quinquies* c.p.p., introdotto dal d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, e rubricato «Squadre investigative comuni». La norma in esame, in particolare, disciplina l'ipotesi in cui siano interessate le autorità giudiziarie di Stati non appartenenti all'Unione europea: in tal caso, la costituzione della squadra investigativa comune, oggetto di necessaria comunicazione al Ministro della Giustizia, è ammessa nei soli casi previsti dagli accordi internazionali, e alle condizioni previste dalla legge.

Le SIC costituiscono una forma di cooperazione non rogatoria finalizzata all'accertamento e alla repressione di forme di criminalità transazionale. La novità di maggiore impatto dello strumento consiste nel fatto di non prevedere mere misure di coordinamento tra organi requirenti nazionali bensì di consentire la formazione di un gruppo investigativo internazionale che agisce nell'ambito di un obiettivo comune, operando simultaneamente nei vari Stati membri interessati dalle indagini. Tale modalità operativa dovrebbe realizzare una maggiore efficacia repressiva nei confronti di quei crimini (in particolare, traffico di droga, terrorismo, tratta di esseri umani, pedopornografia, criminalità informatica) che agiscono sempre più su scala internazionale, con conseguente frazionamento della fattispecie criminosa tra i vari Stati membri che, caratterizzandosi per normative penali talora assai difformi, determinano seri ostacoli alle attività investigative e repressive.

L'idea di costituire delle SIC risale al trattato di Amsterdam del 1997, ma la prima disciplina di dettaglio è riscontrabile solo nell'art. 13 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 2000. I ritardi registrati nella ratifica di tale Convenzione – che richiedeva, per entrare in vigore, l'adesione da parte di almeno otto Stati membri – oltre all'accresciuta percezione dell'importanza dello strumento, alla luce degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 hanno determinato il Consiglio ad adottare un nuovo strumento normativo, a carattere maggiormente vincolante. La disciplina delle SIC è stata quindi riproposta all'interno della decisione quadro 2002/465/GAI ma – nonostante le intenzioni del Consiglio – la sua attuazione negli Stati membri ha richiesto molto più tempo del previsto: solo pochissimi Stati hanno rispettato il termine del 1° gennaio 2003, mentre la maggioranza ha predisposto norme interne di attuazione solo nel corso del 2005. L'Italia, infine, è giunta a recepire la suddetta decisione quadro con ben tredici anni di ritardo rispetto al termine formale di trasposizione.

Nella prassi è emersa l'importanza delle squadre investigative comuni, come evidenziato da diverse procure e DDA – Castellani (Torino), Gatti (Bari), Paci (Reggio Calabria) –, come strumento per promuovere un efficace e più proficua cooperazione già nella fase delle indagini, coinvolgendo attivamente i colleghi stranieri; e del resto tale strumento è raccomandato anche nel libro bianco del Consiglio d'Europa. In particolare il procuratore Gatti ha riferito circa la costituzione di una squadra investigativa comune con le autorità albanesi da parte della procura di Lecce (1° dicembre 2016) al fine di combattere il narcotraffico (l'Albania è diventato paese di coltivazione) e anche la procura di Bari sta per costituire una, sempre con le autorità albanesi ("è stato firmato



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

anche un Memorandum di Intesa da Roberti il 5 novembre 2014 con il Procuratore Generale dell'Albania finalizzato a potenziare". "Si sta lavorando molto per potenziare la cooperazione giudiziaria con l'Albania... cooperazione che deve assumere i caratteri della cooperazione strutturata, di sistema"); il procuratore Cieri (Bologna) ha evidenziato un esempio virtuoso relativo alla costituzione di una squadra investigativa applicando la legge n. 146/2006, che disciplinava l'accordo diretto in tal senso tra le autorità giudiziarie, in un periodo in cui non erano state ancora disciplinate le squadre comuni, anche se per accelerare le operazioni fu necessario l'invio di un ufficiale di polizia giudiziaria in Spagna presso l'UDICO che ha personalmente sollecitato e guidato le attività di investigazione. La Procura di Torino ha già fatto richiesta di costituzione di SIC con la Spagna (Castellani). In relazione alle squadre investigative comuni, sembra emblematico quanto affermato dal Dott. Spiezia: "Sì, intanto è uno strumento nuovo rispetto al quale va maturata anche una progressiva consapevolezza e conoscenza delle possibilità operative, che si sta dimostrando molto utile nella pratica non solo e non tanto per lo scambio informativo, che consente di realizzare in modo semplificato rispetto allo schema rogatorio, ma proprio perché diventa momento di condivisione di una esperienza investigativa e di una esperienza pregiudiziale anche dei fenomeni criminali che si stanno indagando, perché quando parliamo di criminalità organizzata, specie di tipo mafioso, i nostri *partners* europei hanno spesso difficoltà a comprendere l'esatta portata di questi fenomeni criminali e le forme di manifestazione che si proiettano nel loro territorio, le quali sono evidentemente soltanto un aspetto esteriore dell'operatività dell'associazione criminale di tipo mafioso. La definizione, quindi, di una squadra è proprio l'occasione per la condivisione di una informazione pregiudiziale epistemologica sul fenomeno criminale in sé e per sé e poi per la condivisione di un'esperienza investigativa, di un approccio investigativo. Per esempio, l'esperienza che hanno le autorità giudiziarie e le *law enforcement* di polizia in materia di intercettazioni non è comune a gran parte delle altre polizie giudiziarie e delle altre magistrature europee. Cambiano i presupposti, sono diversi gli statuti normativi, ma è anche proprio diverso l'approccio al ricorso a questo strumento come tecnica di emersione di una conoscenza che ovviamente è fortemente condizionata dal vincolo omertoso dell'organizzazione, per cui è chiaro che l'investigatore italiano e il PM italiano sanno che non possono prescindere dal ricorso a questo strumento molto intrusivo specialmente nelle forme delle intercettazioni". Il procuratore Gatti sottolinea che "la squadra investigativa comune 'deve essere una soluzione organizzativa fisiologica', cioè deve diventare un *modo* di fare indagini, soprattutto di fare indagini in contesti di globalizzazione, dove la criminalità oggi è sempre più criminalità transnazionale" (anche per la lotta al terrorismo).

12. Reati scopo.

In relazione ad alcuni reati scopo che sono stati oggetto di contributi, senza nessuna pretesa di completezza (impossibile nei tempi dati, molti esperti contattati non



Parte I – Stati generali della lotta alla criminalità organizzata

hanno dato la loro disponibilità), si rinvia direttamente alla parte propositiva e alle relative specifiche relazioni.

PROPOSTE DI PARTE GENERALE

PROPOSTA N. 1

DIRETTIVA IN MATERIA DI CRIMINE ORGANIZZATO

1.1. Nozione di crimine organizzato.

L'Italia dovrebbe sollecitare una ripresa del dibattito sull'opportunità di introdurre una direttiva in materia di lotta al crimine organizzato per promuovere l'armonizzazione in materia, quale presupposto di una più efficace cooperazione giudiziaria. Dato che le disposizioni del Trattato affidano a un gruppo di Stati la possibilità di avanzare proposte, l'Italia, insieme a un gruppo di Stati più consapevoli del fenomeno, dovrebbe prendere l'iniziativa per colmare il vuoto lasciato dal Consiglio europeo nell'elaborazione di direttive strategiche. Nel fare ciò si deve considerare che, prendendo le mosse da una accurata analisi dell'attività delle mafie italiane all'estero, è stato acutamente osservato che pur risultando attraente l'idea che un'efficace azione di contrasto richieda necessariamente una legislazione europea antimafia *modellata* su quella del nostro ordinamento nazionale, tale idea «si fonda sull'erroneo presupposto che le organizzazioni criminali tendano ad operare nello stesso modo in ciascun territorio»¹⁸ (vedi contributo Balsamo in materiali esperti).

1) Il nuovo strumento dovrebbe prevedere la regola già prevista dall'articolo 2 par. 2 della Decisione quadro del 2002 (disposizione non ripresa nella decisione quadro del 2009), che stabilisce che “indipendentemente dal fatto che abbiano scelto di punire la condotta di cui alle lettere a) e b), gli Stati membri si presteranno alla più ampia assistenza per i crimini o i reati di cui al presente articolo”. Una simile disposizione impone agli Stati membri di garantire la cooperazione giudiziaria in tale settore in ogni caso, indipendentemente dalla nozione di crimine organizzato adottata (Salazar).

A tal riguardo, i dati fruibili relativamente alle soluzioni adottate a livello degli altri ordinamenti europei non forniscono spunti di particolare rilievo. Molte legislazioni recepiscono i modelli ‘ambigui’ ricavabili dagli strumenti sovranazionali prima menzionati. Uno spunto interessante può essere tratto dalla precedente legislazione austriaca (fino al 2013 art. 278 a StGB) che, sebbene preveda in genere quale scopo dell'associazione la commissione di specifici reati (gravi), prevede altresì (punendola peraltro più gravemente) l'ipotesi del gruppo che operi allo scopo di influenzare la politica o l'economia (quest'ipotesi è stata abrogata nell'attuale versione), o tenti di

¹⁸ CAMPANA, *Understanding Then Responding to Italian Organized Crime Operations across Territories*, in *Policing*, 2013.



Parte I – Proposte di parte generale

intimidire o corrompere terzi soggetti. Trattasi di ipotesi in cui passa in secondo piano la necessità di un programma criminoso specifico, mentre la fattispecie si concentra sulle modalità della condotta descritta facendo riferimento al metodo corruttivo in alternativa alla intimidazione (contributo Sicurella – relazione Militello). Si propone (contributo Prof. Sicurella) una fattispecie che traduca,

1) quanto alla ‘consistenza’ minima dell’associazione, le acquisizioni consolidate della giurisprudenza circa “l’organizzazione minima di uomini e di mezzi” purché “concretamente idonea” rispetto allo scopo;

2) quanto alla finalità quella di guadagno/vantaggio economico finanziario (eventualmente con qualche specificazione come quella relativa all’infiltrazione nelle procedure di appalto) e

3) come metodo/ modalità tipica di agire “l’agire sistematicamente illecito”. Con riguardo a quest’ultimo profilo infatti, quello che emerge dalle vicende più recenti, anche italiane, è che si tratta di ipotesi in cui l’azione del gruppo viene indicata come “sistema criminale”; la rilevanza penale discende da una forma di più generico (e sottile) condizionamento rappresentato dall’agire illecito del gruppo che, allorquando riferito a interi settori economici, ne compromette l’accesso a chi non si conformi a tale ‘sistema’ (quella che il Procuratore Zuccaro definisce “intimidazione ambientale”). Il riferimento al “sistema” dovrebbe essere combinato con il riferimento alla ordinaria ricorrenza di modalità corruttive quale collante del sistema, e/o l’intimidazione, elemento sottolineato in tutte le audizioni come modalità fondamentale dell’azione delle classiche organizzazioni criminali, prima fra tutte la ‘ndrangheta, che operano in territori non tradizionali, sia in Italia sia all’estero. Castellani, consapevole della difficoltà di applicare la fattispecie di cui all’art. 416 *bis* in Piemonte, evidenzia che si deve fare riferimento al “metodo intimidatorio sganciandolo dalle sue origini socio criminologiche prettamente italiane, altrimenti la difficoltà è quella di non riuscire a convincere gli altri Stati europei”.

4) In tale direzione sembra assolutamente interessante la proposta (contributo Balsamo) di promuovere l’armonizzazione delle legislazioni attorno all’incriminazione di un modello di comportamento il cui disvalore è largamente percepito nei diversi contesti nazionali, come *la alterazione delle “regole del gioco” dell’economia di mercato mediante dinamiche violente o intimidatorie*. Probabilmente una tale specificazione potrebbe ulteriormente esplicitare il concetto di “agire sistematicamente illecito”.

Si riuscirebbe, in questo modo, ad inserire nei vari ordinamenti una fattispecie capace di focalizzare la *capacità di condizionamento esercitata dalle organizzazioni mafiose sul tessuto imprenditoriale*, inquadrandola nel contesto della tutela penale di un valore protetto sia a livello costituzionale sia a livello “eurolunitario”, quale è la *libertà di concorrenza*, intesa non solo come diritto fondamentale del singolo ma anche come elemento ordinatore dell’economia, capace di incidere fortemente sull’organizzazione sociale degli Stati membri a salvaguardia delle libertà individuali.

In tale direzione si muovono anche le proposte della Procura catanese di inserire indicatori come la violazione della concorrenza tramite intimidazione, violenza, corruzione, concorrenza sleale (ipotesi, quest’ultima, non necessariamente indicativa).



Parte I – Proposte di parte generale

1.2. Associazione di carattere transnazionale.

(v. audizione *Spiezia*) Si propone di valorizzare il carattere transnazionale dell'organizzazione. In considerazione dei diversi contesti sociali pregiudiziali degli altri paesi, la mafiosità non può connotarsi come capacità di controllo del territorio denominatore difficile da trapiantare in contesti diversi. «Il problema, secondo me, è quello di poter concepire una fattispecie in cui alcune manifestazioni di questa mafiosità possono manifestarsi in un territorio di uno stato membro, ma la proiezione, l'attività economica, il risultato di questa mafiosità può essere prodotto in un altro contesto territoriale. Questa potrebbe essere una soluzione molto innovativa»; «esistono ormai delle realtà criminali totalmente autonome e svincolate dall'Italia», non solo le mafie italiane che operano all'estero.

“Avendo riguardo alla Convenzione ONU del 2000 e ai contenuti traspositivi assicurati dalla legge 146/2006, emerge come sia sottovalutata nella prassi la dimensione transnazionale delle organizzazioni criminali endogene di tipo mafioso, perché alla luce della sentenza Adami delle Sezioni Unite Penali del 2013 (31.1.2013 (dep. 23.4.2013) n. 18374)” la circostanza aggravante ad effetto speciale della cd. transnazionalità, prevista dall'art. 4 della legge 16 marzo 2006 n. 146, è applicabile al reato associativo, sempre che il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione stessa “e quindi l'appropriazione di questo meccanismo, così come delineato nella giurisprudenza delle sezioni unite, presuppone la dualità delle associazioni: l'associazione base e l'associazione transnazionale che dà il contributo all'associazione. Invece nella pratica noi vediamo che è proprio l'associazione criminale endogena di tipo mafioso che ha ramificazioni transnazionali con la presenza di soggetti che svolgono stabilmente dei ruoli all'estero, o in funzione di riciclaggio o per assicurare i giusti canali e contatti, quindi non solo per esigenze di reinvestimento di profitti ma anche per lo sviluppo delle attività delittuose”. La cooperazione potrebbe già essere incrementata, allora, in questa prospettiva valorizzando proprio il carattere transnazionale della relativa associazione.

Spiezia, inoltre, evidenzia che nel nostro ordinamento non sussiste una specifica aggravante ed emergono contenuti normativi divergenti sul piano europeo, quindi in questo senso sembra da condividere l'invito del Parlamento Europeo, nella risoluzione del 25 ottobre 2016 sulla lotta contro la corruzione, circa una nuova iniziativa normativa sul piano europeo che possa contemplare anche i caratteri di un'associazione di tipo mafioso, cioè strutturata secondo le caratteristiche di mafiosità del nostro articolo 416 bis, ma in più, evidenziando “la natura transnazionale della associazione”.

1.3. Concorso esterno.

(v. audizione *Balsamo*) Un significativo riferimento all'area coperta, nell'ordinamento italiano, dalla figura del concorso esterno, è contenuta nella risoluzione sulla criminalità organizzata nell'Unione Europea, adottata dal Parlamento



Parte I – Proposte di parte generale

europeo il 25 ottobre 2011, che ha richiesto alla Commissione «che venga esaminata con maggior rigore la questione della criminalizzazione di qualsiasi forma di sostegno alle organizzazioni criminali». L'opzione di politica penale indicata dal Parlamento europeo, a proposito del trattamento da riservare alle forme di contiguità alla criminalità organizzata, è quindi quella favorevole alla qualificazione come reato della generalità delle condotte inquadrabili nell'ampia nozione di "sostegno". Si tratta di un risultato che può essere perseguito attraverso una pluralità di soluzioni tecniche.

1) *Concorso di persone*. La prima, analoga a quella accolta nel nostro ordinamento, consiste nell'innesto sulla fattispecie associativa delle regole ordinarie in tema di concorso di persone nel reato. È questa la strada seguita dall'ordinamento francese, dove, con il codice del 1994, alla tradizionale fattispecie della "associazione di malfattori" non è stata più affiancata la speciale ipotesi criminosa (prevista già dal codice napoleonico del 1810) concernente gli aiuti ad essa apportati dall'esterno, sulla base dell'assunto che per la punibilità di queste ultime condotte sia sufficiente applicare la regola generale in tema di "complicità", inserita nella disciplina del concorso criminoso.

2) *Fattispecie autonoma*. Una seconda soluzione, prevalente nel panorama comparatistico a livello europeo, consiste, invece, nell'espressa tipizzazione di una speciale fattispecie di sostegno o contiguità rispetto ad organizzazioni criminali.

Tale soluzione, si può aggiungere, potrebbe risultare maggiormente conforme al principio di tassatività.

In questo senso si sono orientati i codici penali del Belgio e del Lussemburgo, che, oltre a mantenere le tradizionali figure della associazione di malfattori e dell'aiuto ad essa prestato dall'esterno, hanno introdotto alla fine degli anni '90 del secolo scorso le fattispecie della "organizzazione criminale", stabilendo la punibilità non solo di "chiunque ne fa attivamente parte", ma anche di chi "partecipa alla preparazione o alla realizzazione di qualsiasi attività lecita dell'organizzazione criminale", e di chi "partecipa a qualsiasi decisione nel quadro delle attività dell'organizzazione criminale con la consapevolezza di contribuire agli obiettivi di essa".

Una descrizione legale più analitica delle condotte di contiguità all'associazione è contenuta nel codice penale portoghese, che prevede la punibilità di "chi appoggia l'associazione", in particolare "fornendo armi, munizioni o strumenti di delitto, protezione o locali per le riunioni, o qualsiasi aiuto al fine del reclutamento di nuovi elementi".

Nel codice spagnolo si riscontra, invece, una disciplina differenziata delle condotte di contiguità rispettivamente per l'associazione criminale "comune" e per quella di matrice politico-terroristica. Con riguardo alla prima, viene assoggettato a pena "chiunque con la sua cooperazione economica o di qualsiasi altro tipo, in ogni caso rilevante, favorisce la fondazione, l'organizzazione o l'attività dell'associazione illecita". Invece, con riguardo alla seconda tipologia associativa, il legislatore fornisce una definizione sintetica del "collaboratore esterno" punibile, individuato nel soggetto che "effettua, ottiene o facilita un atto di collaborazione alle attività o alle finalità" dell'organizzazione politico-terroristica; quindi elenca varie ipotesi di collaborazione, riguardanti, tra l'altro le "attività d'indagine e la vigilanza su persone, beni o impianti", la "costruzione, predisposizione, cessione o utilizzazione di depositi, alloggiamenti", "l'occultamento o il



Parte I – Proposte di parte generale

trasferimento di persone affiliate all'associazione"; infine, inserisce una norma di chiusura vistosamente onnicomprensiva, inquadrando nella nozione di collaborazione punibile *"qualsiasi altra forma equivalente di cooperazione, aiuto, intervento, economico o di altro genere, alle attività"* delle suddette organizzazioni.

L'effetto estensivo della punibilità è ulteriormente accresciuto dall'applicazione delle regole generali sul concorso di persone alle fattispecie associative, comunemente ammessa dalla dottrina prevalente in Spagna.

Germania. Alle stesse conclusioni giunge la dottrina maggioritaria in Germania, dove pure il codice penale sancisce, per le associazioni criminali "comuni" e per quelle terroristiche, la punibilità non solo di chi "partecipa come membro", ma anche di chi le "sostiene" dall'esterno. Viene generalmente ammessa la rilevanza penale di ulteriori condotte per effetto della funzione "integrativa" svolta dalla regola generale in tema di complicità, inserita nella disciplina del concorso di persone.

Svizzera. La fattispecie del "sostegno" nei confronti dell'organizzazione criminale è specificamente tipizzata anche dal codice penale svizzero, dove si precisa che il sostegno deve riguardare le attività criminali dell'associazione.

Austria. Nel codice penale austriaco, si esplicita che la condotta di partecipazione all'associazione è integrata sia da *"chi realizza una condotta punibile nell'ambito degli scopi criminali dell'associazione"*, sia da chi *"partecipa consapevolmente alle attività dell'associazione attraverso l'apprestamento di informazioni o di valori patrimoniali o in altra maniera, in modo da agevolare l'associazione o le sue azioni criminose"*.

Dal panorama comparatistico emerge quindi la netta prevalenza di una tecnica di criminalizzazione diretta soprattutto "a includere" quanto più possibile, invece che a selezionare le condotte ritenute maggiormente pericolose tra quelle in qualche modo connesse all'operare di una organizzazione criminale (contributo Balsamo; su tutti i riferimenti comparatistici v. Visconti, *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un'auspicabile (ma improbabile?) riforma "possibile"*, in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca, Visconti, Torino, 2010, 189 ss.); ciò non toglie che come Tavolo XV si ritiene auspicabile una specifica tipizzazione delle forme di contributo strumentale all'organizzazione criminale, ritenute meritevoli di intervento penale.

È appena il caso di segnalare la continuità tra tale orientamento e le linee-guida tracciate dalla risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 25 ottobre 2011.

Il riscontro di una indubbia adeguatezza sul piano della formulazione legislativa non esaurisce però il tema della effettività del contrasto delle forme di sostegno alle organizzazioni criminali: a questa prima verifica condotta sulla *law in the books* deve, infatti, accompagnarsene un'altra relativa alla *law in action*, per stabilire in che misura le condotte di contiguità siano realmente percepite e colpite dal sistema penale (v. contributo Balsamo).

* * *



PROPOSTA N. 2
ADOZIONE A LIVELLO EUROPEO DI MISURE DI PREVENZIONE
CONTRO L'INFILTRAZIONE CRIMINALE NELL'ECONOMIA

2.1. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario dei beni.

L'Italia potrebbe invocare a livello europeo uno strumento destinato a sollecitare l'adozione di strumenti di prevenzione dell'infiltrazione criminale nell'economia lecita come l'amministrazione giudiziaria dei beni, sul modello dell'art. 34 d.lgs. n. 159/2011, o il controllo giudiziario *ex art. 34 bis* introdotto dalla legge n. 161/2017; si tratterebbe di una strategia di intervento contro l'infiltrazione criminale nell'economia, ispirata al rispetto del principio di proporzionalità laddove tale forma di intervento meno invasiva e priva degli effetti definitivi della confisca, possa essere ritenuta sufficiente (sollecita tale approccio anche Balsamo).

In questa direzione si può ricordare che la legge n. 161/2017 sembra voler valorizzare la misura dell'amministrazione giudiziaria rendendola applicabile anche nei confronti di soggetti pericolosi ¹⁹, laddove si ritenga che tale misura sia sufficiente a bonificare l'impresa e si possa rinunciare al sequestro e alla confisca in presenza di un'attività economica vitale; si tratterebbe di ipotesi di "infiltrazione criminale meno spesse" o "delle attività economiche intaccate da infiltrazioni mafiose ma sostanzialmente sane" ("tanto più se complesse e di dimensioni rilevanti"). Quest'ultima logica sembra, in realtà, già ispirare nella prassi taluni provvedimenti di cui all'art. 34 d.lgs. n. 159/2011 applicati dal Tribunale di Milano, in conformità al principio di proporzionalità, che suggerisce l'utilizzo progressivo degli strumenti in esame (amministrazione giudiziaria e confisca) e ha ispirato il caso Tecnis della sezione misure di prevenzione del Tribunale di Catania (audizione Fanara, Procura di Catania). Al principio di proporzionalità era ispirato, del resto, il progetto della Commissione Fiandaca del 2001 che nel tentativo di "ammodernare nelle fondamenta la stessa logica dell'intervento preventivo" proponeva una serie di nuovi strumenti volti a "recidere il perverso intreccio tra mafia, mondo delle imprese e sistema economico", in una dialettica, si sottolinea nella relazione, non vetero-sanzionatoria, ma piuttosto finalizzata ad emancipare le imprese dal potere mafioso e a porle in condizioni, responsabilizzandole o rieducandole si potrebbe dire, di operare nel rispetto delle regole del mercato, secondo normali criteri di efficienza economica (questa è del resto la filosofia sottesa alla responsabilità degli enti *ex d.lgs. 231/2001*, prevista anche per il reato di associazione di stampo mafioso). Tale logica potrebbe essere considerata conforme

¹⁹ La clausola "*e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione*", è stata sostituita con l'espressione "*e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I del presente titolo*". Sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017*, cit., 47 ss.



Parte I – Proposte di parte generale

alle indicazioni della Direttiva 42/2014 che al considerando 17 e 18 promuove l'applicazione del principio di proporzionalità.

Tutto ciò presuppone già a livello interno, la necessità di riformare la relativa procedura, garantendo i diritti della difesa: allo stato non è possibile impugnare il provvedimento di amministrazione giudiziaria *ex art. 34 d.lgs. n. 159/11*.

Sempre in conformità al principio di proporzione, appare interessante un altro strumento introdotto dalla l. 161/2017 con l'art. 34 *bis*, e cioè il controllo giudiziario come autonomo strumento ("Controllo giudiziario delle aziende"); sarebbe applicabile qualora l'agevolazione degli interessi mafiosi da parte di un'azienda "risulta occasionale" e "sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività": il Tribunale può limitarsi a imporre all'azienda oneri comunicativi nei confronti dell'autorità giudiziaria e di polizia, oppure nominare una sorta di tutor (definito impropriamente "amministratore giudiziario") che, guidato dal giudice delegato, attui una "vigilanza prescrittiva" entro un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre, al fine di munire l'attività imprenditoriale dei presidi occorrenti per tenerla indenne dal condizionamento mafioso. Anche tale misura rimane nei confini di uno strumento autenticamente preventivo contro forme di infiltrazione criminale nell'economia lecita.

* * *

PROPOSTA N. 3 MODIFICHE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI CONFISCA IN ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 42/2014 E AI FINI DEL MUTUO RICONOSCIMENTO DEI PROVVEDIMENTI DI CONFISCA (Regolamento UE 2018/1085)

In relazione alla confisca si propongono due piani di lavoro: da una parte delle modifiche della disciplina della confisca penale per razionalizzare la disciplina anche in considerazione delle indicazioni provenienti dalla Direttiva n. 42/2014, trascurate dal d.lgs. n. 202/2016 di attuazione; dall'altra parte si auspicano degli interventi di riforma del procedimento volto all'applicazione della confisca di prevenzione, per renderlo conforme ai principi della materia penale in considerazione dell'adozione del Regolamento UE 2018/1085 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, anche senza condanna, emanati in materia penale.

3.1. Confisca penale.

1) Confisca penale. Inserire la disciplina della confisca *ex art. 12 sexies d.lgs. n. 306/92* nell'ambito del codice penale, ad esempio in un nuovo art. 240 *bis*, in



Parte I – Proposte di parte generale

considerazione del rilievo che assume nell'ordinamento questa forma di confisca "allargata" che corrisponde alla forma di confisca estesa disciplinata dall'art. 5 della Direttiva n. 42/2014. *Questa proposta, successivamente alla redazione finale della relazione, è stata recepita con l'introduzione dell'art. 240 bis c.p. da parte del d.lgs. n. 21/2018 in conformità alle indicazioni della Commissione Marasca*²⁰.

2) Prevedere una disciplina generale della confisca per equivalente nell'ambito dell'art. 240 c.p. come forma surrogatoria della confisca diretta del profitto, ponendo fine tra l'altro alle problematiche in materia di successione di leggi o a forzature interpretative del concetto di profitto determinate dall'impossibilità in talune ipotesi di applicare la confisca per equivalente (l'art. 4 della Direttiva n. 42/2014 prevede la confisca per equivalente).

3) Riformare l'art. 240 c.p. prevedendo al suo interno una disciplina generale valida per ogni ipotesi di confisca (del provento o degli strumenti del reato) che il legislatore deciderà di prevedere, salva espressa deroga legislativa e salva la disciplina prevista dall'art. 12 *sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356, ora art. 240 bis c.p. in seguito all'introduzione del d.lgs. n. 21/2018; si dovrebbe trattare di una serie di disposizioni comuni di carattere generale e a contenuto prevalentemente garantistico, cui dovrà essere coordinata ed adeguata anche la disciplina della confisca nei confronti degli enti di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (si vedano le proposte della Commissione Marasca, sopra citata, che riprende i lavori della Commissione Palazzo²¹).

a) Si dovrebbe prevedere il carattere obbligatorio della confisca del profitto eliminando la diversa disciplina tra la confisca del prezzo (obbligatoria) e quella del profitto (facoltativa).

b) Inserire una clausola dell'onerosità, in conformità al considerando n. 17 e 18 della Direttiva n. 42/2014, e come del resto già previsto in diversi ordinamenti stranieri.

c) Inserire una nozione di provento del reato alla luce della Direttiva 42/2014 e in risposta alle esigenze di tassatività.

d) Salvaguardia dei diritti del danneggiato: è confiscata esclusivamente la parte che non deve essere restituita al danneggiato, evitando però di far dipendere il provvedimento ablatorio dal comportamento del danneggiato. Si suggerisce di prevedere che, da una parte, il danneggiato possa esercitare il diritto al risarcimento anche sui beni oggetto di confisca, qualora il patrimonio dell'autore del reato sia incapiante; dall'altra, che la non applicazione della confisca sia subordinata all'effettivo esercizio del diritto alla restituzione da parte del danneggiato, come, del resto, affermato dalla Suprema Corte.

²⁰ La Commissione, presieduta dal dott. Gennaro Marasca, istituita con decreto del Ministro della giustizia del 3 maggio 2016, e composta da magistrati e professori universitari, per l'elaborazione di una proposta attuativa della delega di recepimento del principio della cd. "tendenziale riserva di codice in materia penale".

²¹ "Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale" elaborato dalla Commissione ministeriale istituita con D.M. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo.

e) Sottrazione del profitto presso terzi, nonché, come affermato nel Progetto Pisapia, “il perfezionamento della disciplina di tutela dei terzi che vantano diritti sulle cose confiscate”, anche alla luce dell’art. 6 della Direttiva (considerando n. 24).

f) L’applicazione della confisca diretta e obbligatoria del profitto anche in caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione del reato: la confisca obbligatoria degli stessi beni, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato (nel progetto Pisapia lettera a), comma 2, art. 55, ultimo periodo), in conformità alle indicazioni della sentenza Lucci, S.u. 2015, n. 31617 (una simile soluzione si dovrebbe prevedere anche in conformità all’art. 4, c. 2 della Direttiva n. 42/2014).

Sembra discutibile, invece, l’estensione di una simile soluzione nei confronti della confisca allargata *ex art. 12 sexies* d.l. 306/’92, - ora art. 240 bis c.p. in seguito all’introduzione del d.lgs. n. 21/2018 -, da parte della l. 161/2017 (osservazioni Maugeri sul disegno di legge n. 2134²²).

g) La confisca degli strumenti del reato: si dovrebbe richiedere un nesso sostanziale dello strumento con il reato, se si vuole salvaguardare la natura preventivo-interdittiva della confisca che, altrimenti, acquista carattere punitivo.

h) Per evitare che si possano verificare casi di moltiplicazione sostanziale del provvedimento ablatorio, che sarebbero irragionevoli perché in contrasto con ogni sua funzione, si dovrebbe espressamente prevedere che nel caso di concorso di persone nel reato sia confiscabile nei confronti del singolo concorrente solo il provento che egli abbia tratto dalla partecipazione al reato.

3.2. Confisca allargata, in seguito a condanna, *ex art. 12 sexies* d.l. 306/92 (ora art. 240 bis c.p. in seguito all’introduzione del d.lgs. n. 21/2018).

L’art. 27 del d.d.l. 2134/S approvato alla Camera dei deputati nel novembre del 2015 “Modifiche al Codice antimafia e delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate”, A.C. 1039 e abb., recepito con la legge n. 161/2017 (art. 31, c. 1, lett. a), della l. 17 ottobre 2017, n. 161), nonché l’art. 13-ter, c. 1, del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172, hanno riformato la confisca allargata *ex art. 12 sexies* d.l. 306/92. Per le critiche al progetto si vedano le osservazioni di Maugeri al disegno di legge n. 2134, tra i materiali dei componenti della commissione²³.

Successivamente alla consegna della relazione l’art. 12 *sexies* (commi 1, 2 -ter, 4 -bis, 4 -quinquies, 4 -sexies, 4 -septies, 4 -octies e 4 -novies) è stato abrogato dall’articolo 7,

²² Da ultimo sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *La riforma della confisca* (d.lgs. 202/2016). *Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione* (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018), in *Arch. pen.* 2018, Speciale riforme, 236 ss.

²³ Sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *La riforma della confisca* (d.lgs. 202/2016), cit.



Parte I – Proposte di parte generale

c. 1, lett. l), del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 e la disciplina della confisca allargata è stata, innanzitutto (c. 1 e 2 ter), trasposta nel nuovo art. 240 *bis* c.p., introdotto dall'art. 6, c. 1, d.lgs. n. 21/2018²⁴.

In questa sede in chiave propositiva basti sottolineare la necessità di garantire l'*udienza camerale* nell'ambito del procedimento in fase di esecuzione destinato ad applicare la confisca in questione in modo da garantire il *contraddittorio*, consentendo al condannato di giustificare l'origine dei suoi beni come previsto dallo stesso art. 12 *sexies* l. 356/92 (ora art. 240 *bis* c.p.); nonché il ricorso in appello. In tale direzione si deve ricordare che la Corte EDU, nella sentenza *Paraponiaris c. Grecia*, afferma l'illegittimità ai sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza (art. 6, c. 2), delle confische inflitte con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione e in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa²⁵. Si potrebbe attribuire la competenza in materia alla sezione misure di prevenzione come giudice specializzato nell'adozione dei provvedimenti contro il patrimonio e, quindi, il rinvio al relativo procedimento.

3.3. Confisca di prevenzione (art. 24 d.lgs. n. 159/11).

In materia dovrebbero, innanzitutto, essere salvaguardati taluni approdi interpretativi maggiormente garantistici in termini di tutela dei diritti fondamentali, come ad esempio la necessità dell'accertamento della *correlazione temporale* tra la manifestazione di pericolosità sociale e l'acquisto dei beni da confiscare (S.U. Spinelli); o la necessaria *motivazione 'in positivo' dei profili di attualità* della pericolosità per tutte le categorie tipizzate, anche per i soggetti indiziati di partecipazione ex art. 416 *bis* c.p. ("se, nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, sia necessario accertare il requisito della attualità della pericolosità del proposto" deve risponderci affermativamente, S.U. 30 novembre 2017). Per le critiche alla riforma si vedano le osservazioni Maugeri al disegno di legge n. 2134, tra i materiali dei componenti della commissione (estensione dell'ambito di applicazione soggettivo, estensione della confisca per equivalente ai successori, l'impossibilità di addurre i redditi sottratti al fisco per dimostrare il carattere proporzionato dei beni)²⁶.

Nel prosieguo sono presentate delle proposte sul procedimento di prevenzione patrimoniale, anche alla luce dell'esame della giurisprudenza della Corte Europea in materia di giusto processo ex art. 6 CEDU, al fine di una piena giurisdizionalizzazione

²⁴ Su tale riforma A.M. MAUGERI, *La riforma della confisca* (d.lgs. 202/2016), cit.

²⁵ Corte eur. dir. uomo, I sezione, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06; M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, 1672, p. 1701 ritiene che gli stessi problemi si possono porre nel caso, ad esempio, della confisca disposta in sede di archiviazione, ovvero in sede di udienza preliminare, o ancora in occasione del proscioglimento anticipato ai sensi degli artt. 129 c.p.p. e 469 c.p.p.

²⁶ Da ultimo sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017*, cit., 1 ss.

del procedimento di prevenzione conforme alle pretese dell'art. 8 della Direttiva 42/2014 e in considerazione del recentissimo Regolamento UE 2018/1085 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca che prevede l'adozione del provvedimento di confisca in un procedimento "in criminal matters".

- 1) *Potere di iniziativa solo dell'autorità giudiziaria;*
- 2) *Imparzialità del giudice;* principio riconosciuto dall'art. 6, comma 1 CEDU.

Anche nell'audizione di un procuratore aggiunto di Bologna, Cieri, è emersa tale problematica (il problema della terzietà del giudice). In particolare, la procedura prevista dalla legge n. 575/1965 e oggi dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione introdotto dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159²⁷, non prevede l'applicabilità al procedimento di prevenzione delle norme ordinarie in tema di astensione e ricusazione, compreso lo specifico segmento di quella disciplina riguardante l'efficacia degli atti posti in essere dal giudice astenuto o ricusato (art. 42 c.p.p.).

3) *Impugnazioni.* La legge n. 161/2017, art. 6, prevede la possibilità per l'interessato di impugnare il provvedimento di sequestro innanzi alla Corte di Appello (art. 27, comma 1 d.lgs. n. 159/2011), sia pure nelle forme "sincopate" già previste dall'art. 10 per il decreto di confisca. Si tratta di una direzione di marcia certamente condivisibile ma probabilmente non sufficientemente meditata sul piano del rito: la specificità del provvedimento interinale in materia di misure di prevenzione patrimoniali, infatti, richiederebbe verosimilmente una disciplina *ad hoc*. Non è stata prevista, inoltre, la possibilità di impugnare il provvedimento del Tribunale che rigetta l'istanza di revoca del sequestro, istanza che verosimilmente apre maggiori spazi alla difesa rispetto alla stessa impugnazione del provvedimento di applicazione del sequestro: lacuna grave, sol se si pensi che invece il pubblico ministero può impugnare la revoca del sequestro e, in seguito alla riforma, il diniego di confisca non preceduta da sequestro (già prima in base all'orientamento giurisprudenziale, confermato dalle S.U. 23/2/2017, n. 20215, in base ad un'interpretazione estensiva fondata sui "principi generali che regolano il sistema delle impugnazioni dei provvedimenti in materia di misure personali"). Tale asimmetria tra accusa e difesa potrebbe costituire oggetto di censura di costituzionalità.

4) *Il diritto di difendersi provando.* In tale ambito si può sottolineare la necessità di garantire il diritto di difendersi provando²⁸, espressione del principio della parità delle armi nel senso di un giusto equilibrio tra le parti che «vale di regola in civile come in penale»²⁹ e si traduce nell'esigenza di garantire a ciascuna parte una possibilità ragionevole di presentare le proprie prove in condizioni di eguaglianza, nonché l'obbligo per il giudicante di procedere all'esame effettivo dei mezzi, degli argomenti e delle offerte di prova delle parti, salvo verificarne la pertinenza ai fini della decisione³⁰

²⁷ In G.U. 31 ottobre 2011.

²⁸ Corte e.d.u., 11 dicembre 2008, *Mirilashvili v. Russia*, n. 6293/04, §§ 222-227.

²⁹ Corte e.d.u., 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, Serie A n. 274, § 32-33.

³⁰ Corte e.d.u., 19 aprile 1994, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, Serie A n. 288, § 59; *Kraska c. Svizzera*, 19 aprile 1993, § 30; *Dombo Beheer B.V., cit.*, § 35.

(contributo Maugeri, *La giurisprudenza della Corte Edu*)³¹. Piccoli passi positivi, ma non sufficienti, in tale direzione sono stati realizzati con la riforma introdotta dalla l. 161/2017 laddove prevede l'ampliamento delle ipotesi di diritto alla prova.

5) *Contraddittorio* (nonostante le critiche della dottrina – si veda relazione –, molti p.m. auditi rivendicano la prassi dello svolgimento del procedimento di prevenzione in contraddittorio; Alfonso, pur riconoscendo che spesso il processo di prevenzione si basa su documentazione scritta – sentenze, ordinanze cautelari, etc. –, evidenzia che alcuni tribunali ascoltano dei testimoni, per esempio i collaboratori di giustizia, nel rispetto delle regole del processo penale, garantendo il contraddittorio). Passi avanti si sono fatti con la l. 161/2017 in termini di rilievo del legittimo impedimento del difensore. Per garantire il diritto al contraddittorio, pacificamente riconosciuto dalla Corte EDU anche in materia civile, quale espressione del principio dell'equo processo ex art. 6 CEDU³², occorre riconoscere effettivamente il diritto per ogni accusato di poter esaminare o far esaminare i testimoni a carico ³³, e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico (contributo Maugeri, *La giurisprudenza della Corte*)³⁴.

6) *Standard della prova*. In relazione alla prova dell'origine illecita, anche in seguito alla "novellazione" introdotta dal D.L. n. 92 del 2008, art. 10, la giurisprudenza continua a ripetere come un mantra³⁵ che non si tratterebbe di un'inversione dell'onere della prova ma di un mero onere di allegazione in capo alla difesa, e si continua a negare che sia in alcun modo cambiata *l'intensità dell'apporto probatorio richiesto all'accusa* in relazione all'origine illecita dei beni, in seguito alla differente formulazione introdotta dal d.l. n. 92/2008, – "risultino essere frutto", in luogo della precedente formulazione che richiedeva l'esistenza di "sufficienti indizi" di origine illecita (in origine, espressamente prevista solo per il sequestro). La dottrina, all'indomani della riforma, ha proposto di interpretare il "risultino" nel senso di pretendere lo standard della prova penalistico attraverso *la prova indiziaria ex art. 192 c.p.p.* dell'origine illecita, come, del resto, è pacificamente interpretato il "risultino nella disponibilità"; tanto più in seguito alla separazione delle misure personali dalle patrimoniali e quindi alla mancanza di attualità della pericolosità sociale, *l'unico elemento che può giustificare la confisca in uno Stato di diritto è rappresentato dalla prova dell'origine illecita dei beni da confiscare*³⁶. Per contro, invece, da una parte le Sezioni Unite non vogliono minimamente cedere a pretese garantistiche in relazione allo standard

³¹ A.M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.e.d.u. e la giurisprudenza della Corte Europea in tema di confisca*, in (a cura di) M. MONTAGNA, *Sequestro e confisca nel sistema penale*, Torino 2017, p. 59.

³² Corte e.d.u., 22 settembre 2009, *Cimolino c. Italia*, n. 12532/05, § 43; Id., 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, § 33; Id., 16 febbraio 2006, *Prikyan e Angelova c. Bulgaria*, § 52; Id., 13 ottobre 2005, *Clinique de Acacias e Altri c. Francia*, § 38; Id., *Khodorkovskiy and Lebedev*, cit., § 707.

³³ Corte e.d.u., *AlKhawaja e Tahery c. Regno Unito*, n. 26766/05; Id., 15 dicembre 2011, n. 22228/06. In materia cfr. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 161 ss.

³⁴ A.M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella C.e.d.u.*, cit., p. 60 ss.

³⁵ T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa 2014, 80.

³⁶ A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in O. MAZZA – F. VIGANÒ, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino 2008, 155 ss.; Id., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in O. MAZZA – F. VIGANÒ, *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Torino 2009, 463 ss..



Parte I – Proposte di parte generale

probatorio, temendo probabilmente che la richiesta di un più rigoroso standard possa compromettere l'efficienza del sistema delle misure di prevenzione fondato sull'alleggerimento delle garanzie penalistiche; dall'altra parte, però, le stese Sezioni Unite ammettono l'uso di presunzioni in materia « affidate ad elementi indiziari purché connotati dei necessari coefficienti di gravità, precisione e concordanza ». Emerge la contraddittorietà di tali affermazioni che negano l'applicabilità dell'art. 192 c.p.p. in materia, ma fondano le presunzioni su indizi gravi, precisi e concordanti ³⁷, al punto che in dottrina si arriva a dedurre da tali affermazioni delle S.U. l'accoglimento dello standard penalistico della prova nel procedimento in questione³⁸. Tale standard penalistico, del resto, è stato accolto da un orientamento più garantista (e minoritario) della giurisprudenza³⁹ e sarebbe in linea con le pretese del Regolamento 2018/1805 in materia circa il fatto che il provvedimento di confisca sia assunto in un procedimento che adotti le garanzie della materia penale. Come si afferma nel considerando n. 18) "In any case, the safeguards under the Charter should apply to all proceedings covered by this Regulation. In particular, the essential safeguards for criminal proceedings set out in the Charter should apply to proceedings in criminal matters that are not criminal proceedings but which are covered by this Regulation."

Disciplinare compiutamente la struttura del procedimento di prevenzione: in particolare si suggerisce (*contributo Balsamo, materiale esperti*) di disciplinare compiutamente la struttura del procedimento di prevenzione.

Nell'art. 7 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 potrebbero essere aggiunti i seguenti commi:

a) "Resta fermo il diritto di ciascuna delle parti di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono contenute negli atti e documenti prodotte da altre parti, a meno che l'esame stesso sia divenuto impossibile. Durante l'esame, il presidente, anche di ufficio, interviene per assicurare la pertinenza delle domande, escludendo quelle che risultano superflue tenuto conto del contenuto degli atti e documenti acquisiti".

b) "La perizia non è soggetta ai limiti temporali previsti dagli articoli 227 e 508 del codice di procedura penale".

Al riguardo, occorre premettere che *nel testo di riforma non vengono affrontate alcune delle questioni – come quelle attinenti all'esercizio del diritto alla prova, alle modalità di conduzione dell'attività istruttoria, al regime di conoscibilità degli atti formati dall'accusa – che appaiono più rilevanti per la compiuta realizzazione di un "giusto processo di prevenzione"*. La ulteriore modifica qui proposta muove dall'idea che, per

costruire linee-guida capaci di orientare l'interprete, ma anche per potenziare la collaborazione giudiziaria internazionale, appare necessario disciplinare compiutamente il procedimento di prevenzione nel segno dell'efficienza e della

³⁷ Cfr. A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva*, cit., 966 s.

³⁸ F. CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano 2016, 51 ss.

³⁹ Trib. di Palermo, Sez. Mis. di Prev., 25 ottobre 2010, Zummo; 25 settembre 2013, Sapienza, inedita. Cfr. Cass., 22 aprile 2009, Buscema e altri, n. 20906, Rv. 244878; Cass., sez. 5, 21 aprile 2011, n. 27228; Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341, Meluzio.



Parte I – Proposte di parte generale

garanzia. La prima modifica proposta è finalizzata ad attuare pienamente nel procedimento di prevenzione il diritto alla prova e il diritto al contraddittorio secondo le indicazioni desumibili dall'art. 6 CEDU, senza però estendere a questo settore la regola della separazione funzionale delle fasi che, oltre ad essere estranea alle previsioni convenzionali, costituisce una peculiarità tipica della fase dibattimentale del processo penale, e non può quindi trovare applicazione nell'ambito di un procedimento modellato su quello di esecuzione. Contra, sotto questo profilo, i membri del Tavolo XV ritengono invece necessario stabilire la separazione funzionale delle fasi per garantire l'imparzialità del giudice.

La disciplina del potere del presidente di assicurare la pertinenza delle domande nel corso dell'esame testimoniale, prevista dall'art. 499, comma 6, c.p.p., viene qui integrata con la precisazione che tale potere si estende all'esclusione delle domande che risultano superflue tenuto conto del contenuto degli atti e documenti acquisiti. Si tratta di una precisazione opportuna per evitare che l'assunzione delle prove dichiarative possa essere strumentalizzata per esiti meramente dilatori, senza alcuna concreta utilità sul piano dimostrativo.

Occorre, poi, escludere l'applicabilità dei limiti temporali previsti dal codice di rito per la perizia; si tratta di una precisazione necessaria tenuto conto della particolare complessità che contrassegna gli accertamenti tecnici nella materia della prevenzione patrimoniale, in cui il termine di sei mesi appare del tutto insufficiente per una valutazione approfondita delle risultanze bancarie e aziendali, in modo da escludere ogni valutazione sommaria che comporterebbe notevoli pregiudizi per le ragioni sia dell'accusa che della difesa.

A tale intervento dovrebbe accompagnarsi una modifica dell'art. 24, comma 3, del Codice antimafia, nella parte in cui stabilisce che "il termine resta sospeso per un tempo non superiore a novanta giorni ove sia necessario procedere all'espletamento di accertamenti peritali sui beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente". In effetti, è opportuno che il termine resti sospeso per tutto il tempo occorrente per l'espletamento degli accertamenti peritali, in quanto la suddetta limitazione temporale può indurre a valutazioni tecniche o giudiziarie caratterizzate da evidente sommarietà, privando il procedimento di prevenzione del suo aspetto qualificante di approfondita verifica sulla provenienza dei beni, con un elevato tasso di garantismo.

Ulteriori proposte avanzate nel dibattito in materia nella medesima direzione (procuratore Magi):

a) innalzamento della tassatività delle previsioni legislative in tema di pericolosità generica anche al fine di fornire ulteriore risposta ai contenuti della decisione Cedu De Tommaso;

b) la valorizzazione della correlazione tra gli esiti del giudizio penale svoltosi sui fatti presi ad indicatori della pericolosità e gli esiti del giudizio di prevenzione, pur in assenza – allo stato – di applicazioni concrete della norma di cui all'art. 28 d.lgs. n.159 del 2011; lì dove il fatto posto a base della prognosi di pericolosità risulti – in un giudizio penale correlato – smentito dagli esiti di tale giudizio ciò dovrebbe



Parte I – Proposte di parte generale

portare ad una revoca anche dei residui effetti della misura personale o ad una inibizione della sua prosecuzione.

Accrescere le garanzie nel giudizio di legittimità (contributo Balsamo).

Nell'art. 10 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 il comma 3 potrebbe essere così modificato:

“Avverso il decreto della corte d'appello, è ammesso ricorso in cassazione, per i motivi di cui all'art. 606 del codice di procedura penale, da parte del pubblico ministero e del difensore dell'interessato, entro dieci giorni. La Corte di cassazione provvede, in camera di consiglio, entro trenta giorni dal ricorso, osservando le forme previste dall'art. 127 del codice di procedura penale. Il ricorso non ha effetto sospensivo.”

La modifica proposta rimuove, anzitutto, la limitazione – ormai difficilmente giustificabile – secondo cui il ricorso per cassazione avverso il decreto della Corte di Appello è ammesso soltanto per violazione di legge, con la conseguenza che, in tema di sindacato sulla motivazione, è esclusa dal novero dei vizi deducibili in sede di legittimità l'ipotesi dell'illogicità manifesta di cui all'art. 606, lett. e), c.p.p., potendosi esclusivamente denunciare con il ricorso il caso di motivazione inesistente o meramente apparente, qualificabile come violazione dell'obbligo di provvedere con decreto motivato imposto al giudice d'appello.

La incerta linea di confine tra motivazione illogica e motivazione inesistente o meramente apparente, quale emerge dal “diritto vivente”, rappresenta una chiara dimostrazione della necessità di ammettere il ricorso per cassazione avverso i decreti di prevenzione per gli stessi motivi previsti per le sentenze. La identità della natura sostanziale dei suddetti provvedimenti rende, infatti, irragionevole una netta distinzione tra gli stessi quanto alla natura del giudizio di legittimità.

A tale estensione dei possibili motivi potrebbe aggiungersi la previsione della procedura camerale partecipata, analogamente a quanto avviene nel giudizio di legittimità per le misure cautelari personali e reali. Si tratta di una innovazione che tende a sfuggire alla tentazione di «sacrificare alla lotta ai numeri anche un valore centrale quale quello del contraddittorio», come ha persuasivamente osservato il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nella sua relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 a proposito dell'analogia questione dell'applicazione della procedura camerale non partecipata per il giudizio di legittimità sulle misure cautelari reali. Non va, poi, sopravvalutato il rischio di un appesantimento del giudizio di cassazione in materia di misure di prevenzione. Da un lato, infatti, già adesso le misure sono soggette a numerosi ricorsi che prospettano come ipotesi di mancanza di motivazione profili che in realtà attengono alla logicità della stessa. Dall'altro, la procedura camerale partecipata agevola un dialogo più semplice e pratico tra le parti, disincentivando il ricorso a lunghi atti scritti.

Infine, potrebbe essere recepita espressamente nel testo legislativo la soluzione, già accolta dalle Sezioni unite con la sentenza emessa all'udienza del 21 dicembre 2017 (ric. Aiello), secondo cui, a seguito delle modifiche apportate dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, agli artt. 571 e 613 c.p.p., il ricorso per cassazione avverso qualsiasi tipo di provvedimento non può essere personalmente proposto dalla parte, ma deve essere



Parte I – Proposte di parte generale

personalmente sottoscritto, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione.

Accrescere la trasparenza nella liquidazione dei compensi per l'amministrazione dei beni sequestrati (contributo Balsamo).

L'art. 42 comma 4 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, potrebbe essere modificato nei seguenti termini:

“4. La determinazione dell'ammontare del compenso, la liquidazione dello stesso e del trattamento di cui all'articolo 35, comma 8, nonché il rimborso delle spese sostenute per i coadiutori, sono effettuati dal cancelliere sulla base delle indicazioni fornite con decreto motivato dal tribunale, su relazione del giudice delegato. Il compenso degli amministratori giudiziari è liquidato sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14”.

Come rilevato nella relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, presieduta dal Prof. Giovanni Fiandaca, la modifica del comma 4 è finalizzata a rimuovere una vistosa anomalia del sistema italiano, in cui, a differenza di quanto avviene in pressoché tutti gli altri ordinamenti europei, le attività di liquidazione dei compensi degli ausiliari del giudice sono effettuate dallo stesso organo giudicante e non dalla cancelleria. Si realizza così un evidente appesantimento del carico di lavoro dell'autorità giudiziaria, senza alcun apprezzabile miglioramento qualitativo dei provvedimenti, che non a caso rientrano nelle competenze del personale di cancelleria in pressoché tutti gli altri Stati dell'Unione Europea. Si tratta di una regolamentazione che potrà favorire la realizzazione del principio di ragionevole durata del processo, valorizzando la professionalità del personale di cancelleria e sgravando i magistrati di compiti che negli altri ordinamenti, giustamente, non sono loro attribuiti. A ciò si aggiunge un indubbio vantaggio derivante dalla divisione dei compiti tra chi conferisce l'incarico e chi liquida i relativi compensi, evitando ogni concentrazione di funzioni che non giova all'efficienza né alla credibilità della giustizia.

Ulteriori proposte alla luce delle criticità che emergono nella prassi:

- 1) Rimediare all'estraneità del p.m. alla gestione dei beni
- 2) Professionalità nell'ANBC
- 3) Formazione dei giudici
- 4) Tempi e modi dell'assistenza giudiziaria
- 5) Costituzione di un nucleo speciale del GICO
- 6) Conoscere la legislazione e la realtà degli altri ordinamenti
- 7) Mancato riconoscimento del ruolo degli amministratori giudiziari dei beni sequestrati

Nella prassi emergono ulteriori criticità nel procedimento di prevenzione che saranno messe in rilievo nel prosieguo.



Parte I – Proposte di parte generale

1) Uno dei problemi della gestione dei beni sequestrati è la sostanziale estraneità del pubblico ministero alla gestione di questi beni, mentre gli uffici del p.m. sono quelli più attrezzati per cultura professionale, ormai stratificata nel tempo – invece la cultura dei tribunali è in via di formazione –, ma anche per la capacità del p.m. di interloquire in via informale con le autorità che si occupano della gestione dei beni (i tribunali interloquiscono in modo più formale).

2) Si prevede la presenza facoltativa a norma di legge nella procedura di riconoscimento dei diritti dei terzi, in cui invece emerge la necessità della presenza del p.m. e, dall'altro verso, la necessità della presenza nell'Agenzia dei beni confiscati di professionalità di tipo economico-imprenditoriale, concretamente assente (v. audizione *Cieri*, Procura di Bologna).

3) L'ulteriore problema è che in certe (sempre meno per la verità) realtà del nord Italia le confische di prevenzione sono viste come “procedimenti oscuri”, mal tollerati a causa di mancanza di adeguata cultura professionale dei giudici (v. audizione *Paci*): formazione dei giudici.

4) Tempi e modi dell'assistenza giudiziaria, tempi assolutamente lunghi e incompatibili con lo sviluppo di investigazioni in materia di criminalità organizzata, perché le autorità estere non riconoscono le caratteristiche di celerità e urgenza che molti procedimenti e richieste dovrebbero avere.

5) Costituzione di un nucleo speciale del GICO della guardia di finanza che si occupi esclusivamente di misure di prevenzione e di indagini patrimoniali.

6) Conoscere la legislazione e la realtà degli altri ordinamenti (*Patrone*): in Francia esiste un'Agenzia per la gestione dei beni sequestrati e confiscati, ma che è munita di alcuni poteri di indagine, per esempio fiscale, e quindi sarebbe fondamentale in un'indagine patrimoniale che coinvolga la Francia poter avere come interlocutore anche tale agenzia. Come emerge dal contributo del Prosecutor Trovato nel Regno Unito è possibile l'applicazione di una confisca di prevenzione grazie alla disciplina del “*Proceeds of Crime Act 2002 (External Requests and Orders) Order 2005 SI 2005/3181 (“the ERO”)*” (si veda in contributi esperti)

7) Mancato riconoscimento del ruolo degli amministratori giudiziari dei beni sequestrati: problema che emerge nella prassi (v. audizione *Fanara* – Procura di Catania).

* * *



Parte I – Proposte di parte generale

PROPOSTA N. 4 POTENZIAMENTO DI EUROJUST NELL'ORDINAMENTO EUROPEO

4.1. Potenziamento di Eurojust sia a livello europeo sia a livello nazionale.

Come evidenziato nella relazione di De Amicis, in una prospettiva storico-sistemica è innegabile che l'apprezzamento di alcuni aspetti di indiscutibile rilievo inducono ad attribuire all'Eurojust il ruolo di principale attore giudiziario della risposta europea alle nuove sfide della criminalità organizzata transnazionale: aspetti come la posizione di "centralità" di Eurojust, in vista della futura istituzione del Pubblico Ministero europeo, negli artt. 85 e 86 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (e, prima ancora, nell'analoga disposizione di cui all'art. III-273 del Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004); il ruolo strategico ormai assunto nella composizione dei conflitti di giurisdizione e delle questioni legate alla circolazione del mandato d'arresto europeo, unitamente al costante incremento delle attribuzioni funzionali al rafforzamento della cooperazione in materia di reati terroristici.

1) In tale direzione, però, la scelta strategica di valorizzare il ruolo di Eurojust per una più efficace cooperazione nella lotta contro il crimine organizzato impone, innanzitutto, di dare piena attuazione alle previsioni dell'art. 85 TFUE (compiti di Eurojust: a) l'avvio di indagini penali, nonché la proposta di avvio di azioni penali esercitate dalle autorità nazionali competenti, in particolare quelle relative a reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione; b) il coordinamento di indagini ed azioni penali di cui alla lettera a); c) il potenziamento della cooperazione giudiziaria, anche attraverso la composizione dei conflitti di competenza e tramite una stretta cooperazione con la Rete giudiziaria europea).

2) La decisione quadro 2009/426 ha potenziato i poteri giudiziari ma la portata innovativa di questa disciplina, tuttavia, appare in larga parte depotenziata dalla possibilità, assai ampia e dai contorni incerti, per gli Stati membri di non attribuire al membro nazionale i poteri *ex artt. 9 quater e 9 quinquies* qualora ciò risulti contrario alle norme costituzionali o agli aspetti fondamentali del sistema giudiziario penale nazionale, sotto il profilo della ripartizione dei poteri tra polizia, pubblici ministeri e giudici, o della divisione funzionale dei compiti tra procure, o, ancora, della struttura federale dello Stato membro interessato (art. 9-*sexies*). Il ripristino della clausola derogatoria di cui all'art. 9 e) della decisione originaria lascia irrisolto uno dei nodi problematici che la proposta di regolamento intendeva invece sciogliere: quello delle differenti prerogative giudiziarie dei membri nazionali, poiché il carattere disomogeneo delle relative attribuzioni è da tempo ritenuto uno dei punti deboli dell'organismo, riducendone sensibilmente l'efficacia operativa e l'incisività sull'intero territorio dell'UE.

Questa clausola dovrebbe essere eliminata per perseguire il potenziamento di Eurojust e la parificazione delle attribuzioni e dei poteri di tutti i membri nazionali.

3) Ulteriori punti critici riguardano il mancato ampliamento dei flussi informativi con le autorità nazionali e, soprattutto,



Parte I – Proposte di parte generale

4) la mancata attribuzione ad Eurojust di prerogative vincolanti in relazione al suo principale obiettivo, quello del coordinamento nei casi aventi ad oggetto lo svolgimento di indagini di rilievo transnazionale.

Sotto il primo profilo, infatti, sarebbe necessario svincolare l'alimentazione della base informativa dalla circostanza inerente agli adempimenti di trasmissione delle rogatorie internazionali, collegando il flusso delle informazioni alla esistenza di indagini per fatti di reato a carattere transnazionale (il flusso informativo in direzione dell'organismo è ancor oggi realizzato dalle autorità giudiziarie nazionali in modo episodico e non, come dovrebbe essere, in via permanente e strutturata, alimentando la base cognitiva con riferimento a tutti i procedimenti di rilievo transnazionale, compromettendo anche l'efficacia dell'azione di coordinamento sovranazionale).

Sotto il secondo profilo, il rafforzamento dei poteri di coordinamento avrebbe determinato una più efficace attuazione dell'art. 85 TFUE, elevando l'organismo dall'attuale ruolo di mediazione tra gli organi d'indagine nazionali, a quello di vero e proprio centro europeo di coordinamento, in grado di adottare, nei casi necessari, direttive per le autorità giudiziarie nazionali, a fini di impulso investigativo e di prevenzione dei conflitti di giurisdizione (un ostacolo difficile da superare per porre in essere un coordinamento "ottimale" delle indagini transnazionali è stato sempre rappresentato dal deficit riscontrabile nel basso livello di recepimento normativo degli atti di diritto derivato dell'UE e dall'insufficiente raccordo organizzativo degli organi e delle strutture di coordinamento presenti all'interno dei singoli ordinamenti coinvolti dall'attività investigativa: già nel Rapporto annuale di EUROJUST per l'anno 2002 si sottolineava tale profilo).

Proprio su tali aspetti critici, oltre che:

5) sulle connesse esigenze di istituire in ogni Stato membro un sistema di coordinamento nazionale,

6) di favorire una maggiore capacità operativa delle squadre investigative comuni e

7) di sviluppare una maggiore coesione tra i membri nazionali, i punti di contatto della Rete giudiziaria europea e i corrispondenti nazionali di Eurojust, si concentrano le raccomandazioni rivolte agli Stati membri nel rapporto finale elaborato dal Gruppo di valutazione istituito nell'ambito del Consiglio dell'Unione europea sull'attuazione pratica delle decisioni 2002/187 del 28 febbraio 2002 e 2009/426 del 16 dicembre 2008 (GENVAL), che ha terminato nel dicembre 2014, all'esito di un arco triennale di lavori, il sesto ciclo di reciproche valutazioni fra gli Stati membri. Anche nell'audizione con il Dott. Spiezia è emersa, da una parte,

a) la necessità di evitare l'indebolimento dei poteri di Eurojust contenuti nella proposta di regolamento rispetto alla decisione quadro 426/09, laddove in merito alle prerogative del College di Eurojust non si prevede più la possibilità, prevista nell'attuale normativa, di emettere delle opinioni non vincolanti per invitare le autorità giudiziarie che hanno partecipato alle riunioni di coordinamento ad attuare le misure che sono state concordate e dall'altra parte



Parte I – Proposte di parte generale

b) la necessità di prevedere dei poteri di iniziativa, come previsto nella proposta di regolamento, circa le possibili iniziative *ex officio* di Eurojust, e cioè la possibilità di agire *motu proprio* per assicurare il coordinamento.

Questo rinvia naturalmente alle connesse problematiche dello scambio di informazioni con Europol, perché Eurojust può evidentemente essere propositiva verso le autorità giudiziarie nazionali proponendo l'apertura di nuovi filoni investigativi nella misura in cui ha ricevuto delle informazioni da parte di Europol che consentono l'avvio di procedure nazionali oppure perché queste informazioni sono quelle mutate da fonte nazionale opportunamente rielaborate e combinate con altre informazioni attinte a livello europeo e quindi quelle da cui possono scaturire nuovi indizi. Questo è un aspetto molto importante che nella pratica viene già in qualche modo attuato; la rappresentanza italiana presso Eurojust svolge un ruolo assolutamente originale in quanto propositivo "perché siamo la rappresentanza che ha il maggior numero di iniziative che vengono anche formalmente registrate e con le quali si chiede l'avvio di nuove indagini e di nuovi procedimenti investigativi rispetto alle autorità nazionali".

Il futuro regolamento potrebbe rappresentare l'occasione per una scelta strategica di valorizzazione di Eurojust nella lotta contro il crimine organizzato, anche in conseguenza delle limitate competenze attribuite all'EPPO nel recentissimo Regolamento istitutivo, ma si dovrebbe modificare l'attuale modesta proposta di regolamento presentata.

4.2. Legislazione nazionale.

A livello nazionale si dovrebbe dare piena attuazione alle decisioni quadro del 2002 e del 2009 laddove prevedono poteri giudiziari per i membri nazionali, mentre il legislatore italiano non ha ancora dato attuazione alla decisione quadro del 2009/426/GAI e nel recepire la decisione 2002/187/GAI con la l. 14 marzo 2005, n. 41, non ha attribuito funzioni giudiziarie e quindi come è emerso anche dalle audizioni, ha sottovalutato il ruolo di Eurojust. Già l'art. 9, par. 3, della decisione consiliare del 2002 stabilisce che ciascuno Stato membro definisce la natura e la portata dei "poteri giudiziari" che conferisce al proprio membro nazionale sul suo territorio, nonché il suo diritto di agire nei confronti delle autorità giudiziarie straniere, e la nuova decisione 2009/426/GAI ha sensibilmente accentuato la dimensione giudiziaria di Eurojust, prevedendo per il membro nazionale attribuzioni aggiuntive, di carattere giudiziario.

In linea generale tali poteri possono essere distinti in tre categorie:

1) "poteri ordinari" (art. 9-ter) relativi alla gestione delle richieste e delle decisioni in materia di cooperazione giudiziaria, che permettono di ricevere, trasmettere, agevolare, seguire e fornire le informazioni supplementari relative alle richieste stesse (restando quindi esclusa la loro esecuzione diretta). Tali poteri consentono al membro nazionale di fungere da "canale di trasmissione" e di facilitare l'esecuzione delle richieste provenienti dallo o destinate allo Stato membro d'origine;

2) "poteri esercitati d'intesa con un'autorità nazionale competente" (art. 9-quater): il loro esercizio è delegabile, caso per caso, al membro nazionale da tale autorità



Parte I – Proposte di parte generale

nazionale competente. Il membro nazionale può così essere autorizzato a: emettere, completare o eseguire nel proprio Stato membro richieste e decisioni in materia di cooperazione giudiziaria; disporre nel proprio Stato membro misure investigative ritenute necessarie durante una riunione di coordinamento organizzata da Eurojust per assistere le autorità nazionali competenti; autorizzare e coordinare consegne controllate nello Stato membro d'origine;

3) “poteri esercitati in casi urgenti” (art. 9-*quinquies*) o qualora sia impossibile individuare o contattare l'autorità nazionale competente in tempo utile (fermo restando che quest'ultima, non appena individuata o contattata, dovrà essere tempestivamente informata sull'esercizio di tali poteri). Ricorrendo tali situazioni, i membri nazionali di Eurojust possono autorizzare e coordinare consegne controllate nello Stato membro d'origine e eseguire richieste o decisioni di cooperazione giudiziaria. Si tratta senza dubbio dei poteri di contenuto più rilevante, che marcano il vero salto qualitativo delle attribuzioni conferite al membro nazionale.

Insomma, alla luce della decisione quadro del 2009, i membri nazionali dovrebbero poter adottare speciali misure investigative e ogni altra misura giustificata dall'indagine o dal procedimento penale, con il correlato dovere delle autorità nazionali di fornire spiegazione nei casi di rifiuto alle richieste provenienti dai membri nazionali.

Con la nuova decisione, inoltre, lo scambio di informazioni è stato espressamente disciplinato e reso, in taluni casi, obbligatorio e sistematico: l'art. 13 prevede, infatti, che gli Stati membri devono assicurare che il proprio membro nazionale di Eurojust sia prontamente informato dei casi che coinvolgano direttamente almeno tre Stati membri per i quali le richieste di cooperazione giudiziaria siano state trasmesse ad almeno due di essi, quando venga in gioco uno dei reati specificamente elencati nella norma – tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei minori e pornografia infantile, traffico di stupefacenti, traffico di armi da fuoco, corruzione, attacco contro i sistemi di informazione, frode contro gli interessi finanziari dell'Unione, falsificazione dell'euro e riciclaggio –, o quando vi siano indicazioni concrete del coinvolgimento di un'organizzazione criminale, o, ancora, quando vi siano indicazioni che il caso possa avere una grave dimensione transnazionale. (Si può ulteriormente precisare che nel settore della lotta al crimine organizzato lo scambio informativo è già imposto dall'articolo 7 comma terzo della l. 41/2005, che attua la decisione 2002/187, obbligando il Procuratore della Repubblica a trasmettere informazioni al membro nazionale nei casi di indagini concernenti due o più stati membri, quindi nel caso specifico di un'indagine per criminalità organizzata a carattere transnazionale, questo obbligo ha già uno specifico riferimento ed inquadramento normativo. Il che verrebbe poi confermato dalla previsione dell'articolo 13 della decisione quadro 426/2009 che espressamente si riferisce ai casi di coinvolgimento di un'organizzazione criminale. Quindi una completa trasposizione dell'articolo 13 dovrebbe essere sufficiente per regolamentare quest'aspetto).

Estremamente importanti appaiono, inoltre, le nuove forme di coordinamento previste dalla riforma introdotta dalla decisione 2009/426/GAI (art. 5-*bis*, coordinamento permanente, OCC – On-call coordination), che consente a tale organo di essere permanentemente disponibile a ricevere e gestire le richieste e a intervenire in casi



Parte I – Proposte di parte generale

urgenti, ma allo stesso tempo richiede a livello interno la costituzione, in ciascuno Stato membro, di un “sistema di coordinamento nazionale Eurojust” (SCN), che ha il duplice obiettivo di consolidare e radicare a livello nazionale il ruolo di tale organismo e di obbligare gli Stati membri ad assicurare al loro interno un coordinamento sia per le relazioni con Eurojust, che per una partecipazione effettiva ed efficace alle altre reti europee di cooperazione giudiziaria in materia penale.

L’eventuale adozione del regolamento europeo consentirebbe, dato il suo carattere vincolante, di superare il pluriennale ritardo del legislatore italiano nell’opera di recepimento delle novità introdotte dalla decisione di modifica del 2009, sciogliendo i nodi problematici emersi riguardo alla definizione della natura dei poteri esercitabili dal rappresentante italiano, che, pur con i limiti evidenziati, anche nell’attuale stato ben difficilmente potrebbero essere ritenuti di tipo meramente amministrativo (a fronte della riconosciuta possibilità di emettere o eseguire richieste di assistenza giudiziaria e di disporre direttamente, pur nei limiti sopra ricordati, misure di tipo investigativo).

La consistenza degli interventi di modifica operati sull’impianto dell’originaria decisione istitutiva del 2002 imporrebbe, inoltre,

a) una semplificazione delle facoltà di accesso alle informazioni disponibili a livello nazionale,

b) una compiuta specificazione delle forme e modalità di esecuzione delle misure investigative e, soprattutto,

c) una sostanziale revisione dell’attuale procedura di nomina del membro nazionale, potenziando in misura incisiva il ruolo del C.S.M. nelle attività di selezione e successiva individuazione degli aspiranti.

d) Il membro nazionale dovrebbe avere poteri giudiziari, come evidenziato, e a tal fine si potrebbe incardinare all’interno della direzione nazionale antimafia e antiterrorismo (Salazar).

In particolare, in tale direzione, il Dott. Spiezia ha evidenziato la necessità di prevedere

1) un’estensione delle possibilità di accesso alle banche dati (non solo pubbliche, ma ad esempio anche dell’UIF) e di scambiare informazioni con gli organismi centrali investigativi (può, cioè, accadere che il membro nazionale italiano riceva informazioni di attività criminali a carattere transnazionale non ancora ben definite nella loro entità – informazioni ottenute attraverso rogatoria o attraverso meri scambi informativi –, e che non sono ancora la base sufficiente per determinare l’apertura di un’indagine, quindi per poter attivare le prerogative di cui all’articolo 6 della decisione 187, ma che, tuttavia, potrebbero, se arricchite e rielaborate in sede nazionale, portare a dei risultati interessanti, “nella prospettiva di ricevere poi anche appropriati *feedback*, al fine di verificare la possibilità – attraverso questo percorso informativo – di enucleare una potenziale notizia di reato da comunicare alla autorità giudiziaria procedente, e, di rimando, informando il membro nazionale italiano in funzione delle sue funzioni di coordinamento investigativo”). Questo, per esempio, è un ambito nel quale si registrano delle vischiosità, poiché lo scambio informativo si sta sviluppando su base volontaristica sostanzialmente informale. (“Nella prassi sotto la direzione Spiezia, dal gennaio 2016, è stato introdotto l’avvio di un dialogo, sotto il profilo dello scambio informativo, con gli



Parte I – Proposte di parte generale

organismi centrali di polizia, nell'ottica, che scaturisce dalla prassi, di poter presentare agli organismi investigativi centrali delle informazioni reperibili del circuito informativo europeo, non disponibili ancora a livello nazionale, e che potrebbero essere oggetto di ulteriori sviluppi e arricchimento sul piano nazionale. Questo scambio informativo con organismi centrali sta avvenendo, per esempio, su basi informali con la DCSA, Direzione Centrale per i Servizi Antidroga, nel settore del traffico internazionale di stupefacenti, ma potrebbe avvenire, per esempio, anche con la Banca d'Italia, con la UIF (nel rapporto con la UIF, invece, attualmente manca una base normativa per poter avviare un dialogo informativo fecondo e quindi, l'informazione deve essere veicolata attraverso la DDA nella misura in cui ovviamente la Direzione Nazionale ritenga, poi, di sviluppare queste informazioni e dialogare di conseguenza). Per favorire ciò si potrebbe intervenire con protocolli informali, oppure normativamente facendo rientrare tale scambio informativo tra le prerogative del membro nazionale.

Sarebbe auspicabile la previsione della possibilità di accesso diretto alle informazioni del casellario giudiziario, così come anche la possibilità di accesso al sistema ECRIS (attualmente non è una banca dati centralizzata e si sviluppa poi attraverso il collegamento con i casellari giudiziali nazionali, ma si sta discutendo ad Eurojust dell'ulteriore sviluppo del sistema ECRIS con riferimento alle sentenze di condanna che riguardano i cittadini terzi non appartenenti agli Stati membri); questa è una problematica strettamente collegata al tema del terrorismo e l'idea che sta venendo fuori è quella di realizzare la banca dati ECRIS attraverso un *database* centrale, un sistema cioè centralizzato.

Il Dott. Spiezia evidenzia un'iniziativa, recepita da Eurojust e in via di elaborazione, circa la definizione di un protocollo operativo di azioni da porre in essere nell'immediatezza di un attacco terroristico in uno stato membro.

2) Nella prassi come evidenziato sempre dal Dott. Spiezia, accade che spesso i membri nazionali di Eurojust potrebbero essere di maggior ausilio rispetto alle autorità giudiziarie nazionali se avessero la potestà o la prerogativa di poter integrare e/o modificare le rogatorie internazionali formulate, d'intesa ovviamente con l'autorità giudiziarie nazionali: è una delle prerogative previste dalla decisione del 2009;

3) Squadre investigative comuni: Già nell'attuale prassi i Desk, oltre a svolgere la funzione di supporto al coordinamento, sono concretamente attivi nella elaborazione dell'atto giuridico fondante la squadra, che normalmente viene condiviso con l'autorità giudiziaria nazionale; il Procuratore della Repubblica, che dovrà poi sottoscrivere la squadra al termine della legislazione vigente, ovviamente trova un grande beneficio dal fatto che questo schema viene definito sulla base di un dato di esperienza messo a disposizione e delle intese raggiunte nel corso della riunione e così si supera anche un problema pratico, che è quello linguistico (perché è chiaro che avendo la possibilità di lavorare in una lingua franca, normalmente la lingua inglese, si definisce una comune base, con la restituzione alla autorità nazionale italiana di un testo già pronto anche per le osservazioni e riconsiderazioni dell'autorità, che poi diventerà il soggetto attivo della squadra).

4) Scambio di informazioni in materia di terrorismo. Dare piena implementazione alla Decisione Quadro 671/2005 in materia di terrorismo e all'art. 13



Parte I – Proposte di parte generale

della Decisione Quadro 426/2013: a parte quanto già fatto (si veda l'audizione di Spiezia), si evidenzia che la Decisione 671 del 2005 merita ancora un'attenzione particolare in una prospettiva di implementazione, perché tale decisione fissa anche i contenuti dello scambio informativo, quindi non soltanto disciplina i soggetti interlocutori, ma anche che cosa va trasmesso e, nella prospettiva della decisione, sostanzialmente, l'oggetto dello scambio informativo riguarda sia i procedimenti penali definiti (es. sentenza di condanna), ma anche le indagini relative ai procedimenti investigativi in corso. In tale direzione la decisione quadro Eurojust del 2009 detta all'articolo 13 il catalogo dei casi in cui il membro nazionale deve ricevere informazioni dalle autorità nazionali, ma l'Italia non l'ha trasposta; oggi nella prassi tale trasmissione avviene un po' a macchia di leopardo. "Mi permetto, allora, di richiamare l'attenzione su questo profilo che, a mio avviso, non è ancora sufficientemente regolato e coperto dalla normativa vigente e che è ripreso anche dalla ultima direttiva in materia di terrorismo, la quale, laddove prevede un obbligo per gli stati membri di scambiare tra loro informazioni che sono di rilevanza per le autorità nazionali di altri paesi..."; "il regime giuridico di questo scambio informativo dovrà essere almeno equivalente a quello previsto dalla decisione 2005 con riguardo alle informazioni di Eurojust".

5) Il rinforzamento della presenza italiana ad Eurojust. Tale aspetto è emerso in diverse audizioni; anzi si evidenzia che la mancanza di risorse sufficienti provoca un effetto distorsivo nelle dinamiche interne di tale organismo, in quanto compromette la partecipazione del Desk italiano alla fase di programmazione strategica del lavoro di Eurojust, in quanto troppo impegnato nella fase operativa; ciò provoca il risultato paradossale che le direttive operative e strategiche di questa istituzione sono decise prevalentemente da Desk nazionali meno impegnati sul piano operativo rispetto al Desk italiano, che, invece, potrebbe dare delle indicazioni molto puntuali su temi di grande rilevanza.

6) Non sembra, quindi, auspicabile la realizzazione del progetto di riduzione del personale amministrativo di Eurojust in seguito alla entrata in funzione dell'EPPO (addirittura di 46 unità); ne deriverebbe una compromissione del fondamentale lavoro di Eurojust che dovrebbe, invece, rappresentare la scelta strategica nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale.

* * *

PROPOSTA N. 5. ESTENSIONE DELLE COMPETENZE E RAFFORZAMENTO DELLE PREROGATIVE DELL'EPPO.

L'EPPO potrà anche, pur con la ridotta competenza prevista nell'attuale versione del regolamento, avere un ruolo nell'ambito della lotta al crimine organizzato, se si considera che le organizzazioni criminali "mafiose" si occupano anche di frodi contri gli



Parte I – Proposte di parte generale

interessi finanziari dell'UE (vedi l'audizione di Alfonso anche in relazione a mafie operanti su più parti del territorio nazionale – da Milano a Vittoria –, Paci, Fanara), ma in ogni caso in una prospettiva futura, una volta avviata l'attività del Pubblico ministero europeo, *nulla esclude, anzi si ritiene auspicabile, l'estensione delle sue competenze* nel settore della lotta al crimine organizzato in base alla procedura disegnata dall'art. 86, par. 4 TFUE: essa consente, con delibera unanime del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo e consultazione della Commissione, di adottare una decisione (contestuale o successiva a quella istitutiva) in grado di estendere la competenza del Pubblico ministero europeo «alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale». Orbene, non parrebbe potersi nutrire alcun dubbio in merito all'ascrivibilità dei reati di criminalità organizzata (e di terrorismo) alla nozione di «delitto transnazionale» così come risulta delineata dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale. Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 3, par. 2 della Convenzione, un reato è di natura transnazionale se:

- a) è commesso in più di uno Stato;
- b) è commesso in uno Stato ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo, avviene in un altro Stato;
- c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; o
- d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato. L'art. 86 sembra offrire una base giuridica davvero forte per un'estensione di competenza della Procura europea ai reati *de quibus*.

Nel futuro, alla luce del rapporto che la Commissione dovrà fare dopo 5 anni dall'entrata in funzionamento dell'organismo (quindi più o meno a fine 2025 o nel 2026), sembra irrealistico immaginare un ritorno al pur auspicabile iniziale modello verticistico, che richiederebbe una riforma radicale che possa consentire di tornare indietro rispetto al sistema collegiale così fortemente voluto dagli Stati, – ognuno dei quali si sarà intanto solidamente impiantato nella struttura attraverso il proprio membro nazionale. Più verosimile è immaginare la possibilità di *aumentare i poteri di EPPO* in materia di arbitraggio sulle competenze, con le autorità nazionali.

* * *

PROPOSTA N. 5.1 CODICE DI PROCEDURA PENALE EUROPEO

L'utilizzazione dibattimentale degli atti formati dal pubblico ministero europeo – le proposte del *Corpus Juris 2000* (contributo Balsamo sulla prova dichiarativa in materiali esperti). L'art. 86 § 3 TFUE consente di inserire nel Regolamento istitutivo della Procura europea contenuti corrispondenti alla “codificazione” di un sistema processuale penale europeo settoriale, disciplinando «le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le



Parte I – Proposte di parte generale

regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni».

Si tratta, dunque, di un intervento normativo che avrebbe potuto andare molto oltre i confini della armonizzazione per dirigersi verso la meta di una parziale unificazione, non limitandosi ad assicurare la compatibilità fra atti eterogenei, ma spingendosi fino alla elaborazione di regole comuni per la formazione di atti di indagine posti in essere da un unico organo – la Procura europea – e destinati a proiettarsi, dopo l'esercizio dell'azione penale, in una pluralità di sistemi giudiziari. Il Regolamento istitutivo dell'EPPO sarebbe potuto divenire, così, non solo un complesso di "norme di organizzazione del lavoro", ma anche un vero e proprio "codice di procedura penale europeo della fase preliminare", nella cui definizione si sarebbe potuto assegnare un rilievo centrale al problema dell'utilizzazione dibattimentale degli atti formati dal pubblico ministero europeo, fermo restando il problema delle garanzie che devono circondare la formazione di queste prove. Per superare le difficoltà legate alla diversità delle regolamentazioni nazionali, cercando una sintesi tra le tradizioni giuridiche degli Stati membri, il Corpus Juris 2000 aveva prefigurato un innovativo modello di prova europea, sostanziandosi nel verbale europeo di audizione, nel quale riportare in forma videoregistrata gli esiti di una procedura di assunzione della prova in contraddittorio davanti al giudice, in modo simile al nostro incidente probatorio".

Per contro, il Regolamento EPPO recentemente adottato segue la scelta di dettare una normativa "minimalista" con un ampio rinvio alle diverse regolamentazioni nazionali dell'attività di indagine; tale modello di disciplina delle indagini (imperniato sull'applicazione della *lex loci*, su una particolare disciplina attinente alle indagini transfrontaliere e sugli strumenti del reciproco riconoscimento) potrebbe sembrare, a prima vista, di più agevole praticabilità, ma è assai più complesso di quanto appaia, in considerazione della necessità – giustamente evidenziata dall'art. 41 del Regolamento – di osservare non solo la legislazione interna, ma anche una serie di diritti procedurali garantiti dalla normativa europea, compresa la Carta di Nizza e le molteplici direttive adottate in questa materia degli ultimi anni.

Sul piano probatorio, il raccordo tra la fase delle indagini e la fase dibattimentale è delineato dall'art. 37 del Regolamento prevedendo che le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori dell'EPPO o dall'imputato non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro. Alla impossibilità di ravvisare una causa di inammissibilità delle prove nella divergenza tra la *lex loci* e la *lex fori* si accompagna, tuttavia, un ampio potere decisorio del giudice di merito, il quale conserva il compito di verificare se l'ammissione delle stesse prove rispetti l'imparzialità del giudice e i diritti della difesa dell'indagato o dell'imputato sanciti dalla Carta di Nizza (cfr. il "considerando" n. 80, che richiama altresì la necessaria osservanza della CEDU e delle Costituzioni nazionali). Viene, inoltre, fatta espressamente salva la competenza dell'organo giurisdizionale nazionale a valutare liberamente le prove così ammesse.

Una simile disciplina, nella sua dimensione applicativa, lascerebbe irrisolte le questioni legate al rapporto tra l'uso processuale dei mezzi di prova e i principi generali



Parte I – Proposte di parte generale

sanciti nelle Carte fondamentali (di natura costituzionale, europea, internazionale); si pensi alla tematica (quanto mai attuale) delle dichiarazioni dei testimoni “assenti” e alla relativa giurisprudenza della Corte EDU. Per evitare questi problemi connessi alla proiezione delle indagini in una pluralità di sistemi dibattimentali, la strada maestra sembra quindi quella di “prendere sul serio” l’elaborazione di regole comuni, che hanno l’importante potenzialità di tradurre in norme di dettaglio i principi della Corte di Strasburgo suscettibili di molteplici interpretazioni. Muovendosi in questa prospettiva, diverrebbe possibile intraprendere un percorso capace non solo di giovare alla funzionalità del nuovo organo requirente, ma anche di valorizzare al massimo il valore aggiunto che la sua istituzione potrebbe introdurre in quel processo di integrazione giuridica che costituisce uno dei migliori frutti della costruzione europea. È stato autorevolmente rilevato che una armonizzazione giuridica europea deve muovere proprio verso una *law of evidence* comune a tutti i sistemi.

* * *

PROPOSTA N. 6. MANDATO DI ARRESTO EUROPEO (CRITICITÀ E PROPOSTE)

6.1. A livello europeo.

A) Evitare assolutamente una rinegoziazione della decisione quadro 2002/584; vi sono delle proposte nate in sede di Parlamento europeo per una rivisitazione dello strumento, anche nel corso della preparazione della nostra presidenza nel 2014. Tale strumento è stato emanato in solo 8 settimane di negoziato e con soli 14 considerando, ma in caso di apertura del negoziato si potrebbe aprire un cantiere che potrebbe peggiorare il testo attuale (Salazar).

B) Si auspica (Salazar) una maggiore attenzione da parte della Commissione sulla prassi operativa del MAE e, soprattutto, l’introduzione di un sistema di monitoraggio del funzionamento, dei casi di rifiuto di cooperazione (eventuali prassi discriminatorie tra Stati), o di cattivo funzionamento per verificare se le ragioni sono connesse a problemi strutturali della normativa europea o a cattive prassi (come la sistematica violazione dei tempi da parte delle autorità giudiziarie britanniche). Tale ruolo di monitoraggio deve essere assunto da Eurojust. Il collegio di Eurojust, infatti, in base alle previsioni della decisione quadro 2009/426, è chiamato a esprimere un parere scritto non vincolante nel caso in cui un’autorità competente comunichi ad Eurojust ricorrenti rifiuti o difficoltà in ordine all’esecuzione di richieste e di decisioni in materia di cooperazione giudiziaria (con particolare riguardo agli strumenti di mutuo riconoscimento), e non sia stato possibile risolvere la questione di “comune accordo” tra le competenti autorità nazionali, ovvero con l’intervento dei relativi membri nazionali (art. 7, par.3). In entrambi i casi, ove le autorità competenti degli Stati membri interessati



Parte I – Proposte di parte generale

decidano di non dar seguito alle indicazioni contenute nel parere scritto del collegio, esse sono tenute a comunicare “senza indugio” ad Eurojust la loro decisione e le motivazioni che la sorreggono.

C) De Matteis sottolinea anche la necessità di verificare gli spazi per un ravvicinamento significativo ed efficace dei livelli di pena, che consenta, se sono condizione per la cooperazione giudiziaria, di superare diversità non giustificabili. Ciò consentirebbe lo scambio di decisioni giudiziarie, sulla base del MAE o, un domani, dell’ordine europeo di indagine penale.

D) A livello interno la legislazione italiana si pone in contrasto con la decisione quadro in quanto prevediamo il carattere obbligatorio dei motivi di rifiuto previsti come facoltativi nella decisione; si dovrebbe richiedere un intervento chiarificatore attraverso un rinvio pregiudiziale alla corte di Lussemburgo o anche sollevando la questione di costituzionalità a seconda del problema giuridico che si pone, in considerazione dell’efficacia diretta delle decisioni quadro.

E) Nella prassi la Procura di Catania ha evidenziato delle criticità che andrebbero affrontate: 1) il rifiuto del paese membro di collaborare quando l’accertamento dell’identità di un soggetto è avvenuto con AFIS, soggetto che aveva presentato false generalità; il problema è emerso con la Romania. 2) Per le sentenze emesse in contumacia si pretendono garanzie non previste nell’ordinamento italiano (ad esempio consentire una rimessione in termini non consentita); 3) Difficoltà con la Germania perché la persona aveva avuto un permesso di soggiorno sulla base del par. 80 della legge negando l’estradiizione.

F) Dal punto di vista dell’esecuzione passiva dei MAE emerge la necessità di stabilire la competenza circa l’esecuzione del trasferimento dell’arrestato non detenuto (è emersa nella prassi catanese – audizione Giuffrida – una certa difficoltà in quanto la polizia penitenziaria non è competente se non si tratta di un detenuto e le altre forze dell’ordine – polizia, carabinieri, guardia di finanza – escludono la loro competenza e la disponibilità di risorse economiche a tal fine); problema che sembra risolto nel d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, di recepimento della convenzione di Bruxelles del 2000 sull’assistenza giudiziaria in materia penale.

G) Tutela dei diritti fondamentali. Nell’applicazione del MAE si dovrebbe verificare il rispetto dei diritti fondamentali nel paese richiedente e, viceversa, una criticità che potrebbe emergere nella prassi è rappresentata dalla possibilità che l’autorità giudiziaria di un altro Stato membro si rifiuti di dare applicazione a un MAE proveniente dall’Italia a causa del sovraffollamento carcerario per cui siamo stati ripetutamente condannati dalla Corte EDU o del regime *ex art. 41 bis* l. 354/75 (ergastolo ostativo in contrasto con le indicazioni della Corte EDU, sez. IV, Vinter e a. c. Regno Unito, 17/1/2012, ric. n. 66069/09; 130/10; 3896/10; si veda anche, a proposito dell’estradiizione in un paese con ergastolo ostativo, Sez. IV, Harkins e Edwards c. Regno Unito, 17/1/2012, ric. n. 9146/07 e 32650/07). Tale questione è stata affrontata recentemente dalla Corte di Giustizia europea nelle cause riunite C-404/15 e C-659/15 in seguito a due rinvii pregiudiziali, promossi dal tribunale di Brema in relazione, il primo, a due mandati di arresto europeo emessi da un tribunale ungherese nei confronti del sig. Aranyosi, arrestato a Brema. Nell’ambito della procedura di consegna, il tribunale di



Parte I – Proposte di parte generale

Brema rilevava l'assenza di indicazioni convincenti rispetto al fatto che, se consegnato all'autorità giudiziaria ungherese, il signor Aranyosi non sarebbe stato sottoposto a condizioni di detenzione contrastanti con l'articolo 3 Cedu, nonché coi diritti fondamentali e coi principi generali del diritto sanciti dall'articolo 6 TUE. Il giudice tedesco motivava tale conclusione osservando che l'Ungheria è stata recentemente condannata per violazione dell'art. 3 Cedu a causa dello strutturale sovraffollamento carcerario (C. eur. dir. uomo, sent. 10.3.2015, Varga e altri c. Ungheria), fenomeno altresì riscontrato dal Comitato per la Prevenzione della Tortura tra il 2009 e il 2013. Il secondo caso riguarda il sig. Caldararu, cittadino rumeno arrestato a Brema. Anche in questo caso, tuttavia, il tribunale tedesco osservava che, alla luce della giurisprudenza della Corte edu sulle condizioni di detenzione nello Stato emittente (sent. Vociu c. Romania, Bujorean c. Romania, Burlacu Constantin Aureliano c. Romania e Mihai Laurentiu Marin c. Romania, tutte del 10 giugno 2014), nonché dei rapporti del CPT, non vi erano indicazioni convincenti per escludere che il signor Caldararu sarebbe stato sottoposto a condizioni di detenzione contrastanti con l'articolo 3 Cedu e l'articolo 6 TUE. Anche l'Italia è stata condannata dalla Corte Edu per sovraffollamento carcerario (sez. II, Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10).

La Corte di Giustizia ha stabilito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo deve essere rinviata se sussiste un rischio concreto di trattamento inumano o degradante a causa delle condizioni di detenzione dell'interessato nello Stato membro di emissione del mandato. Se l'esistenza di tale rischio non può essere esclusa entro un termine ragionevole, l'autorità incaricata di eseguire il mandato deve decidere se occorra porre fine alla procedura di consegna.

Occorre ricordare che l'art. 1, par. 3, l'art. 5 e l'art. 6, par. 1 della decisione quadro 2002/584 /GAI relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, devono essere interpretati nel senso che, in presenza di elementi obiettivi, affidabili, precisi e aggiornati, che dimostrino l'esistenza di carenze vuoi sistematiche o generalizzate, vuoi nei confronti di determinati gruppi di persone, vuoi ancora rispetto ad alcuni centri di detenzione dello Stato membro di emissione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve verificare, in modo concreto e preciso, se sussistono motivi seri e fondati per ritenere che la persona oggetto del MAE emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena privativa della libertà, corra il rischio reale, a causa delle condizioni di detenzione in tale Stato membro, di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in caso di consegna allo Stato membro di emissione. A tal fine, l'autorità giudiziaria d'esecuzione deve richiedere informazioni supplementari all'autorità giudiziaria di emissione, la quale, dopo avere domandato, se necessario, l'assistenza dell'autorità centrale o di una delle autorità centrali dello Stato membro di emissione, ai sensi dell'art. 7 della decisione quadro, deve comunicare tali informazioni entro il termine fissato nella richiesta. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve rimandare la sua decisione sulla consegna della persona fino a quando riceve informazioni che consentano di escludere l'esistenza del rischio di trattamenti inumani



Parte I – Proposte di parte generale

o degradanti. Se l'esistenza del rischio non può essere esclusa in un tempo ragionevole, l'autorità deve decidere se porre fine alla procedura di consegna.

Va evidenziato che la Corte di Giustizia insiste sulla "individualizzazione" del rischio (§§ 93-94): la presenza di deficienze sistemiche nel sistema penitenziario di uno Stato Membro non basta di per sé a legittimare una deroga all'ordinario svolgimento della procedura del mandato d'arresto europeo, occorrendo che nel caso concreto la persona, se consegnata, rischi di essere sottoposta a condizioni di detenzione equiparabili ad un trattamento inumano o degradante.

Parrebbe dunque, ad una prima lettura, che la Corte di Giustizia abbia riconosciuto la sufficienza di rassicurazioni sul caso individuale: anche a fronte, ad esempio, di un sistema penitenziario afflitto da problemi di sovraffollamento, resterebbe la possibilità per lo Stato emittente di garantire la collocazione della persona all'interno di un istituto non soggetto a tale problema.

La portata della pronuncia parrebbe inoltre essere attenuata dalla natura essenzialmente procedimentale del principio affermato dalla Corte. La constatazione del rischio di violazione dei diritti fondamentali attiva in prima battuta un obbligo di consultazione tra le due autorità giudiziarie coinvolte. Tuttavia, se tale scambio di informazioni non consente di escludere l'esistenza di un rischio individuale, la principale conseguenza non è l'abbandono immediato dell'esecuzione del mandato, bensì il suo rinvio (§ 98). La Corte ammette la possibilità di un rifiuto del mandato laddove l'esistenza del rischio non possa essere esclusa o superata "*dans un délai raisonnable*". In tal caso, peraltro, rimarrebbe aperta la questione relativa alla compatibilità del rifiuto con l'obbligo di leale cooperazione (art. 4 par. 3 TUE). (si veda F. Cancellaro, in *Dir. Pen. cont.* 18 aprile 2016).

* * *

PROPOSTA N. 7 SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI E ORDINE EUROPEO DI INDAGINE (v. contributo Prof. Varraso)

7.1. Squadre investigative comuni.

Squadre investigative comuni: nell'ottica di un più proficuo coordinamento investigativo, si ritiene opportuno prevedere la partecipazione alla squadra di membri di OLAF, Europol, Eurojust nella normativa italiana di recepimento dell'istituto delle squadre investigative comuni. Si fa riferimento alla previsione di cui all'art. 2 d.lgs. n. 34 del 2016, che consente in ogni caso il ricorso alla squadra per le indagini relative ai delitti di cui agli artt. 51, commi 3-bis, 3-quater e 3-quinquies, e 407, comma 2, lett. a) c.p.p.,



Parte I – Proposte di parte generale

ovvero a delitti per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni.

7.2. Ordine europeo di indagine.

Sia il d.lgs. n. 34 del 2016 in tema di squadre investigative comuni, sia il d.lgs. n. 108 del 2017 in tema di ordine europeo di indagine penale, si sono premurati di porre rimedio al vizio d'origine della direttiva 2014/41/UE e della Decisione Quadro 2002/465/GAI, consistente nel disinteresse per le regole di utilizzabilità della prova acquisita all'estero; in merito all'ordine europeo di indagine penale, si è scelto tuttavia di non dettare una previsione analoga all'art. 729 c.p.p. (cfr. art. 36).

1) La soluzione appare forse meritevole di un ripensamento: fermi i criteri fissati dagli artt. 431 comma 1 lett. d) ed f) e 512 *bis* c.p.p. e art. 78 disp. att. c.p.p., occorrerebbe quantomeno prevedere una norma analoga all'art. 729 co. 1 c.p.p., nella versione anteriore alla riforma operata con d.lgs. n. 149 del 2017. La norma in esame sanzionava infatti con l'inutilizzabilità la violazione delle norme internazionali regolanti l'acquisizione e trasmissione delle prove: una simile soluzione consentirebbe di dichiarare inutilizzabili le prove acquisite in violazione dei principi di proporzionalità e rispetto dei diritti inviolabili di cui alla direttiva 2014/41/UE. Sarebbe altresì opportuna l'introduzione di una norma analoga all'art. 729 comma 2 c.p.p., come riformato dal d.lgs. n. 149 del 2017, che sanziona con l'inutilizzabilità le prove acquisite all'estero con modalità difformi da quelle indicate dall'autorità richiedente, nei casi in cui tale sanzione sia prevista dalla *lex fori*.

2) Sempre in merito al decreto legislativo sull'ordine europeo di indagine, è da apprezzare la regolamentazione della partecipazione difensiva al compimento dell'atto, di cui all'art. 4 co. 4. Residuano tuttavia alcune zone d'ombra quanto alla tutela delle prerogative difensive.

2.a) In primo luogo, la non impugnabilità del rigetto della richiesta difensiva di emissione dell'ordine europeo (art. 31) ingenera una profonda disparità di trattamento tra difensore e pubblico ministero. Sembra dunque opportuno prevedere una forma di impugnazione del rigetto.

2.b) In secondo luogo, appare opportuna una espressa presa di posizione circa i rapporti tra ordine europeo di indagine ed investigazioni difensive.

2.c) Qualora poi – in linea con quanto affermato dalla Relazione allo schema di decreto legislativo – si ritenessero ammissibili le investigazioni difensive all'estero al di fuori del ricorso all'ordine europeo, dovrebbero prevedersi meccanismi analoghi all'art. 391 *bis* co. 10 e 11 c.p.p., per il caso in cui la persona residente all'estero rifiuti di rendere dichiarazioni o non si presenti al colloquio con il difensore. Si potrebbe pensare in tal caso all'emissione di un ordine europeo d'indagine su richiesta del difensore: in linea con quanto previsto dall'art. 391 *bis* co. 10 c.p.p., il pubblico ministero dovrebbe essere vincolato ad emettere l'ordine al fine di provvedere all'audizione.



7.3. A livello europeo: le intercettazioni.

(v. contributo prof. *Varraso*) La direttiva 2014/41/UE appresta una analitica disciplina delle intercettazioni delle telecomunicazioni.

Replicando un modello già presente nel titolo III della Convenzione di Bruxelles, si distingue a seconda che ai fini della intercettazione sia o meno necessaria l'assistenza tecnica di un altro Stato membro. Nel primo caso, l'ordine europeo può essere eseguito mediante trasmissione immediata delle comunicazioni allo Stato di emissione, ovvero mediante registrazione e trasmissione successiva; l'esecuzione può peraltro essere rifiutata qualora la stessa non sarebbe ammessa in un caso interno analogo (art. 30). Nel secondo caso, lo Stato di intercettazione è tenuto a notificare lo svolgimento delle operazioni allo Stato nel cui territorio l'utenza intercettata si trova. Se l'intercettazione non è consentita secondo la disciplina nazionale, lo Stato notificato, entro novantasei ore, può comunicare allo Stato di intercettazione che le operazioni non possono essere effettuate o devono essere interrotte, con conseguente inutilizzabilità assoluta o relativa dei loro risultati (art. 31).

Il medesimo impianto era stato adottato dallo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva, predisposto dalla Commissione per la riforma del Libro XI Codice Procedura Penale, presieduta dalla prof.ssa Maria Riccarda Marchetti. Con riguardo alle intercettazioni, lo schema di decreto distingueva infatti, oltre che tra procedura attiva e passiva, a seconda che fosse o meno necessaria l'assistenza tecnica dello Stato destinatario dell'ordine. Dal lato attivo, in caso di necessità di assistenza da parte dello Stato estero (art. 48 dello schema di decreto legislativo), il Procuratore della Repubblica avrebbe dovuto richiedere al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione ad emettere l'ordine europeo: quanto al vaglio del giudice sulla richiesta, si rinviava agli artt. 266 ss. c.p.p. Nei casi di non necessità dell'assistenza tecnica, lo schema di decreto recepiva pienamente le indicazioni della direttiva.

La distinzione tra necessità o meno dell'assistenza è ripresa altresì dal d.lgs. n. 108/2017, di recepimento della direttiva. Per quanto attiene alla procedura attiva, si prevede che l'ordine europeo debba essere emesso qualora si renda necessaria l'assistenza all'esecuzione delle operazioni di uno Stato estero, nel cui territorio si trovi il dispositivo da controllare (art. 43). Il pubblico ministero deve in tal caso indicare la durata delle operazioni e i motivi di rilevanza dell'atto. Per contro, qualora l'assistenza tecnica non si renda necessaria, il pubblico ministero deve immediatamente informare lo Stato estero dell'avvio delle operazioni, e disporre la cessazione qualora l'autorità giudiziaria estera comunichi che le intercettazioni non possono essere eseguite o proseguite (art. 44): in tal caso, l'utilizzabilità delle conversazioni captate è possibile nei limiti fissati dall'autorità giudiziaria estera (per ulteriori approfondimenti si rimanda al contributo del Prof. *Varraso*).

Proposta. Ciò che emerge è che la possibilità di realizzare le intercettazioni telefoniche e la loro conseguente utilizzabilità è rimessa alla legislazione interna dello Stato richiesto, con la conseguenza che in tal modo non si risolvono i problemi emersi nella prassi, come evidenziato nelle audizioni, e cioè la profonda differenza tra la legislazione italiana (ben più invasiva) e quella degli altri paesi europei. L'Italia deve



Parte I – Proposte di parte generale

farsi promotrice, allora, di una iniziativa a livello europeo per promuovere l'armonizzazione in materia o, perlomeno, per stabilire una disciplina che regolamenti la materia in modo autonomo, imponendo allo Stato richiesto l'esecuzione dell'intercettazione anche in casi non previsti dalla disciplina interna; chiaramente il tutto cercando un corretto equilibrio tra le esigenze della lotta al crimine organizzato e la tutela dei diritti fondamentali. La questione si pone ancora più a monte per le altre forme di intercettazioni, come quelle ambientali, neanche considerate dalla direttiva.

* * *

PROPOSTA N. 8 EUROPOL – VALORIZZARE NELLA PRASSI IL RUOLO DELLE SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI

Gli artt. 5 e 6 del regolamento UE 2016/794 prevedono la possibilità di chiedere alle autorità competenti degli Stati membri interessati di avviare, svolgere o coordinare indagini e di proporre l'istituzione di squadre investigative comuni in casi specifici, rientranti fra gli obiettivi propri dell'Agenzia.

Significativa appare la possibilità offerta al personale di Europol di partecipare, con funzioni di supporto, alle squadre investigative comuni quando le medesime svolgano indagini in merito a reati rientranti nella competenza dell'Agenzia. In questa prospettiva, nei limiti previsti dalla legislazione degli Stati membri in cui opera una squadra investigativa comune, e conformemente ad uno specifico accordo che deve intervenire tra il direttore di Europol e le autorità competenti degli Stati membri che partecipano alla squadra, il personale di Europol può prestare assistenza in tutte le attività e scambiare informazioni con tutti i membri della squadra investigativa comune, ma non può prendere parte all'esecuzione di alcuna misura coercitiva. Inoltre, le informazioni ottenute da un membro del personale Europol nel corso della sua partecipazione ad una squadra investigativa comune possono, con il consenso e sotto la responsabilità dello Stato membro che le ha fornite, essere inserite nel sistema informatizzato, per le finalità di trattamento di cui all'art. 18 del regolamento. Al complesso di informazioni conservate da Europol, peraltro, possono accedere sia Eurojust che Olaf, nella misura in cui ciò sia necessario per lo svolgimento dei rispettivi compiti. Per quel che attiene alla dimensione operativa di Europol l'art. 88, par. 3, TFUE ha scelto di escludere ogni attribuzione di poteri coercitivi, specificando che qualsiasi azione operativa di tale organismo, la quale dovrà essere comunque condotta in collegamento e d'intesa con le autorità dello Stato membro o degli Stati membri di cui interessa il territorio, trova in ogni caso un limite nell'applicazione di misure coercitive, che resta di competenza esclusiva delle pertinenti autorità nazionali. Europol, pertanto, non dispone allo stato di alcuno dei poteri tipici delle forze di polizia nazionali, come quello di eseguire arresti, perquisizioni domiciliari o intercettazioni telefoniche, oltre a non essere, più in generale, dotato di poteri investigativi all'interno del territorio degli



Parte I – Proposte di parte generale

Stati membri. Occorre tuttavia precisare che, in forza della base normativa specificamente offerta dall'art. 88, par.2, TFUE, l'art. 4, par. 1, lett. c), del nuovo regolamento consente di realizzare un sensibile allargamento della dimensione operativa di Europol, inserendo fra i suoi compiti quello di provvedere al coordinamento, all'organizzazione e allo svolgimento di indagini e di azioni operative, condotte congiuntamente con le autorità competenti degli Stati membri o nel quadro di squadre investigative comuni, in collegamento, ove opportuno, con Eurojust.

In questa direzione si auspica nella nostra legislazione in materia di squadre investigative comuni la possibilità di inserire componenti di Europol, come evidenziato nella relazione Varraso (si veda supra proposta n. 7).

Dall'audizione con il Dott. Menichelli sono emerse, inoltre, le seguenti proposte.

1) Rafforzare il rapporto con Eurojust e con le altre agenzie dell'UE, come Frontex, CEPOL. Solo dopo parecchi anni si è riuscito a pervenire a un accordo di tipo operativo tra Europol e Frontex, la stessa cosa dovrà essere fatta con le altre agenzie e dovrà essere sviluppato ulteriormente il rapporto informativo.

2) Dovranno essere sviluppati accordi anche con paesi terzi ed organizzazioni internazionali (alla luce dei nuovi poteri conferiti; ad esempio in seguito al referendum del dicembre 2016 anche la Danimarca è sotto tale profilo un paese terzo ed è stato concluso un accordo operativo con Europol; lo stesso dovrà essere fatto con tutta una serie di paesi terzi da cui si ritiene possano provenire problemi legati alla criminalità organizzata, ad esempio – ai fini della lotta all'immigrazione illegale – con tutti i paesi del bacino mediterraneo e del centro Africa; accordi sono stati conclusi anche con paesi dell'America Latina, ma tutto deve avvenire nel rispetto della *privacy*).

3) Con il nuovo regolamento si aprono grandi prospettive in termini di accesso a informazioni, con riguardo a tutte le banche dati dell'UE, ma allo stesso tempo si pone un problema di tutela della *privacy*, tanto è vero che è stato istituito il Garante della Protezione dei dati; la direttiva in materia è stata oggetto di lunghe trattative e anche l'adozione della PRN è stata travagliata per le resistenze in Parlamento Europeo – soprattutto dei parlamentari dei paesi del Nord Europa –, che considerava lo strumento sproporzionatamente invasivo per la libertà dei cittadini.

4) In tale direzione si sottolinea l'importanza dello scambio di informazioni tra paesi membri con e attraverso Europol, in applicazione del principio di disponibilità (cioè se io ho un'informazione la metto a disposizione degli altri stati membri); tale disponibilità presuppone la consapevolezza da parte di tutti paesi membri della minaccia rappresentata dalla criminalità organizzata – non necessariamente ed esclusivamente di quella tipicamente italiana o che agisce secondo le modalità di tipo mafioso –, perché altrimenti si rischia di alimentare un clima di mancanza di fiducia reciproca di cui certo si avvantaggiano solo le organizzazioni criminali.

5) Si evidenzia la necessità di una maggiore specializzazione all'interno di Europol in materia di indagini patrimoniali; ciò presuppone da parte degli Stati membri l'invio di personale competente anche sotto tale profilo, fermo restando che si dovrebbe risolvere il problema a monte dell'armonizzazione in materia.



Parte I – Proposte di parte generale

* * *

PROPOSTE N. 9 PROVENIENTI DAL RAPPORTO DELLA COMMISSIONE ANTIMAFIA DEL PARLAMENTO EUROPEO 2013 (Commissione CRIMM)

Proposte provenienti da tale documento, alcune già incluse nelle precedenti proposte sono:

- 1) abolire il segreto bancario;
- 2) eliminare i paradisi fiscali dal territorio dell'Unione europea e porre fine all'evasione e all'elusione fiscale adottando il principio dell'"origine della ricchezza" raccomandato dall'OCSE
- 3) garantire il pieno accesso alle informazioni relative ai titolari effettivi di società, fondazioni e trust (cd. "*beneficial ownership*"), anche adeguando e collegando opportunamente i registri delle imprese degli Stati membri;
- 4) introdurre il principio della responsabilità giuridica delle entità giuridiche – in particolare la responsabilità delle *holding* e delle società madri per le rispettive società figlie – nei casi di criminalità finanziaria (quest'ultima proposta è considerata dai professori componenti del Tavolo in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale e punitiva);
- 5) eliminare la tratta di esseri umani e il lavoro forzato, in particolare per quanto riguarda i minori e le donne, mediante sanzioni più severe, e garantire che le vittime della tratta siano adeguatamente protette e sostenute (in Italia abbiamo già una sufficiente disciplina sul tema);
- 6) prevedere il reato di manipolazione sportiva al fine di rafforzare la lotta contro le scommesse sportive illegali;
- 7) chiedere agli Stati membri di incriminare il voto di scambio anche in presenza di vantaggi immateriali o a terze persone;
- 8) prevedere una fiscalità d'impresa il più possibile uniforme, equa ed omogenea a livello europeo;
- 9) rafforzare gli accordi di cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati membri e tra l'Unione europea e i Paesi terzi;
- 10) promuovere gli strumenti del sequestro e della confisca dei patrimoni criminali, introducendo metodi di confisca aggiuntivi, come la confisca dei beni nel quadro del diritto civile e il riutilizzo dei beni confiscati per fini sociali, nel rispetto del principio di sussidiarietà (i penalisti del Tavolo non condividono la proposta: "come la confisca dei beni nel quadro del diritto civile");
- 11) rafforzare la lotta contro i reati ambientali e il traffico di stupefacenti;
- 12) assicurare il riconoscimento rapido e reciproco, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, di tutte le misure giudiziarie, con particolare riferimento alle sentenze penali, agli ordini di confisca e ai mandati di arresto europei;



Parte I – Proposte di parte generale

13) prevedere l'esclusione dalle gare d'appalto in tutta l'Unione europea degli operatori economici condannati in via definitiva per criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio;

14) istituire ed attivare la Procura europea, dotandola delle necessarie risorse umane e finanziarie (proposta realizzata con l'entrata in vigore dell'EPPO, salva la necessità di estenderne le competenze e rafforzarne le prerogative); sostenere al contempo le agenzie europee, quali Europol e Eurojust, nonché le squadre investigative comuni e gli Asset Recovery Offices (ARO);

15) rispettare pienamente, tanto a livello di Stati membri quanto a livello di Unione, gli obblighi derivanti dagli strumenti internazionali in materia di criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro;

16) riconoscere il ruolo importante del giornalismo investigativo nell'identificare i reati gravi;

17) introdurre norme omogenee per la protezione dei testimoni, degli informatori e dei collaboratori di giustizia a livello europeo; si veda in materia anche l'audizione di Alfonso e il Libro bianco del Consiglio d'Europa (in documenti)

18) prevedere l'ineleggibilità e la decadenza da cariche pubbliche in seguito a condanne definitive per reati in materia di criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro;

19) definire e sanzionare adeguatamente fattispecie criminose uniformi in materia di criminalità informatica, anche sulla base di un sistema di segnalazione uniforme;

20) evitare la corruzione nel settore pubblico fornendo al pubblico un migliore accesso ai documenti e introducendo norme specifiche in materia di conflitti di interesse e registri a fini di trasparenza.

* * *

PROPOSTE N. 10 IN MATERIA DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA EMERGENTI DALLE AUDIZIONI

1) magistrati di collegamento;

2) formazione dei magistrati (corretta formulazione delle richieste);

3) semplificazione delle forme di cooperazione a livello nazionale, per esempio attribuendo alla medesima Autorità Giudiziaria i poteri connessi alla esecuzione di rogatorie sia dal lato attivo che dal lato passivo

4) ridurre il potere discrezionale degli Stati membri dell'Unione Europea nell'accoglimento, o meglio nell'eventuale rigetto di determinati provvedimenti istruttori, nel caso gli stessi abbiano superato il vaglio della autorità Giudiziaria nazionale;



Parte I – Proposte di parte generale

- 5) l'utilità e la efficacia dei contatti che si instaurano tra le singole Autorità Giudiziarie e gli ufficiali di polizia giudiziaria di collegamento (*best practice*)
- 6) informatizzazione;
- 7) valorizzazione del ruolo della DNA in termini di controllo e coordinamento;
- 8) rapporti con i paesi terzi: accordi conclusi dalla DNA – criticità e proposta.
- 9) Provvedere alle ratifiche e implementazione della legislazione europea prontamente
- 10) buona volontà.

1) Dalle audizioni emerge inoltre l'importanza dei magistrati di collegamento (si veda la testimonianza di *Patrone*, magistrato di collegamento in Francia); emerge altresì la necessità di avere anche nei paesi terzi delle agenzie *in loco* che si occupino di patrocinare gli interessi dell'autorità giudiziaria (si vedano i casi di insuccesso nella cooperazione riferiti da Cieri per la mancanza di contatti, Fanara, Mancini).

2) Formazione. In termini di prassi virtuose è emersa, soprattutto dalle audizioni, la necessità di curare la formazione dei magistrati sulla materia della cooperazione giudiziaria, sia in relazione alla relativa normativa e alle potenzialità che offre, sia in relazione alla corretta redazione dei pertinenti strumenti di lavoro (MAE, rogatoria, vedi *Patrone*), nonché in termini di conoscenze linguistiche; anzi emerge la necessità di individuare delle figure specificamente competenti all'interno delle DDA, di ripristinare e potenziare i magistrati di collegamento. Alfonso ha evidenziato che nella Procura generale di Milano è stato creato un ufficio competente per la cooperazione internazionale con tre magistrati, uno dei quali è anche punto di contatto per la rete europea e corrispondente di Eurojust; tutti magistrati con una ricca esperienza nel settore.

In tale direzione Selvaggi sottolinea come i colleghi non abbiano piena consapevolezza di tutti i network presenti presso l'UE, il Consiglio di Europa ma anche l'ONU (tanto è vero che si ritrova a consigliare ai colleghi di rivolgersi a queste reti, come l'IBER RED una rete di cooperazione tra Spagna, Portogallo e paesi dell'America latina, che ha consentito di ottenere documenti dal Messico).

Patrone evidenzia come "i nuovi strumenti (rappresentati da ben 16 decreti legislativi) siano quasi del tutto sconosciuti agli uffici giudiziari, che continuano ad usare le obsolete convenzioni, tra cui quella del '59 sulla cooperazione giudiziaria. Poco conosciuti i "certificati" previsti dalle decisioni quadro in materia di sequestro e confisca (ed obbligatori per le richieste di riconoscimento ed esecuzione), addirittura ignorata la nuova competenza del PM – e non più del tribunale – per le richieste di esecuzione, etc.

3) Dalla prassi emerge come la mancata accettazione di una rogatoria può essere legata all'insufficiente formulazione, senza la condivisione delle informazioni necessarie a convincere l'autorità richiesta (o addirittura a coinvolgerla nelle indagini attraverso l'apertura di un'autonoma indagine, come è avvenuto in alcuni casi virtuosi, o con la creazione di una squadra inv. com.).

4) prevedere una semplificazione delle forme di cooperazione a livello nazionale, per esempio attribuendo alla medesima Autorità Giudiziaria i poteri connessi alla esecuzione di rogatorie sia dal lato attivo che dal lato passivo, riservando solo un



Parte I – Proposte di parte generale

controllo formale di esecuzione alla Autorità Giudiziaria di secondo grado. In tal senso, la netta distinzione tra le rogatorie attive e quelle passive, soprattutto nella fase investigativa, ha costituito un elemento di notevole complicazione e spesso di confusione per le autorità dei corrispondenti paesi esteri, nonché di inefficienza nella concreta esecuzione delle attività di indagine necessarie (Ferrara-Gasparre); non solo, come evidenzia Castellani, una richiesta passiva – anche di MAE – potrebbe essere lo stimolo per un’indagine autonoma nello Stato richiesto. Tale problema è risolto nel d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, Norme di attuazione della Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000, in G.U., 27 aprile 2017, n. 97, che attribuisce *la competenza al Procuratore distrettuale* (il quale cede, tuttavia, il passo all’intervento del *giudice per le indagini preliminari*, qualora l’autorità estera richieda che l’atto sia compiuto dall’organo giurisdizionale, ovvero quando l’intervento del giudice sia imposto dal rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico interno (art. 8, c. 2)).

5) ridurre il potere discrezionale degli Stati membri dell’Unione Europea nell’accoglimento, o meglio nell’eventuale rigetto di determinati provvedimenti istruttori, nel caso gli stessi abbiano superato il vaglio della autorità giudiziaria nazionale; tale circostanza appare particolarmente decisiva in materia di esecuzione di attività di intercettazione e di altre forme invasive di limitazione della libertà personale (es. caso in cui l’A.G. Spagnola si è rifiutata di dare esecuzione a decreti di intercettazione emessi legittimamente dalla A.G. italiana per la ricerca e cattura di latitanti operanti in quel paese nonostante non vi fossero altri mezzi investigativi idonei per effettuare tali accertamenti e si ricadesse nell’ambito dei 32 reati previsti dalla legislazione europea per la cooperazione rafforzata).

6) Nella prassi si evidenzia l’utilità e la efficacia dei contatti che si instaurano tra le singole Autorità Giudiziarie e gli ufficiali di polizia giudiziaria di collegamento (v. contributo Procura di Palermo, *Ferrara – Spedale*). Non è raro, infatti, che nel corso delle indagini emergano profili di “anomalia” con riguardo ad entità (persone fisiche o giuridiche) straniere o ad operazioni finanziarie poste in essere anche solo in parte all’estero.

Tuttavia sovente il consolidamento del sospetto sino al compiuto accertamento della (eventuale) relativa illiceità dipende dalla lettura congiunta di dati in possesso ad Autorità diverse. Così è ad esempio, sempre più spesso, nel caso di reati finanziari, dei reati di riciclaggio e di intestazione posti in essere mediante investimenti esteri: in questi casi emerge come l’illiceità originaria delle risorse investite o il fine elusivo delle condotte possano essere adeguatamente messi a fuoco solo a condizione che si riesca ad inquadrare in modo adeguato la porzione di condotta posta in essere al di fuori del territorio della propria giurisdizione. Ebbene, con riguardo a tali attività di indagine, caratterizzate nella fase iniziale dal carattere spiccatamente esplorativo, si reputa particolarmente utile instaurare contatti diretti, più e ancor prima che con le Autorità Giudiziarie estere di riferimento, con i rappresentanti delle forze dell’ordine di collegamento sul territorio, capaci di fornire in breve termine informazioni selezionate e puntuali in ordine alla fondatezza dei sospetti esternati dalla magistratura. Solo una volta ricevute le informazioni richieste – nei limiti fissati dalle regole di legge che



Parte I – Proposte di parte generale

disciplinano la estensibilità delle risultanze istruttorie – può essere adeguatamente parametrata e delimitata la richiesta di cooperazione internazionale avanzata alla A.G., scongiurando il rischio di richieste (eccessivamente) esplorative, destinate nella maggioranza dei casi ad essere vane o non risolutive (se non addirittura rigettate *de plano*): vane ove non correttamente indirizzate e prive delle informazioni sufficienti a mettere in condizione la A.G. ricevente di operare in modo proficuo (e non potendosi pretendere che i magistrati ricevanti pongano in essere ampie e lunghe indagini per conto della Autorità richiedente, avendo sovente solo una vaga idea delle finalità perseguite dei colleghi); non risolutive, ove destinate ad essere seguite da ulteriori indagini, il cui oggetto e le cui modalità devono essere determinate alla luce dei risultati delle rogatorie precedenti. Un esempio efficace di tali modalità di interrelazione e scambio internazionale di informazioni è dato da una recente indagine condotta dalla Procura di Palermo, culminata nel sequestro di ingenti capitali fittiziamente intestati a terzi e trasferiti nel territorio del Principato di Andorra da alcuni soggetti italiani raggiunti, poco prima, da misura di prevenzione reale.

7) Informatizzazione: emerge la necessità di informatizzazione nell'archiviazione delle richieste di cooperazione giudiziaria

8) Concentrazione dei poteri, o perlomeno la valorizzazione del ruolo della DNA in termini di controllo e coordinamento (Patrone suggerisce): “la dimensione internazionale richieda sempre un minimo di concentrazione di potere a livello centrale, cosa che ad esempio accade in Francia dove c'è un Ufficio che controlla gli atti in uscita, non li “impone”, ma quantomeno sa cosa si sta chiedendo e a chi... altrimenti si scivolerebbe nell'improvvisazione!”

9) Rapporti con paesi terzi. Criticità e proposta (tratto dalla audizione con Selvaggi): accordi della DNA. Come evidenziato da Selvaggi nella sua audizione presentano una qualche criticità gli accordi che la DNA è solita fare con altri Paesi. «Al riguardo è utile segnalare come il Ministero degli esteri abbia sempre guardato a tale attivismo con sospetto; sospetto dovuto al fatto che, sul piano internazionale, è appunto quel Ministero il soggetto che rappresenta il nostro Paese. Nella pubblicazione della Collana di manuali di pratica consolare ed amministrativa del Ministero degli Affari esteri [Procedure pratiche relative alla stesura degli accordi internazionali, Roma, maggio 1998, p. 4, del Servizio del Contenzioso diplomatico, Note sull'applicazione della circolare n. 5 del 19 aprile 1995], appare una conclusione *tranchante*: premesso che “ogni atto internazionale stipulato da organi non appartenenti al potere esecutivo va inquadrato come una ingerenza nella sfera esclusiva di quest'ultimo e quindi suscettibile di generare un conflitto tra poteri dello Stato”, conclude nel senso che “non possono essere ammessi atti internazionali che non siano stati stipulati dall'autorità a cui compete *ab initio* tale potere.... Da ciò consegue che quegli atti debbono essere considerati nulli”.

Questa prassi, come detto, non è ben vista dal nostro Ministero degli esteri. Con conseguenze, devo dire, non sempre gradevoli: a volte capita che si ricevano richieste di cooperazioni giudiziarie che invocano il rispetto di questi accordi o che comunque invocano cooperazione giudiziaria sulla base del principio di reciprocità. Obblighi e reciprocità, invece, insussistenti sotto il profilo del diritto internazionale.



Parte I – Proposte di parte generale

Non sarebbe forse esercizio inutile quello di verificare la perdurante validità di tale affermazione ed eventualmente l'opportunità di prevedere moduli di intervento adeguati alle rapide mutazioni delle forme della criminalità, specie quella organizzata, in un mondo globalizzato (accordi in tema di investigazioni richiedono sempre l'intervento del Parlamento?). La nostra costituzione prevede (art. 80) che la ratifica di trattati internazionali sia autorizzata dalle Camere, io avevo studiato (svolgevo le funzioni di Capo del Dipartimento degli affari giustizia) la possibilità di fare degli accordi di cooperazione bilaterali che non richiedessero la ratifica parlamentare, nel contesto di una vicenda che vedeva un cittadino italiano condannato in Kazakhstan invocare un trasferimento in Italia per quivi scontare la pena inflitta all'estero. La questione meriterebbe di essere ulteriormente esaminata. ...».

9) Buona volontà: Come emerge dalle audizioni, nel settore dell'assistenza giudiziaria è fondamentale la buona volontà di cooperare, che ha consentito alle autorità italiane di cooperare: nonostante, ad esempio, la mancata attuazione della convenzione del 2000 sull'assistenza giudiziaria, operiamo ancora con gli strumenti della convenzione del '59.

* * *

PROPOSTA N. 11

LA RETE GIUDIZIARIA EUROPEA E I SUOI RAPPORTI CON EUROJUST

La necessità della coesistenza delle due strutture giudiziarie Eurojust e la Rete giudiziaria europea e l'esigenza di una "ridefinizione" dei loro rapporti di collaborazione (anche attraverso l'istituzionalizzazione di "canali" telematici che ne incrementino le possibilità di comunicazione diretta e continua) costituiscono obiettivi espressamente enunciati nei considerando nn. 5, 6 e 8 della decisione 2008/976.

Si tratta, del resto, di linee di orientamento ormai stabilmente fatte proprie dalle istituzioni dell'Unione Europea ed espressamente enunciate nello stesso Trattato di Lisbona, il cui art. 85, par. 1, lett. c), individua tra i compiti da assegnare ad Eurojust (oltre all'avvio ed al coordinamento di indagini ed azioni penali) il potenziamento della cooperazione giudiziaria, "anche attraverso... una stretta cooperazione con la Rete giudiziaria europea".

La necessità di chiarire le rispettive funzioni dei due organismi, evitando inutili sovrapposizioni nell'ambito di un quadro di relazioni basato sui principi di complementarietà e di reciproca consultazione, viene ribadita anche nel considerando n. 19 della decisione 2009/426/GAI del Consiglio del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust, che peraltro ritiene necessario preservare, al contempo, la specificità della Rete giudiziaria europea.

Nella sua nuova articolazione funzionale, dunque, la Rete giudiziaria tende ad assumere, sia pur mantenendo una sua formale autonomia, il ruolo di "braccio



Parte I – Proposte di parte generale

operativo” dell’Eurojust, incrementandone le capacità di coordinamento investigativo attraverso una più razionale ed efficace organizzazione della presenza dei punti di contatto sul territorio dell’Unione europea.

* * *

PROPOSTA N. 12. **I DIRITTI DELLA DIFESA** **TIMORI E NUOVE PROSPETTIVE** (Contributi *De Amicis – Siracusano – Maggio*):

Lo strumento attraverso il quale perseguire l’obiettivo di un bilanciamento della prospettiva del reciproco riconoscimento con la concorrente esigenza di una più omogenea ed efficace tutela delle garanzie difensive è stato individuato sin dalla elaborazione delle raccomandazioni contenute nel Programma di Stoccolma del 10-11 dicembre 2009, ove si è tracciata una *road map* fondata sulla linea di una progressiva finalizzazione delle direttive in tema di diritti e garanzie della difesa, il cui pronto ed omogeneo recepimento da parte degli Stati membri può consentire di dare ingresso, nelle procedure di cooperazione giudiziaria, alle diverse soluzioni raggiunte in quei settori dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, imponendo in tal modo, grazie al giuoco di rimandi operato sia dall’art. 6 TUE che dall’art. 52 della Carta di Nizza, una diretta subordinazione, in capo al giudice nazionale, degli standards di protezione elaborati dalla Corte EDU .

Si deve ricordare, infatti, che si è assistito, nel breve volgere di pochi anni, ad una singolare trasmutazione di istituti fondamentali del processo e della cooperazione giudiziaria penale: dall’extradizione al mandato di arresto europeo; dalla commissione rogatoria all’ordine europeo di indagine penale, con un fugace transito sul mandato europeo di ricerca della prova; dagli strumenti convenzionali che regolavano dal 1983 le procedure di trasferimento delle persone condannate ai nuovi meccanismi di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze di condanna pronunciate dalle autorità degli Stati membri ai sensi della decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161. Non v’è dubbio, tuttavia, che la linea di intervento che ha segnato per circa un decennio l’attività del legislatore europeo sia stata connotata, probabilmente per ragioni di urgente difesa dalla crescente diffusione di incontrollabili fenomeni criminali di dimensione transnazionale, da una preminente valorizzazione degli obiettivi di miglioramento dell’efficacia dei meccanismi di funzionamento della cooperazione giudiziaria e di polizia, trascurando le concorrenti esigenze di bilanciamento interno alla costruzione di un modello processuale che si sarebbe rivelato inevitabilmente deforme, in assenza di un’adeguata predisposizione di presidi a tutela dell’effettivo esercizio delle garanzie difensive.



Parte I – Proposte di parte generale

Questa linea d'intervento ha contraddistinto la genesi e le modalità di azione dei nuovi "organi investigativi para-accusatori" impegnati nell'accertamento degli illeciti in danno delle risorse comunitarie e, più in generale, dei reati transnazionali: nell'istituire Eurojust, come puntualmente osservato, non si è provveduto ad individuare mezzi e strumenti che un interlocutore privato possa opporre ai poteri di tale organo (poteri che si vanno gradatamente estendendo se si considera il ruolo che Eurojust esercita in tema di conflitti di giurisdizione); analoga scelta, inoltre, è stata fatta, quanto meno inizialmente, con riferimento ai poteri d'indagine esercitati da Olaf (i cui risultati costituiscono spesso il presupposto di un sempre più frequente numero di procedimenti nazionali); identica considerazione si registra, infine, a proposito delle investigazioni di Europol e, più in generale, in relazione alla disciplina della diffusione dei dati e delle informazioni fra organi di polizia.

In tutti questi casi, alla difesa non è stata riservata alcuna reale capacità d'intervento e di attivazione reale, rispetto a quello che di solito le viene riconosciuto negli ordinamenti processuali dei Paesi europei.

Un sensibile mutamento di marcia è rinvenibile, di contro, nell'adozione del *complesso sistema di direttive tracciato dal Programma di Stoccolma del 2009*, conferendo maggiore solidità alle prospettive di tutela dei diritti e delle garanzie difensive della persona coinvolta in un procedimento penale; è un salto di qualità chiaramente visibile sia nell'ambito delle procedure di consegna, sia in quelle finalizzate all'acquisizione ed alla trasmissione dei risultati probatori: da un lato, il rafforzamento delle garanzie partecipative e del diritto all'assistenza difensiva anche nel Paese emittente sembra connotare i tratti evolutivi del nuovo procedimento di esecuzione del M.A.E., dall'altro lato il riconoscimento di una maggiore capacità d'intervento e di "innovativi" spazi di operatività "autonoma" dell'ufficio difensivo sembra emergere anche nella attività di raccolta di prove transfrontaliere, ove si consideri che l'emissione di un ordine di indagine penale può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale (*ex art. 1, par. 3, direttiva 2014/241/UE*). Senonché, a fronte dell'assenza di puntuali previsioni sanzionatorie, sono proprio i giudici nazionali a trovarsi di fatto investiti di un'inedita funzione di supplenza nell'ottica, per vero tutta sostanzialistica, di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della circolazione extra-territoriale dei provvedimenti esteri, e in particolare degli atti probatori, con il conseguente pericolo di una frammentarietà e disorganicità di opzioni interpretative in tema di rispetto della sostanza delle garanzie difensive e dei principi del giusto processo nelle modalità di acquisizione e nella successiva valutazione di compendi probatori liberamente "circolanti" sul territorio dell'Unione: rischio, questo, che anche una decisa riaffermazione del principio del primato degli standard imposti dal diritto euro-unitario potrebbe non necessariamente soddisfare appieno⁴⁰, in assenza di un quadro normativo comune e in presenza, al contempo, di un più elevato livello di tutela dei diritti

⁴⁰ Corte Giust. UE (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, Melloni, C-399/11.



Parte I – Proposte di parte generale

fondamentali eventualmente assicurato dalle regole probatorie fissate nell'ordinamento interno.

Si evidenzia in tale direzione (contributo Prof. *Siracusano*) che il solco tracciato dall'art. 82.2 del TFUE, nell'orbita di un'armonizzazione "minimale" delle regole di ammissibilità della prova, benché non adeguatamente seguito dalla direttiva 2014/41/UE istitutiva dell'OEI, indica una strada che, in relazione ai procedimenti transnazionali concernenti la criminalità organizzata, si presenta densa di incognite e foriera di rischiose derive antigarantistiche. Come spesso è avvenuto in ambito europeo, un accordo politico potrebbe più facilmente trovarsi in relazione ad alcuni più circoscritti settori; ad esempio, in prima battuta, limitandone l'ambito di operatività proprio ai processi che riguardano reati di criminalità grave (quale è quella organizzata) con dimensione transnazionale. Qui, però, la convergenza, spinta dall'interesse a trovare soluzioni più adeguate in chiave repressiva, potrebbe assestarsi su di uno standard di garanzie assolutamente insufficiente in termini generali; lungo «binari speciali» meno garantiti perché dedicati, in via esclusiva, a fenomeni di particolare allarme sociale. Il pericolo, sull'abbrivio dato da scelte caratterizzate da un migliore impatto in quanto ad efficienza, è che queste "regole minime" meno garantite finiscano, però, con acquisire una forte carica espansiva, trascinando al di là dei limiti originariamente imposti. Se ciò avvenisse, i «binari speciali» finirebbero con l'elevarsi a livello di regole comuni europee, con un evidente grave *vulnus* di garanzie: sia individuali, sia epistemiche. Un'evenienza, questa, intollerabile e che neanche la qualifica "europea", affidabile alla prova così formata, varrebbe a rendere meno odiosa.

Compatibilità con la Cedu del doppio binario.

(Prof. Maggio) In materia è fondamentale anche l'influenza culturale del modello CEDU riguardo alla tenuta delle norme processuali relative ai fatti di criminalità organizzata. Fra le disposizioni eccezionali più a rischio di frizione con i precetti europei deve menzionarsi l'art. 190-*bis* c.p.p. che originariamente prevedeva un *iter* acquisitivo della prova speciale per i processi enucleati dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., e imponeva la tutela di un prodotto probatorio, già definito e pienamente utilizzabile. L'originaria formulazione della norma, pur corretta ed edulcorata dalla l. n. 63 del 2001 per renderla più compatibile con i principi costituzionali del "*fair trial*" di diretta derivazione europea, presenta ancora degli aspetti poco compatibili con il valore essenziale del contraddittorio.

Ciò nonostante, nuove emergenze politico-criminali hanno esteso questo peculiare regime derogatorio anche all'accertamento processuale dei fenomeni di tratta degli esseri umani ove, soprattutto negli ultimi anni, si sono registrati degli sviluppi dei problemi legati alla deroga probatoria⁴¹. Recentemente il legislatore è intervenuto con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, in particolare al fine di porre rimedio alla valutazione

⁴¹ L. 11 agosto 2003, n. 228.

individualizzata della “vulnerabilità”, presupposto di applicazione dell’art. 190, comma 1-*bis*, c.p.p. per le fattispecie penali legate al traffico di esseri umani⁴². Spesso i meccanismi inferenziali del giudice erano infatti legati alla mancata esistenza di spiegazioni alternative rispetto alla condotta del teste subornato o minacciato e si riflettevano negativamente sull’obbligo motivazionale idoneo a giustificare l’alterazione del contraddittorio, appiattendolo la deroga probatoria su contenuti di tipo “vittimologico”. Appariva pertanto necessaria una correzione legislativa interna al disposto dell’art. 190, comma 1 *bis*, c.p.p., non risultando soddisfacenti interpretazioni estensive, seppure sostenute da prospettive di “tutela integrata” delle vittime. La correzione è stata operata dal legislatore, con una riscrittura del comma 1-*bis* dell’art. 190-*bis* c.p.p., utile a riferire espressamente l’eccezione a tutte le persone offese che versino in condizione di particolare vulnerabilità. Tale nuova deroga si affianca così a quella, già esistente, in favore del minore di anni sedici, in pendenza di alcuni reati di violenza sessuale e pedofilia. L’ampliamento normativo del catalogo codicistico, ispirato dalla volontà di porre rimedio alle incertezze applicative, si espone tuttavia all’evidente obiezione relativa al progressivo svuotamento del rapporto regola-eccezione, con un’area derogatoria al principio di immediatezza che si fa sempre più ampia, travalicando i fatti di criminalità mafiosa.

La Corte costituzionale italiana ha sinora mostrato una linea di salvaguardia delle disposizioni di “doppio binario”, pur ribadendone un’accezione limitata ed intesa in termini di stretta eccezionalità per esempio con riguardo alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare per questa tipologia di reati (*ex plurimis*, C. cost., 21/7/2010, n. 265, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 949) o per altre deroghe codicistiche (C. cost., 14/1/2006, n. 372, in *Arch. n. proc. pen.*, 2008, p. 119). Anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione (Sez. I, 12/1/2001, Bagarella, in C.E.D. Cass., n. 219626; Sez. VI, 22/1/1997, Dominante, in *Giust. pen.*, 1998, II, p.499) traspare la considerazione delle peculiarità soggettive ed oggettive dei procedimenti relativi al crimine organizzato cui non sempre è possibile fornire adeguate “risposte” seguendo le norme ordinarie del codice. Sulla stessa scia, in talune decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo si è rimarcata la specificità dell’accertamento processuale dei fatti di criminalità organizzata (C. eur. dir. uomo, 24 agosto 1998, *Contrada c. Italia*, in <http://hudoc.echr.coe.int>). La strada sinora percorsa sembra dunque confermare la possibilità di strategie normative diversificate che si muovano ovviamente nel rispetto dei principi di fondo del sistema e non alterino l’impianto del processo e allo stesso modo, sul fronte del diritto penale sostanziale, si registra la flessibilizzazione di taluni diritti e talune garanzie nel bilanciamento con le contrastanti ragioni della sicurezza (altresì ECHR, *Graviano c. Italy*, 10 febbraio 2005).

Può dirsi oramai affermata una considerazione “euro unitaria” della tutela processuale delle prove dichiarative, notevolmente estesa ed è altresì svincolata dalle

⁴² Cass., sez. III, 9 marzo 2004. Conformi Cass., sez. I, 26 novembre 2015; Cass., sez. I, 23.10.2014.

single nozioni statuali di “testimone”⁴³, che ricomprende il teste *de relato*⁴⁴, il “co-imputato” e l’“imputato in un procedimento connesso o collegato”⁴⁵. Anche in quest’ambito si deve però segnalare la necessità di temperare queste tutele con le giuste esigenze di rispetto del diritto di difesa dell’accusato e del diritto al contraddittorio con il proprio accusatore⁴⁶. Invero, nel bilanciamento degli interessi spesso confliggenti, i diritti della difesa *ex art. 6* della CEDU risultano compromessi ogniquale volta la condanna si fonda, esclusivamente, sulla deposizione di soggetti non esaminati in contraddittorio né nel corso delle indagini né durante il processo⁴⁷.

Può affermarsi infatti che il *fair trial* ha oramai assunto l’effigie di un modello variabile che, in talune occasioni, riconosce una fisionomia peculiare al contraddittorio in funzione della tipologia delle vittime e della loro debolezza⁴⁸, ma mantiene comunque il suo epicentro nella tutela dell’indagato (presunto innocente), «altrettanto indebolito dalla stessa pendenza del processo, i cui diritti difensivi rimangono comunque inviolabili»⁴⁹. Pertanto, ogni eventuale deroga all’usuale audizione in contraddittorio delle vittime per garantire il diritto alla privacy o evitare loro traumi scaturenti dal confronto diretto con l’accusato (soprattutto con riguardo a fenomenologie delittuose particolarmente lesive) non deve mai spingersi sino alla totale obliterazione delle garanzie dello stesso imputato.

Si impone, dunque, una visione “duale” e contestuale dei diritti della vittima e del reo, a ulteriore riprova delle gravi problematiche processuali e dei delicati bilanciamenti di interessi legati al contrasto penale di queste peculiari fenomenologie delittuose⁵⁰.

⁴³ ECHR, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976 (reperibile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>.) Ai fini dell’attribuzione di tale *status* è sufficiente che le dichiarazioni rese siano idonee a incidere concretamente sulla formazione del convincimento dell’organo deputato a esprimere il giudizio in ordine alla responsabilità dell’imputato.

⁴⁴ Altre volte è stato considerato “testimone” l’autore di dichiarazioni riportate mediante testimonianza indiretta o tramite lettura in udienza, senza alcuna considerazione per l’effettiva presenza in aula (ECHR, *Windisch c. Austria*, 27 settembre 1990, in <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

⁴⁵ ECHR, *Lucà c. Italia*, 27 febbraio 2001, (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>). S. MAFFEI, Prove d’accusa e dichiarazioni di testimoni assenti in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2836.

⁴⁶ Cfr. ECHR, *Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi*, 10 novembre 2005, § 69; ECHR, *P.S. c. Germania*, 20 dicembre 2001, § 22-23 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

⁴⁷ Si vedano, fra le altre, ECHR, *A.M. c. Italia*, 14 dicembre 1999; ECHR, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, 30 novembre 1997, (tutte rinvenibili sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

⁴⁸ Si pensi alle peculiarità dei processi per reati sessuali, espressamente riconosciuta da ECHR, *Lučić c. Croazia*, 27 febbraio 2014, § 73 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>), che afferma la necessità di un’interpretazione flessibile dell’art. 6 della CEDU. “Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards”. In precedenza, ECHR, *W. c. Finlandia*, 24 aprile 2007, *ivi*, § 45.

⁴⁹ Così, O. MAZZA, Misure di protezione della vittima fonte di prova, in *Giur. it.*, 2012, p. 475 ss.

⁵⁰ ECHR, *Ben Moumen c. Italia*, 31 maggio 2016 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

PROPOSTE DI PARTE SPECIALE

PROPOSTA N. 1

CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E CRIMINALITÀ INFORMATICA ("CYBER-ORGANISED CRIME")

(Contributo Prof.ri Flor – Luparia)

1) Sarebbe auspicabile tener conto dei nuovi "modelli" di associazione o organizzazione criminale, che possono essere diretti alla commissione, o al concorso nella commissione, sia di reati informatici c.d. propri che di reati informatici c.d. impropri.

Dovrebbero essere presi in considerazione i diversi elementi strutturali flessibili del *cyber-organised crime*, in specie la a-territorialità e/o transnazionalità, che non lo identificano in una cultura o sub cultura, ovvero in una dimensione storica o territoriale, ma che possono perseguire scopi "corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso" (art. 416 *bis* c.p.). Sul piano sanzionatorio, fermo restando l'auspicio di rafforzamento delle attività di natura preventiva, non risulterebbe illogico un aumento di pena per quelle attività illecite che, sulla base dei risultati empirici e degli studi criminologici, vengono realizzate interamente dal *cyber organised crime* o da questo offerte a singoli o a organizzazioni criminali c.d. tradizionali.

2) Rimane ad oggi irrisolta la questione relativa alla responsabilità del fornitore del servizio (*Internet Service Provider*), la cui collaborazione risulta però indispensabile nell'ambito delle indagini penali nel *cyberspace*.

Sarebbe auspicabile aggiornare la definizione di "fornitore di servizio" e dei servizi offerti nella società dell'informazione (anche ampliando le attività previste dalla direttiva 2000/31/CE, ormai obsoleta). Anche se la ridefinizione di ruoli, compiti e responsabilità dell'ISP dovrebbe provenire dall'Unione europea.

Sarebbe comunque auspicabile precisare gli obblighi di cooperazione in capo a tale soggetto nell'ambito delle investigazioni, nonché le conseguenze (sul piano della responsabilità) in caso di inadempimento (ad esempio per la mancata rimozione di contenuti illeciti a seguito di un provvedimento dell'autorità giudiziaria).

Risulta essere cruciale, però, prendere posizione sulla natura della responsabilità (solo civile oppure anche penale), tenendo presente il dibattito scientifico, in Italia ed in Europa.

3) Sulle questioni di giurisdizione e competenza nel *cyberspace* si è assistito a oscillazioni interpretative giurisprudenziali, seppur legate a settori specifici. Emblematica è la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sulla questione di competenza per il reato di accesso abusivo a sistemi informatici (Cassazione penale,



Parte I – Proposte di parte speciale

SS.UU., 24 aprile 2015, (c.c. 26 marzo 2015), n. 17325). Tale decisione ha contribuito, infatti, ad evidenziare le criticità patologiche che investono non solo le regole giuridiche che governano le questioni di competenza nel *cyberspace*, ma anche l’approccio ed il “metodo” interpretativo giurisprudenziale, che trova notevoli difficoltà di adattamento, anzitutto “culturale”, al mutato contesto tecnologico della società di Internet. Il reato di cui all’art. 615 *ter* c.p. si consuma, in caso di accesso non autorizzato, con l’instaurazione del dialogo logico con il sistema informatico o telematico del titolare e, in caso di mantenimento abusivo, con la violazione delle disposizioni del titolare. L’azione umana penalmente rilevante si manifesta esteriormente non tanto con la digitazione di comandi sulla tastiera, bensì dopo la mediazione di processi logici di automazione e di “intermediari” tecnici che consentono la produzione degli effetti di quella attività. In altri termini il dialogo logico e la violazione delle disposizioni del titolare possono realizzarsi dopo l’autenticazione da parte del sistema di destinazione. Non rileva tanto l’“ambito territoriale”, bensì il legame fra il titolare, lo “spazio informatico” ed il bene giuridico protetto, quale nuova manifestazione del diritto fondamentale alla riservatezza, a prescindere dalla collocazione fisica del sistema, che potrebbe o meno corrispondere con quella in cui è situato il server, ma potrebbe anche non essere determinabile. Questa tesi rafforza la proposta di «ripensare il collegamento tra un dato elettronico che funge da prova in un procedimento penale e il territorio, e quindi la giurisdizione, di uno Stato membro. Di fronte alla constatazione che parlare di collocazione territoriale nei confronti di dati elettronici è sempre più illusorio, bisogna valutare se possono esserci dei criteri diversi da quello territoriale sulla base dei quali considerare un certo dato elettronico collegato ad una giurisdizione ai fini della sua acquisizione, sia diretta che transfrontaliera» (v. audizione *De Matteis*).

Proposta. Risulterebbe opportuno, dunque, rivedere le norme di cui agli artt. 8 e 9 c.p.p., tenendo presente altresì la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (Corte di Giustizia UE, 25 ottobre 2011 (C-509/09, C-161/10) che, in tema di vittima di una lesione di un diritto della personalità per mezzo di Internet ha affermato che quest’ultima «può adire un foro, a seconda del luogo di concretizzazione del danno cagionato da detta lesione nell’Unione europea, per la totalità di tale danno. Poiché l’impatto, sui diritti della personalità di un soggetto, di un’informazione messa in rete può essere valutata meglio dal giudice del luogo in cui la presunta vittima possiede il proprio centro di interessi, l’attribuzione di competenza a tale giudice corrisponde all’obiettivo di una buona amministrazione della giustizia».

1.1. Data Retention.

Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea sulla c.d. *data retention* del 2014 (seguita da una ulteriore decisione del 2016 – richiamata anche da audizione *De Matteis*) è urgente intervenire sulla disposizione di cui all’art. 132 *Codice privacy*, in modo da renderla compatibile con gli standard previsti dalla medesima decisione [elenco di reati gravi per cui è possibile disporre l’accesso ai dati (non per qualsiasi reato); autorità competente (giudice) ad emanare il provvedimento di



Parte I – Proposte di parte speciale

acquisizione; requisiti e modalità di accesso e acquisizione nell'ambito delle indagini difensive che rispettino le medesime garanzie; definizione di disciplinari tecnici, periodicamente da rivedere ed aggiornare, che possano consentire la "verificabilità" dell'attività di estrazione svolta; previsione di elevate misure di sicurezza relative all'archiviazione dei dati; previsione delle conseguenze "sanzionatorie" in caso di accessi e acquisizioni in difformità della legge e dei disciplinari tecnici (inutilizzabilità, nullità ecc.)).

1.2. Captatore informatico (c.d. "Trojan di Stato").

Malgrado l'entrata in vigore della l. n. 103 del 2017 (c.d. Riforma Orlando), di cui si attendono i decreti attuativi relativi alla nuova disciplina riguardante il captatore informatico, è necessario affrontare ancora con urgenza la tematica, partendo dal necessario superamento del "difetto" definitorio di "intercettazione" fra gli ambiti sostanziale e processuale.

a) Sarebbe auspicabile non limitarne l'uso alle attività di intercettazione (come sembra essere orientata la stessa Riforma Orlando), ma consentirne l'utilizzo per l'accesso segreto a sistemi informatici (compresi gli *smartphone*), quale mezzo per la ricerca della prova.

b) È essenziale, a tale scopo, prevedere specificatamente casi (ad esempio solo per un catalogo ristretto di reati particolarmente gravi), modi (tecnici e giuridici) e tempi di utilizzo, che devono essere coperti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

c) L'assenza di un singolo requisito tecnico procedurale dovrebbe poter rendere «inutilizzabili le prove raccolte o comunque determinare dubbi sulla loro integrità e genuinità».

d) È fondamentale che il disciplinare tecnico sia soggetto a continua revisione da parte delle Autorità Competenti con rilascio periodico di aggiornamenti tecnici-funzionali-procedurali. È di tutta evidenza infine che il decreto ministeriale dovrà essere scritto con la partecipazione di tutte le professionalità giuridiche e tecniche necessarie nonché con i produttori dei sistemi informatici in questione e preveda specifici modelli di verificabilità dell'attività di indagine svolta, anche attraverso strumenti di certificazione dei *softwares* e, eventualmente, l'accessibilità al codice sorgente, solo per completare i requisiti di verificabilità e in *extrema ratio*.

1.3. Modelli di cooperazione fra ISP e *Law enforcement*.

Modelli di cooperazione fra ISP e *Law enforcement*. Sarebbe auspicabile adottare, anche in questo settore, un modello di cooperazione fra ISP e LEAs simile a quello previsto dall'art. 2 del d.l. n. 7 del 2015 (Integrazione delle misure di prevenzione e contrasto delle attività terroristiche), convertito con la l. n. 43 del 2015, prevede un meccanismo di cooperazione forzata fra *law enforcement* e fornitori di servizi, nonché determinati obblighi in capo a questi ultimi. Tale modello non è privo di criticità. Ha però il pregio di disciplinare alcune attività che necessitano della collaborazione degli ISP [aggiornamento di un elenco di siti utilizzati per le attività criminali nel quale



Parte I – Proposte di parte speciale

confluiscono le segnalazioni effettuate dagli organi di polizia giudiziaria; su richiesta dell'autorità giudiziaria procedente, inibizione dell'accesso ai siti inseriti nel menzionato elenco, secondo le modalità, i tempi e le soluzioni tecniche individuate e definite; indagini sotto copertura, anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione; ordine, almeno con decreto motivato del PM ai fornitori di servizi ovvero ai soggetti che comunque forniscono servizi di immissione e gestione, attraverso i quali il contenuto relativo a attività criminali è reso accessibile al pubblico, di provvedere alla rimozione dello stesso e, in caso di mancato adempimento, l'interdizione dell'accesso al dominio internet nelle forme e con le modalità di cui all'art. 321 c.p.p., garantendo comunque, ove tecnicamente possibile, la fruizione dei contenuti estranei alle condotte illecite; tali attività si renderebbero necessarie per monitorare non solo il *web*, i *social networks* o i *social media*, ma anche il *deepweb* e, se occorre, singole *darknet*].

1.4. Rimozione di pagine web, blocco, inibizione.

Basti rilevare che nel nostro ordinamento non sono presenti strumenti quali quelli (più recentemente) disciplinati a livello europeo dalla direttiva in materia penale relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (direttiva 2011/93/UE). Essa ha previsto,

- all' art. 15, co. 3, che gli Stati adottino tutte le misure necessarie per assicurare che le investigazioni, in questo settore, avvengano con mezzi adeguati ed effettivi, "al pari della lotta alla criminalità organizzata o ad altri gravi reati".

- Il successivo co. 4 dispone, inoltre, che gli Stati assicurino l'individuazione degli autori dei reati e delle vittime anche tramite l'analisi di immagini o prodotti audio video trasmessi o resi disponibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

- L'art. 25 della stessa direttiva prevede, infine, che gli Stati adottino le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione delle pagine *web* contenenti immagini pedopornografiche, che abbiano *host* nel proprio territorio, ma con la possibilità di richiedere la stessa misura anche al di fuori dei limiti territoriali degli Stati; inoltre, possono adottare misure di blocco di accesso degli utenti alle pagine *web* contenenti materiali pedopornografici. La direttiva dispone che la disciplina di tale strumento debba prevedere una procedura trasparente e delle *safeguards* per garantire che la restrizione sia limitata, necessaria e proporzionata, con il diritto dell'utente ad essere informato del motivo della restrizione. Tale procedura dovrebbe altresì garantire il ricorso giudiziario avverso al provvedimento che dispone il blocco dell'accesso.

In sintesi, si tratta di strumenti specifici, predisposti per la lotta al fenomeno della pedopornografia *on-line*, adattabili alle esigenze repressive e preventive di attività criminose che trovano nel *cyberspace* l'ambiente esclusivo ed ideale di manifestazione.

1.5. Task force.

Sarebbe auspicabile l'istituzione, a livello nazionale, di una *task force* dotata di competenze tecniche/informatiche (a livello *hardware*, *software* e sistemistica) e soggetta



Parte I – Proposte di parte speciale

ad un aggiornamento costante, in grado di poter operare nel web e nel *deepweb*, quanto meno collegata, nell'ambito dell'*European Cybercrime Center* (EC3) ed ai meccanismi di cooperazione previsti dalla Convenzione *cybercrime*, alla nuova *Joint Cybercrime Action Taskforce* (J-CAT), una *taskforce* di Europol multilaterale permanente per coordinare le investigazioni contro i network del *cybercrime*. Sarebbe altresì auspicabile l'adozione di piattaforme o tavoli di lavoro che prevedano la presenza di tutti gli operatori di diritto esperti nel settore (magistrati, avvocati, accademici e tecnici).

* * *

PROPOSTA N. 2. TRAFFICO DI ORGANI E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA (Contributo dott. Tigano)

Il traffico di organi costituisce una delle espressioni più allarmanti dell'indebito sfruttamento degli esseri umani più vulnerabili – i donatori e gli aspiranti beneficiari di organi – da parte di individui dotati di una posizione di dominanza fisica o psichica su quelli. Si tratta di un fenomeno criminoso in grado di abbracciare un'ampia gamma di attività che si manifestano inizialmente con la pubblicizzazione della disponibilità a donare o a ricevere organi; comprendono nella fase intermedia il reclutamento dei donatori, l'esecuzione di interventi clandestini di espianto dei loro organi, e il trasporto di questi ultimi; e si concludono infine con il procacciamento dell'organo ai medici addetti ad eseguire il trapianto sui beneficiari precedentemente reclutati. Il traffico di organi, fino a poco tempo fa indirettamente represso attraverso strumenti normativi internazionali (protocollo addizionale sulla tratta della Convenzione ONU 2000), del Consiglio d'Europa (Convenzione di Varsavia contro la tratta del 2005) e dell'Unione europea (Direttiva 2011/36/UE) contro la tratta di esseri umani (specificamente finalizzata al prelievo degli organi delle vittime), è finalmente divenuto oggetto di un apposito strumento normativo sovranazionale con la Convenzione del Consiglio d'Europa del 2014 (Convenzione di Santiago), contenente specifiche previsioni penali di carattere sostanziale e processuale indirizzate agli Stati contraenti, che dovranno recepirle nei loro sistemi normativi al momento della ratifica.

Presenta il tipico carattere di transnazionalità, in quanto è frequente che la domanda e l'offerta della parte del corpo provengano da due differenti Stati: la prima per lo più da Paesi ricchi, soprattutto occidentali, ove tipicamente risiedono coloro che necessitano di un trapianto ma che non riescano ad accedervi tramite le vie legali gestite dai sistemi sanitari nazionali, a causa della penuria di organi oggetto di donazione volontaristica e gratuita; la seconda da Paesi del terzo mondo, o comunque in via di sviluppo, spesso privi di un'adeguata normativa nazionale tesa a reprimere il fenomeno, e in cui tipicamente risiedono persone in tale stato di difficoltà economica, da essere disposte a sottoporsi alla donazione di un organo in cambio di una somma di denaro.



Parte I – Proposte di parte speciale

È frequente, inoltre, il coinvolgimento, sotto forma di intermediazione, della criminalità organizzata, attirata dai profitti derivanti dal commercio internazionale di parti del corpo umano, pagate a caro prezzo da aspiranti beneficiari disposti a infrangere la legge pur di salvare la propria vita. Non solo il fine di lucro perseguito, ma anche la struttura organizzativa che deve caratterizzare le organizzazioni criminali – in base a quanto stabilito dalla decisione quadro 2008/841/GAI, che le definisce come «*structured association[s], established over a period of time, of more than two persons acting in concert with a view to committing offences [...] to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit*» – appare perfettamente idonea a conciliarsi con la complessa veste che tipicamente assume l'intermediazione nel traffico di organi, che richiede necessariamente l'intervento e la collaborazione non occasionale di soggetti che reclutano i donatori (spesso con la violenza, con l'inganno o con l'approfittamento della loro tipica situazione di bisogno economico) e i beneficiari, di personale medico competente a effettuare gli interventi chirurgici necessari, di vettori addetti al trasporto dell'organo nel luogo ove debba svolgersi il trapianto, e di personale doganale disposto a farsi corrompere per consentire l'ingresso illegale della parte espantata dal corpo nel territorio nazionale.

Nel nostro ordinamento sono presenti diverse fattispecie che ne incriminano le varie forme di realizzazione: rispetto al traffico di organi *ex mortuo*, i commi 3 e 4 dell'art. 22 della legge n. 91/1999 puniscono il fatto di fare commercio e di procurare abusivamente o per fini di lucro parti di cadavere; in relazione al traffico di organi *ex vivo*, l'art. 22bis, comma 1, della predetta legge incrimina l'intermediazione per fini di lucro nella donazione di organi, mentre il nuovo art. 601bis c.p. (introdotto con la legge 11 dicembre 2016, n. 236), al primo comma, punisce chi acquista, vende, commercia, procura o tratta illecitamente organi, e, al secondo comma, chi organizza viaggi ovvero pubblicizza annunci finalizzati al traffico di organi.

Alla luce di un'indagine comparatistica con altri importanti ordinamenti europei, emerge che l'Italia ha adottato una strategia repressiva abbastanza adeguata in materia, anche sotto il profilo del contrasto all'intervento della criminalità organizzata: va accolto positivamente l'inserimento dell'art. 601bis, e degli altri delitti già precedentemente introdotti in materia, tra quelli il cui perseguimento da parte di un'associazione per delinquere richiede un trattamento aggravato per i capi, i promotori, i costitutori, gli organizzatori e i partecipi, ai sensi dell'art. 416, comma 6, c.p.; l'aggravante già introdotta con l'art. 7 del d.l. 152/1991 (conv. con l. 203/1991), inoltre, consente di sanzionare con un adeguato aumento di pena chi commetta tali delitti utilizzando il metodo mafioso o per agevolare l'attività di un'associazione mafiosa; la punibilità dei soggetti che commettano i reati di traffico fuori dai nostri confini nazionali, in deroga al principio di territorialità della legge penale, è assicurata dal naturale inserimento dell'art. 601bis nella sezione codicistica dei «*Delitti contro la personalità individuale*», per cui sarebbero applicabili gli speciali criteri di giurisdizione previsti dall'art. 604 del codice penale.

Proposte: Si attende un intervento di riforma che rafforzi la prevenzione e la repressione del traffico di organi, alla stregua di quanto finora avvenuto in relazione al delitto di tratta: in particolare, è opportuno:



Parte I – Proposte di parte speciale

1) Un adeguamento del nostro ordinamento alle previsioni sostanziali della Convenzione del Consiglio d'Europa del 2014 contro il traffico di organi, che richiede agli Stati contraenti di introdurre un'ampia gamma di fattispecie (tra cui, quella di prelievo degli organi senza il consenso o con un consenso viziato del donatore, o dietro corresponsione allo stesso di una somma di denaro, e quella di sollecitazione e reclutamento del donatore e del beneficiario per fini di lucro, al momento non previste dalla legge italiana) e di prevedere la responsabilità degli enti nel cui vantaggio siano stati commessi i delitti i traffico di organi;

2) l'inserimento delle fattispecie di cui all'art. 601*bis* c.p. tra quelle per cui l'art. 51, comma 3*bis*, c.p.p. prevede l'attribuzione delle indagini alle direzioni distrettuali antimafia (e, di conseguenza, tra i delitti in relazione ai quali il d.lgs. n. 159/2011 (artt. 4 e 16) applica le misure di prevenzione personali e patrimoniali ai soggetti indiziati della loro commissione, come soggetti a pericolosità qualificata e non a pericolosità generica come già previsto);

3) oltre che tra quelli per cui l'art. 9, comma 2, del d.l. n. 8/1991, per come convertito con modifiche con la l. n. 82/1991 e successivamente modificato, prevede la concessione delle speciali misure di protezione ai collaboratori di giustizia.

4) Si auspica inoltre il suo collocamento tra i delitti per cui la condanna o l'applicazione di pena su richiesta comporta l'applicazione della confisca allargata di cui all'art. 12 *sexies* del d.l. 306/1992, ora art. 240 *bis* c.p. in seguito all'introduzione del d.lgs. n. 21/2018.

* * *

PROPOSTA N. 3:

BEST PRACTICES E PROPOSTE NELLA LOTTA ALLA TRATTA

(contributo dott.ri Ferrara – Spedale)

3.1. Forme di collaborazione 'atipiche' nella lotta alla tratta.

Come emerge dalla relazione Ferrara – Spedale della procura di Palermo le problematiche connesse alla cooperazione giudiziaria si sono intensificate in relazione a fenomeni criminali come il traffico e la tratta di esseri umani (si rinvia alla relazione inserita tra i materiali di esperti). Invero, le indagini e i processi riguardanti il traffico di uomini, soprattutto lungo la rotta del Mediterraneo Centrale – che, allo stato, è quella maggiormente utilizzata –, hanno dato luogo a nuove sfide sul piano operativo e giuridico proprio perché la fase più importante del traffico di migranti via mare si svolge in un'area (le acque internazionali) dove di fatto si è da sempre ritenuto non esservi giurisdizione penale e dove, in verità, nessuno Stato aveva mai prima affermato la propria giurisdizione in passato. A ciò si aggiunga trattarsi di reati in sé di natura transnazionale e coinvolgenti eterogenee e nuove forme di criminalità organizzata.



Parte I – Proposte di parte speciale

Infine, si consideri il necessario coinvolgimento di Stati africani e asiatici, estranei all'Unione Europea, ove operano "reti criminali pluridimensionali", in grado di controllare ciascun flusso migratorio, dal paese di origine del migrante fino al paese di destinazione finale (in genere nel Nord Europa). Il problema della sussistenza della giurisdizione italiana appare ormai superato, seppure in via interpretativa grazie ad una pluralità di decisioni della giurisprudenza di legittimità (in materia si ricorda la fondamentale Cass. 11 marzo 2014 n. 18354). Ciò detto, si pone la questione delle effettive modalità di cooperazione internazionale per un efficace contrasto ad un fenomeno su cui non si può operare con le classiche e, ormai obsolete, forme di cooperazione basate sulla sola richiesta di commissione rogatoria. Ciò per vari ordini di ragioni: necessità di uno scambio rapido e completo di informazioni, sovente in tempo reale; rapporto contemporaneo con numerosi paesi coinvolti di aree geografiche diverse e sistemi giuridici spesso confliggenti; mancanza di strumenti internazionali di cooperazione con alcuni dei paesi di maggiore importanza, soprattutto in quanto luoghi di origine del fenomeno criminale; utilizzo da parte dei componenti dei gruppi criminali di strumenti di comunicazione di difficile intercettazione o perché connessi alle nuove tecnologie (*social network* come *facebook* o *snapchat*; comunicazioni a mezzo *viber*, *tango*, *skype*, *whatsapp*; uso del *deep web* e/o del *dark web*) ovvero, paradossalmente, perché fondati su sistemi arcaici, ma ugualmente non tracciabili (ad es. utilizzo del metodo *hawala* per i pagamenti dei viaggi dei migranti o delle consegne di stupefacenti). Tali considerazioni hanno indotto la Procura di Palermo ad avviare attività di coordinamento e cooperazione internazionale delle indagini secondo modalità estremamente flessibili e mutevoli, sia nei rapporti bilaterali che in quelli multilaterali, con il coinvolgimento, ad esempio, delle agenzie europee (prime tra tutte Eurojust) in tutta la fase delle indagini ovvero nella elaborazione e creazione di programmi *ad hoc* in relazione a specifiche situazioni. Si fa riferimento, ad esempio, alla collaborazione nell'ambito delle indagini denominate "Glaucio" (relative a più associazioni a delinquere transnazionale finalizzate alla tratta ed al traffico di esseri umani, operanti in numerosi paesi, sia europei che non, contemporaneamente) in cui la collaborazione è apparsa necessaria: 1) per la identificazione dei soggetti; 2) per la individuazione dei flussi finanziari; 3) per la individuazione dei contatti dei trafficanti e/o delle vittime (con l'esecuzione di servizi di osservazione, intercettazioni, acquisizione di documentazione, individuazione dei luoghi di prima accoglienza, accertamento di proprietà immobiliari e così via); 4) per l'acquisizione legittima delle fonti di prova; 5) per la difficile individuazione nei paesi sub sahariani o nel Nord Africa dei maggiori trafficanti di uomini rimasti latitanti; 6) per la protezione dei soggetti che decidevano di collaborare con la giustizia e dei loro familiari rimasti nei paesi d'origine. In tal senso merita di essere richiamata l'esperienza specifica maturata in un caso per la individuazione e l'arresto di un trafficante di esseri umani operante tra l'Eritrea, il Sudan e la Libia in cui si è proceduto alla stipula di un vero e proprio *memorandum of understanding ad hoc* per il tracciamento, l'arresto e la estradizione basandosi sulla intermediazione di uno Stato terzo (la Gran Bretagna) con lo Stato (il Sudan) ove si trovava il latitante ed applicando, in assenza di trattati tra i paesi coinvolti, una interpretazione omnicomprensiva delle norme della Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale e di quelle della cortesia internazionale.



Parte I – Proposte di parte speciale

Ugualmente, un'altra forma di collaborazione "atipica" certamente degna di nota è quella che vede tuttora protagonista la Procura di Palermo, sempre nell'ambito dell'attività di contrasto al traffico internazionale di esseri umani, in particolare lungo la c.d. rotta Mediterranea Centrale (sull'asse Centro Africa, Libia, Sicilia, Nord Italia, Nord Europa). In tale contesto, a seguito di un incontro tra le Autorità Giudiziarie e di Polizia dei Paesi Bassi, del Regno Unito, della Corte Penale Internazionale e, per quanto riguarda l'Italia, della Procura di Palermo e della Polizia di Stato, si è deciso di costituire un *team* misto A.G./P.G. per lo scambio di informazioni e per la adozione di strategie investigative comuni (da espletare poi per ciascuna Istituzione nel territorio di propria competenza) al fine di intensificare una collaborazione più intensa e concreta nella lotta contro le organizzazioni criminali che operano sulle rotte migratorie dall'Africa verso l'Europa, e in special modo contro i capi delle predette organizzazioni criminali e per la aggressione ai loro patrimoni illeciti. Invero, come emerso dalle indagini tali gruppi criminali sono responsabili del traffico di decine di migliaia di persone dalla Libia verso l'Italia e il Nord Europa (compresa la Gran Bretagna e l'Olanda), spesso in condizioni disumane, e della morte di centinaia di persone nonché di altri reati connessi alle medesime attività criminali (come ad es. violenze sessuali, riciclaggio, reati contro la fede pubblica ed altri) per i quali sarebbe anche possibile che talune di tali condotte criminose possano integrare anche crimini contro l'umanità idonei a radicare la giurisdizione della Corte Penale Internazionale. Si è, pertanto, formalizzata una proposta di cooperazione internazionale tra tutti i soggetti partecipanti con la redazione e la approvazione delle fondamentali linee guida per i futuri approfondimenti e la elaborazione di attività congiunte in particolare sul territorio libico.

Le direttrici di tale strategia di contrasto sono state individuate come di seguito indicato: individuazione e arresto dei maggiori latitanti operanti nell'area nordafricana ed in particolare in Libia; scambio informativo costante al fine di procedere alla emissione di mandati di arresto internazionale nei confronti dei componenti delle principali organizzazioni criminali operanti sulla rotta mediterranea per il traffico di migranti attraverso una lettura congiunta delle risultanze investigative acquisite dai diversi *partners* e soprattutto di quelle acquisite dai soggetti (come la CPI) che possono instaurare diretti rapporti di cooperazione; individuazione dei flussi finanziari riconducibili a tali gruppi criminali sia in Africa che in Europa che nei paesi *offshore* al fine della eventuale aggressione di tali illecite ricchezze.

Sono stati anche elaborati alcuni possibili protocolli di indagine e si è pianificato un costante raccordo tra le diverse Autorità al fine di conseguire risultati comuni in un progetto che presenta elementi innovativi per la contestuale partecipazione di AA.GG. e Forze dell'Ordine nazionali di diversi paesi europei e di una Istituzione con competenza sovranazionale per crimini contro l'umanità quale la Corte Penale internazionale. Si è così riusciti a sviluppare una forma di collaborazione anche verso paesi, come ad es. la Libia o gli Emirati Arabi, con i quali allo stato non vi era alcuna forma di cooperazione.

Proposte:



Parte I – Proposte di parte speciale

1) definire regole chiare e reciprocamente accettate sulla giurisdizione degli Stati dell'Unione europea, per es. proprio in relazione al traffico di migranti laddove la condotta, accertata e interrotta in acque internazionali, sia in realtà rivolta a conseguire il risultato dell'ingresso dei migranti nel territorio di uno Stato membro; ciò è utile in quanto si registrano alcune riserve poste dai dispositivi europei operanti nel Mar Mediterraneo nell'ambito di Missioni Internazionali di soccorso proprio in ordine al mancato riconoscimento della giurisdizione da parte degli Stati coinvolti. In tal senso sarebbe altresì utile una modifica finalizzata ad affermare la possibile sussistenza della giurisdizione anche in relazione a fatti commessi fuori del territorio di uno Stato Membro dell'UE, quando il reato può avere effetto nel territorio di uno Stato Membro;

2) istituzionalizzare una più efficace cooperazione a livello europeo, soprattutto nella fase delle indagini, prevedendo uno scambio immediato delle informazioni raccolte tramite servizi di *intelligence* o agenzie e missioni dell'Unione Europea, quali Frontex ed Europol, o dai singoli Paesi impiegati in tali scenari, laddove potenzialmente utili a fini investigativi. In tal senso si potrebbe prevedere un inquadramento delle squadre internazionali della Task force per l'Immigrazione Frontex come forze dell'ordine a supporto delle autorità giudiziarie e della p.g. competente;

3) rafforzare la cooperazione giudiziaria con i paesi di partenza e di transito (soprattutto nel caso dei flussi migratori), al di fuori dell'Unione Europea, anche tramite l'implementazione piena ed efficace della Convenzione dell'ONU sul Crimine Organizzato transnazionale e dei Protocolli su traffico e tratta, e con la previsione di sistemi di monitoraggio sull'opera di effettivo adattamento delle legislazioni e delle prassi più efficaci e cogenti di quelli attuali.

3.2. Tutela delle vittime di tratta: riforme auspicabili nella normativa nazionale a tutela delle vittime della tratta di persone (Relazione dott.re Nicodemi).

L'ordinamento nazionale, in particolare in seguito al recepimento della direttiva 2011/36/UE, contiene norme piuttosto favorevoli per la tutela e assistenza delle vittime della tratta di persone, tuttavia vi sono alcune importanti disposizioni contenute nelle principali convenzioni internazionali e nelle direttive europee che necessitano di essere pienamente recepite.

In particolare:

1) Per quel che concerne la norma che sanziona la specifica condotta della tratta di persone, di cui all'art. 601 c.p., sarebbe opportuno introdurre una modifica che, in recepimento dell'art. 2 della Direttiva europea e dell'art. 4 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta, preveda espressamente che il consenso della vittima allo sfruttamento è irrilevante in presenza di uno dei metodi coercitivi previsti.

2) Inoltre, sembra utile l'introduzione di una norma che, come disposto dall'art. 8 della Direttiva europea e dall'art. 26 della Convenzione del Consiglio d'Europa, contenga una clausola di non punibilità per chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto come conseguenza diretta di uno degli atti di cui agli artt. 600 e 601 c.p.



Parte I – Proposte di parte speciale

3) Dovrebbero anche introdursi norme nel codice di procedura penale volte al corretto recepimento delle disposizioni contenute nell'art. 12 della Direttiva europea, idonee a garantire la tutela delle vittime nelle indagini e nei procedimenti penali in cui rivestono la qualità di parti offese.

4) In recepimento all'art. 17 della Direttiva europea e dell'art. 15 della Convenzione del Consiglio d'Europa, dovrebbe introdursi la garanzia di effettive forme di risarcimento alle vittime dei reati connessi alla tratta degli esseri umani e alle altre forme di grave sfruttamento, stante l'evidente limitatezza della previsione di cui all'art. 6 del d.lgs. 24/2014.

5) In recepimento a quanto previsto dall'art. 11 par. 3 della Direttiva europea 2011/36/UE e dall'art. 14 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 16.05.05, sembra opportuno che sia introdotta una norma che preveda, in modo maggiormente chiaro rispetto a quanto non sia oggi la norma vigente, che la collaborazione della vittima nel procedimento penale non è condizione necessaria per l'assistenza e la tutela dei diritti delle vittime, anche per quanto riguarda il rilascio del permesso di soggiorno.

6) Sotto tale ultimo profilo è opportuno che l'art. 18 d.lgs. 286/98 – norma che prevede il rilascio dello speciale permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale in favore degli stranieri che siano stati vittime di grave sfruttamento e di altri gravi delitti tra cui quelli di cui all'artt. 600 e 601 c.p. – preveda espressamente la possibilità di tale rilascio anche a prescindere dalla collaborazione con l'Autorità Giudiziaria.

7) Sotto il profilo del permesso di soggiorno in favore delle vittime di tali reati, al fine di garantire loro un effettivo inserimento nel contesto socio-lavorativo, sarebbe inoltre opportuno estendere a 2 anni la durata del titolo di soggiorno (attualmente, della durata di 6 mesi rinnovabile per un anno o per il periodo occorrente per motivi di giustizia), analogamente alla durata del permesso di soggiorno per motivi umanitari *ex* art 5 co. 6 d.lgs. 286/98.

8) Inoltre, l'Italia dovrà sicuramente adeguarsi rispetto all'introduzione del periodo di riflessione, previsto dell'art. 11 della Direttiva europea e dell'art. 13 della Convenzione del Consiglio d'Europa, di primaria importanza per un'adeguata tutela delle potenziali vittime di tratta. Tale norma potrebbe essere introdotta nello stesso art. 18 d.lgs. 286/98.

3.3. Tratta: Audizioni minori - documentazione aggravata e di utilizzazione probatoria (v. audizione dott.re *Balsamo*).

Nella direttiva 2012/29/UE, contenente norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, una particolare attenzione è riservata alle vittime minorenni, che si presumono titolari di specifiche esigenze di protezione (art. 22 § 4). La preminenza attribuita al loro interesse giustifica l'applicabilità, alla luce di una valutazione individuale, oltre che delle misure speciali sopra menzionate, anche di ulteriori misure stabilite dall'art. 24 della Direttiva, tra cui assume un particolare rilievo la previsione di un duplice obbligo, di documentazione aggravata e di utilizzazione probatoria, di tutte le audizioni di tali vittime, compiute nell'ambito delle indagini



Parte I – Proposte di parte speciale

penali; gli Stati sono infatti tenuti a provvedere, introducendo le opportune disposizioni nel diritto interno, affinché le predette audizioni «possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali». Sempre in ordine alla disciplina della prova, assumono una notevole rilevanza alcune specifiche regole contenute nell'art. 15 della Direttiva 2011/36/UE, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e nell'art. 20 della Direttiva 2011/92/UE, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che riguardano «tutte le audizioni» dei minori vittime ovvero testimoni dei reati in questione. Queste norme, analogamente a quanto prevede (con riferimento esclusivo alle vittime) l'art. 24 della Direttiva 2012/29/UE, stabiliscono un duplice obbligo, di documentazione aggravata e di utilizzazione probatoria, da attuare con l'introduzione di opportune misure applicabili ad ogni audizione del minore (non solo, quindi, per l'esame davanti al giudice nel contraddittorio delle parti, ma anche per l'assunzione di informazioni ad opera dal pubblico ministero o dalla polizia nella fase delle indagini), in modo da consentirne la videoregistrazione e la conseguente produzione come prova nel procedimento penale, sia pure in conformità con le disposizioni di diritto interno.

Viene così sancito un duplice obbligo di fonte europea che rende assai problematica la legittimità di regolamentazioni, come quella del codice di procedura penale italiano, che, da un lato, consentono una documentazione non integrale dell'assunzione di informazioni dal minore nel corso delle indagini preliminari, e, dall'altro, ne impediscono l'uso in giudizio come prova "in positivo" della condotta illecita.

* * *

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE N. 4.

ART. 603-BIS C.P.

INTERMEDIAZIONE ILLECITA E SFRUTTAMENTO DEL LAVORO

(contributo Dott. Mancini)

Proposte:

- 1) Valorizzare la premialità *de iure condendo*;
- 2) Corretta interpretazione;
- 3) Adozione di modelli organizzativi da parte delle imprese.

La tratta a scopo di sfruttamento del lavoro assume connotati e dimensioni sempre più diffuse e preoccupanti (si veda anche l'audizione di Mancini). Le interdipendenze in un mondo globalizzato, la spinta al profitto e la competizione economica che portano alla necessità di ridurre i costi di produzione, soprattutto in periodi recessivi e di pesante crisi economica, nonché le pratiche attuali di consumo e



Parte I – Proposte di parte speciale

produzione dell'economia mondiale hanno indotto un aumento della domanda di manodopera a basso costo ed a condizioni “fuori mercato”. Il rischio attuale è che la tratta a scopo di sfruttamento lavorativo diventi una componente strutturale di determinati settori produttivi, con i gruppi criminali organizzati sempre più protesi a sfruttare la vulnerabilità sociale dei lavoratori, specialmente dei lavoratori migranti (lo sfruttamento da parte dei casalesi dei lavoratori nei lavori di ricostruzione all'Aquila – settore appalti).

Anche nella relazione del Dott. Menichelli, in relazione al ruolo di Europol, emerge la realtà di organizzazioni criminali che organizzano il traffico di migranti come funzionale all'esecuzione di altre fattispecie criminali o ancora al rilievo del fenomeno come emerge nella relazione SOCTA 2017 che ne evidenzia la capacità di produrre profitto (In 2015, *migrant smuggling networks offering facilitation services to reach or move within the EU generated an estimated EUR 4.7 billion to EUR 5.7 billion in profit*) e i tipici *modus operandi* delle organizzazioni criminali in questo settore (coercizione, attraverso l'uso della violenza e di minacce nei confronti di queste persone o dei familiari che sono rimasti a casa).

Le controverse evoluzioni delle proposte del legislatore in tema di sfruttamento lavorativo hanno segnato, dunque, un punto con l'introduzione della fattispecie di “caporalato”, art. 603bis c.p. con la legge 199/2016. A ciò si è pervenuti malgrado voci di dissenso che ritenevano tale disegno di legge troppo penalizzante per la parte datoriale. Invece si può ritenere che la modifica dell'art. 603bis c.p. è anche espressione dei canoni di ragionevolezza e di eguaglianza, ove si consideri che l'estensione di tutela penale anche allo sfruttamento subito dal datore di lavoro (e non solo dagli intermediari) colma un'anomalia dell'ordinamento, che lasciava privi di tutela i lavoratori non migranti irregolari. La disciplina penalistica, allora, e le annesse misure economiche mirano a tutelare le ragioni, anche di carattere patrimoniale, degli imprenditori che esercitano la loro attività nel rispetto delle norme garantendo la primaria rilevanza del principio del rispetto della concorrenza leale nei settori produttivi, scoraggiando il ricorso a pratiche illecite di intermediazione e sfruttamento che, oltre a violare i diritti fondamentali dei lavoratori, alterano la competizione economica, barando sul minor costo del lavoro, omesse contribuzioni, evasione fiscale, standard insufficienti di sicurezza. In sostanza, sotteso alla legge 199 vi è il concetto della “convenienza”, nell'interesse generale, del rispetto dei diritti dei lavoratori vulnerabili. Così come l'economia mafiosa non è conveniente per la collettività e per gli imprenditori onesti, allo stesso modo non lo è lo sfruttamento dei lavoratori in un contesto di illegalità e/o di para-schiavismo. Può dirsi allora, fuori da ogni residuo dubbio, che la nuova fattispecie, la nuova formulazione dell'art. 603bis c.p. e le altre previsioni della legge 199/2016 non mirano al controllo ed alla repressione ottusa dei settori produttivi. Gli obiettivi reali non possono non essere condivisi da tutti, visto che la legge intende punire, senza equivoci o sacche di esenzione, il caporalato e le violazioni dei diritti fondamentali dei lavoratori operate anche dai datori di lavoro. Obiettivo immediatamente connesso è il contrasto al lavoro nero che genera economia sommersa e altera le regole della leale concorrenza tra imprese, determinando tangibili e drammatiche ripercussioni sulle comunità e nei territori. Ed è proprio in questo depauperamento di valori, oltre che del tessuto socio-economico dei



Parte I – Proposte di parte speciale

territori, non più solo del meridione ma anche delle zone più ricche del Paese, che la criminalità organizzata, vecchia e nuova, affonda le sue radici malsane.

Proposte:

1) Forse il legislatore avrebbe potuto ulteriormente arricchire il significato della “convenienza” delle scelte di legalità, adottando soluzioni ancora più marcate, come per il caso della premialità per la persona offesa collaborativa con l’autorità giudiziaria.

2) Le critiche, spesso strumentali, all’impostazione privilegiata dal legislatore con la legge 199 hanno cavalcato i timori connessi ad una presunta sovraesposizione dei datori di lavoro che, ai sensi del nuovo art. 603bis c.p., sarebbero penalizzati in maniera eccessiva quando, ad esempio – magari anche occasionalmente – violassero le norme sui salari minimi ovvero sull’orario di lavoro. Tuttavia, la lettura del nuovo testo normativo esclude che il datore di lavoro possa commettere il delitto con isolate condotte illecite. Piuttosto, la descrizione del fatto tipico evidenzia un modello di incriminazione che presume una certa abitualità della condotta (le condotte devono essere “reiterate”); deve sussistere quasi una sorta di politica imprenditoriale, richiedendosi la ricorrenza congiunta delle condizioni di sfruttamento cui sono sottoposti i lavoratori e dell’approfittamento della loro situazione di vulnerabilità (stato di bisogno).

3) Peraltro, proprio in questa ottica, l’estensione della responsabilità da reato degli enti alla nuova fattispecie dell’art. 603bis c.p. deve comportare l’adozione di modelli organizzativi (artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001) nella gestione aziendale, che potranno assumere un fondamentale ruolo di prevenzione di tale fenomeno criminale.

4) Sarebbe stato certamente più opportuno effettuare un riferimento alla condizione di vulnerabilità, piuttosto che allo stato di bisogno, di cui parla la direttiva 2011/36/EU e – dal 2014 – anche l’art. 601 c.p., sia per eliminare il riferimento a terminologie più aderenti ad altre realtà deboli (si pensi ai fenomeni dell’usura) sia per armonizzare la terminologia giuridica nel settore del *vulnus* ai diritti umani dei soggetti “deboli”. Tuttavia, l’aspetto terminologico, seppur criticabile, non dovrebbe essere pregiudizievole, stante il pacifico insegnamento della Corte di cassazione che uniforma lo stato di bisogno alla posizione di vulnerabilità, già prevista sin dalla decisione quadro dell’Unione Europea del 19 luglio 2002.

5) Dall’audizione con il Dott. Mancini emerge l’importanza di formare gli ispettori del lavoro nello svolgimento della loro attività a riconoscere e segnalare quelle anomalie che possono rappresentare degli indicatori di rischio circa la consumazione dei reati in questione, che sono difficili da accertare e provare (“fenomeno diffuso, enorme sommerso”); anche la procura di Teramo ha elaborato un protocollo con indicatori e molti si trovano in documenti sovranazionali.

* * *



Parte I – Proposte di parte speciale

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE N. 5 IL REATO DI CLANDESTINITÀ: ABROGAZIONE (contributo Prof. *Gian Luigi Gatta*)

Il binomio criminalità-immigrazione appartiene all'immaginario comune di ampia parte dell'opinione pubblica, in Italia, in Europa e nel mondo (compresa l'America di Trump). In tempi di dilagante terrorismo internazionale ciò è ancor più vero. Ed è altresì vero – lo si sottolinea nella relazione annuale del Procuratore Nazionale Antimafia (febbraio 2016) – che gli immigrati, specie quelli irregolari, sono altresì interessati dalla fenomenologia della criminalità organizzata di tipo mafioso: quali protagonisti delle 'mafie straniere', ovvero quali partecipi o 'manovali' delle mafie di casa nostra, impegnati per lo più, ma non solo, nello spaccio di stupefacenti. Numeri alla mano, però, gli stranieri che entrano – o tentano di entrare – illegalmente nel territorio italiano e dell'UE sono però primariamente vittime, e non già autori di reati comuni, compresi quelli della criminalità organizzata. Essi sono infatti, in primo luogo, vittime della tratta e del traffico di esseri umani, che miete da tempo un agghiacciante numero di morti annegati nel Mediterraneo. Così come i migranti sono vittime delle connesse condotte di sfruttamento, spesso realizzate da quella stessa criminalità organizzata, nostrana e straniera, che gestisce i viaggi sulle carrette del mare.

Si rinvia al contributo del Prof. Gatta per la più approfondita disamina delle ragioni a favore dell'abrogazione di tale fattispecie, ma si consideri che il ricorso al diritto penale per la tutela della gestione ordinata dei flussi migratori non solo è inutile (non offre nulla di più di quel che, non senza difficoltà, si può ottenere attraverso il diritto amministrativo), ma comporta anzi un dispendio di risorse, connesse allo svolgimento dei processi per i reati suddetti, tutti procedibili d'ufficio (in un sistema che, si badi, a differenza di altri, come quello francese, conosce il principio di obbligatorietà dell'azione penale). Abolizione della fattispecie di clandestinità: si ricorda la nota posizione del Procuratore Nazionale Antimafia Franco Roberti, che da tempo auspica l'abolizione del reato di clandestinità, come anche si ricorda nell'ultima Relazione annuale della D.N.A., dove a pagina 386 si legge: "...il Procuratore Nazionale non ha mancato di richiamare, negli scorsi mesi, l'attenzione dei competenti organi (Governo e Commissioni Parlamentari), sulla necessità di esercitare compiutamente e tempestivamente la delega n. 67/2014 conferita dal Parlamento ai fini della depenalizzazione del reato, evidenziando le difficoltà processuali ed investigative derivanti dal trattamento dei migranti come indagati di procedimento connesso, rispetto ai procedimenti nei confronti di esponenti di organizzazioni criminali". Quella posizione autorevole sottolinea il ruolo primario di vittime proprio dei c.d. immigrati 'irregolari', e aggiunge un ulteriore e non banale argomento tecnico-giuridico a sostegno di una scelta politica – quella dell'abolizione del reato di clandestinità – che dopo la mancata attuazione della citata legge delega del 2014 tornerà presto all'attenzione dell'agenda politica, anche sotto le spinte degli organi internazionali. Il Comitato ONU per i diritti umani, in un recente e già citato documento del marzo 2017, ha infatti osservato: mentre è "*apprezzabile... the great efforts made by the State party to receive and host exceptional numbers of persons fleeing armed conflict or persecution, the Committee is concerned at: (a) The non-implementation of Law*



Parte I – Proposte di parte speciale

no. 67/2014, which authorizes the executive to suspend the offence of irregular entry and stay in Italy”.

* * *

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE N. 6. MAFIE E CORRUZIONE (Contributo Dott.ssa Valeria Scalia).

6.1. Direttiva in materia di corruzione.

La consapevolezza, emersa anche a livello nazionale, dei sempre più frequenti e preoccupanti fenomeni di commistione tra scambi corruttivi e criminalità organizzata, rende particolarmente interessante l'accostamento – operato sempre con i dovuti distinguo – tra il fenomeno corruttivo, ormai per lo più di natura sistemica, e profondamente radicato nel tessuto amministrativo ed economico-sociale del nostro Paese, e il modello della criminalità organizzata, dimostrato anche da alcuni arresti della giurisprudenza che hanno applicato le fattispecie associative (più spesso l'art. 416 c.p.), in relazione a diverse ipotesi relative a sistemi complessi di accordi corruttivi, strettamente collegati ad infiltrazioni della criminalità organizzata nei gangli vitali delle stesse pubbliche amministrazioni. Una tale logica emerge con evidenza nelle recenti previsioni, introdotte in seguito alla modifica del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. n. 159/2011) ed approvate il 27 settembre 2017, volte ad ampliare espressamente il novero dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione sia personali che patrimoniali anche ai soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 640-bis c.p. o del delitto di cui all'art. 416 c.p. finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui all'art. 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e 322-bis c.p., secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 1, lett. i-bis, così consentendo l'applicazione di tali misure anche nelle ipotesi di non abitudine nella perpetrazione dei delitti che oggi rappresentano oggetto della nuova disposizione, ove commessi in forma associativa. L'accostamento tra fenomeni criminologicamente distinti, regolati da disposizioni incriminatrici differenti, non può tuttavia comportare un'illegittima forzatura del dato letterale di esse, ed in particolare delle fattispecie associative esistenti, pur nell'intento – certamente apprezzabile – di far fronte ad esigenze di giustizia sostanziale, derivanti dalla rapida evoluzione dei fenomeni criminosi regolati da tali disposizioni.

La predetta consapevolezza dell'intreccio tra le logiche e la forza operativa della criminalità organizzata e i meccanismi propri delle pratiche corruttive non ha tardato a manifestarsi anche in ambito sovranazionale, come dimostrano una serie di documenti non vincolanti adottati dalle istituzioni europee, ove viene messa in luce la particolare pericolosità di forme di collusione tra criminalità organizzata e “colletti bianchi” e la



Parte I – Proposte di parte speciale

funzionalità della corruzione di funzionari pubblici rispetto ai traffici illeciti dello stesso crimine organizzato (ad esempio, accesso ad informazioni riservate, falsificazione di documenti, manipolazione delle procedure ad evidenza pubblica, elusione di azioni di contrasto poste in essere da autorità giudiziarie e di polizia). Già nel Piano di azione per combattere il crimine organizzato, adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997, nel quale la Raccomandazione n. 6 prevede “lo sviluppo di una politica comprensiva contro la corruzione al fine di aumentare la trasparenza della pubblica amministrazione, a livello sia degli Stati membri che delle Comunità”, e nella Risoluzione del Consiglio sulla prevenzione del crimine organizzato del 21 dicembre 1998, relativa allo sviluppo di una strategia comprensiva per combattere il crimine organizzato, inclusa la corruzione, vengono messi in evidenza gli stretti rapporti intercorrenti tra tali fenomeni criminosi, in particolar modo nell’ambito di contratti ed appalti pubblici o di partnership pubblico-privato, attraverso i quali le organizzazioni criminali si infiltrano nell’economia legale, come rilevato ripetutamente dal Parlamento europeo, sia nella Risoluzione su criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere, sia in quella relativa alla corruzione nel settore pubblico e privato: impatto sui diritti umani nei Paesi terzi.

In tale contesto va rilevata la particolare significatività di misure preventive come prerequisito indispensabile per garantire l’efficacia delle misure repressive apprestate e come meccanismo di ostacolo alla creazione di sistemi reticolari di collusione tra pubblica amministrazione e gruppi della criminalità organizzata, nell’ottica di un approccio integrato al fenomeno corruttivo.

Gli interventi più recenti dell’Unione europea in materia di corruzione (generalmente intesa, escludendo i lavori preparatori che concernono la considerazione della corruzione come reato connesso alla tutela degli interessi finanziari della stessa Unione) sono caratterizzati, tuttavia, dall’assenza di strumenti normativi vincolanti e dall’adozione invece di una serie di documenti da parte delle istituzioni di natura non vincolante, accanto naturalmente agli strumenti c.d. di terzo pilastro (usando una terminologia pre-Lisbona) già esistenti, ovvero la Convenzione sulla corruzione dei pubblici funzionari delle Comunità europee e degli Stati membri del 1997 e la decisione quadro in materia di corruzione nel settore privato (2003/568/GAI).

L’unico strumento normativo, che si occupa di configurare fattispecie corruttive in ambito pubblicistico, di matrice sovranazionale, prevedendo un’apposita circostanza aggravante all’art. 8, par. 2, nel caso in cui i reati configurati dalla stessa direttiva, e quindi anche le fattispecie corruttive, siano commessi nell’ambito di un’organizzazione criminale, secondo la nozione accolta dalla decisione quadro 2008/841/GAI, anche se con uno spettro di tutela limitato appunto agli interessi finanziari dell’Unione europea, risulta, nell’era post-Lisbona, la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, di recente adozione.

La previsione delle fattispecie corruttive e delle altre di cui all’art. 4 (appropriazione indebita), nonché l’ipotesi di frode in materia di spese relative ad appalti (art. 3, par. 1, lettera b), in seno a tale proposta di Direttiva, con ambito di tutela limitato agli interessi finanziari, va considerata tuttavia come una soluzione



Parte I – Proposte di parte speciale

provvisoria/intermedia, inadeguata alla protezione di beni essenziali, quali la legalità, il corretto funzionamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione europea, anche alla luce del disposto dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che tutela proprio il diritto ad una buona amministrazione, come un interesse autonomo e particolarmente meritevole di protezione della stessa Unione, fondamentale altresì per assicurare il rispetto dei principi democratici e dello Stato di diritto.

D'altro canto non va sottaciuto come le condotte corruttive perpetrate nel settore privato attentino a beni altrettanto essenziali per la stessa esistenza dell'Unione, quali la concorrenza ed il corretto funzionamento del mercato interno europeo, come già riconosciuto nella decisione quadro 2003/568.

La protezione di tali interessi fondamentali risulta pertanto indispensabile al fine di assicurare l'impermeabilità dei processi decisionali della pubblica amministrazione rispetto a forme di infiltrazione da parte della criminalità organizzata, che si serve proprio delle pratiche corruttive (come strumento sofisticato di manipolazione dell'*agere amministrativo*), per ottenere il controllo sull'aggiudicazione di appalti e gare.

La frammentarietà del quadro giuridico internazionale di riferimento, che determina un difetto di armonizzazione, deleterio sia per assicurare un efficace contrasto del fenomeno corruttivo a livello europeo, sia per il corretto operare di altri strumenti normativi europei (direttiva antiriciclaggio o decisione quadro in materia di mandato d'arresto europeo), inducono a riflettere sull'esigenza di adottare una direttiva autonoma in materia di corruzione, con ambito di tutela ad ampio spettro, ossia, da una parte, a protezione della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione comunitaria, ma volta, dall'altra parte, alla salvaguardia della corretta concorrenza e delle regole del mercato – sulla base dell'art. 83, par. 1, che potrebbe coprire tuttavia solo casi caratterizzati dalla transnazionalità e dalla particolare gravità, o del paragrafo 2, TFUE, che invece consentirebbe di ricomprendere anche ipotesi prive di tali connotati ed eminentemente quelle commesse all'interno della stessa pubblica amministrazione comunitaria.

Un tale strumento normativo potrebbe contenere:

- norme minime per la definizione di reati e sanzioni in materia di contrasto della corruzione, volte a trasfondere e rimodulare in un unico atto normativo gli obblighi d'incriminazione previsti dalle predette Convenzioni internazionali (non limitati, come evidenziato, alle sole fattispecie corruttive in senso stretto) e quelli contenuti nella decisione quadro 2003/568/GAI, relativa alla corruzione nel settore privato. Si tratterebbe di una sorta di testo unico in materia corruzione, idoneo a ricomprendere sia le condotte perpetrate nel settore pubblico, sia quelle commesse nel settore privato, che interverrebbe in effetti in un settore già oggetto di misure d'armonizzazione da parte dell'Unione, e volto all'armonizzazione non solo delle fattispecie incriminatrici, ma anche dei livelli sanzionatori e dei tempi di prescrizione, con soluzioni simili a quelle prescelte nella direttiva PIF, anche se auspicabilmente maggiormente coraggiose.

- nell'ambito del settore pubblico, accanto alle fattispecie di corruzione attiva e passiva ed alla definizione di funzionario, una serie di altre condotte, quali il peculato, la malversazione, l'abuso d'ufficio, la rivelazione di segreti d'ufficio ed ipotesi gravi di turbativa di gara, in grado di mettere in pericolo o ledere la stessa pubblica



Parte I – Proposte di parte speciale

amministrazione europea. Dovrebbe considerarsi, invece, più attentamente l'opportunità di introdurre anche la fattispecie di traffico d'influenza, ed eventualmente in quali termini, anche in considerazione della nozione di concorso di persone che si intende accogliere, per evitare un'eccessiva anticipazione della tutela penale.

- recepimento del predetto *acquis* (*lato sensu* inteso) e adeguata considerazione dei trends emergenti a livello delle legislazioni degli Stati membri, valutando anche l'applicazione in concreto, sulla base delle indicazioni dei rapporti degli organismi di monitoraggio europei (es. GRECO e Relazione UE sulla corruzione) e internazionali (Working Group on Bribery in seno all'OCSE e Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention against Corruption in seno all'ONU).

- adeguata considerazione degli strumenti normativi già esistenti a livello europeo per prevenire e reprimere – con sanzioni diverse da quelle strettamente penali – gli episodi corruttivi, per esempio con riguardo alla materia degli appalti e della corruzione nel settore privato, alla legislazione relativa agli stessi appalti e a quella sulla concorrenza, in ossequio al principio di stretta necessità e proporzionalità del ricorso al diritto penale.

- con specifico riguardo alle interrelazioni tra corruzione e criminalità organizzata, un esplicito collegamento con gli strumenti normativi in materia di partecipazione ad un'organizzazione criminale che richiedano un innalzamento dei minimi dei massimi edittali previsti per le ipotesi base ed il regime applicabile alle ipotesi di partecipazione ad un'organizzazione criminale, in termini di prescrizione, applicazione di benefici e collaborazione con la giustizia, da integrare con promozione e sensibilizzazione ai valori dell'integrità nella società e nell'economia, mediante il coinvolgimento della stessa società civile; promozione, adozione ed applicazione di codici e norme di conformità anticorruzione nelle imprese, mediante lo sviluppo di una strategia dell'Unione sulla responsabilità sociale d'impresa,

- disciplina della protezione degli informatori (*whistleblower*), come strumento indispensabile per il contrasto di tali fenomeni sia nell'ambito pubblico, sia in quello privato.

Rapporto *genus-species* tra i due strumenti (direttiva corruzione e direttiva PIF) che consentirebbe la perdurante applicazione della seconda ai casi caratterizzati dalla presenza di una lesione (effettiva o potenziale) degli interessi finanziari dell'Unione.

Valore aggiunto della direttiva:

- introdurre una definizione armonizzata del reato di corruzione e dei livelli sanzionatori (sia nel settore pubblico, sia in quello privato) previsti nell'ambito del territorio dell'Unione

- evitare l'accoglimento di nozioni a-tecniche, prive di un reale sostrato giuridico, nell'ambito degli strumenti non vincolanti della stessa Unione, ma anche da parte degli organismi di monitoraggio del GRECO e dell'UE volti a verificare l'idoneità delle legislazioni degli Stati membri a prevenire e reprimere la corruzione;

- rendere più agevole l'applicazione di strumenti normativi che prevedono la configurazione del reato di corruzione come presupposto di applicazione o di attivazione dello strumento normativo stesso (es. direttiva anti-riciclaggio, che prevede la corruzione come attività criminosa presupposto, ai sensi dell'art. 3, n. 4, lett. e);

decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, che inserisce la corruzione tra le fattispecie per le quali si può prescindere dal requisito della doppia incriminazione, ai sensi dell'art. 2, comma 2; direttiva appalti, che prevede come motivo di esclusione dalla procedura di appalto, ai sensi dell'art. 57, l'aver riportato una condanna con sentenza definitiva per corruzione, anche se tale disposizione – diversamente dalle altre citate – individua alcuni parametri di riferimento nella definizione contenuta nell'art. 3 della Convenzione sulla corruzione dei funzionari delle (OLIM) Comunità europee e degli Stati membri (1997), nell'art. 2 della decisione quadro 2003/568 relativa alla corruzione nel settore privato, nonostante faccia poi ricorso al parametro residuale delle norme nazionali, così dando ampio spazio alla possibilità di applicazioni disarmoniche della disposizione).

- rendere più agevole la cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, al momento deficitaria sulla base dei rilievi operati dall'OLAF per ragioni imputabili a difetti di armonizzazione del diritto penale sostanziale (es. qualifica di pubblico funzionario, fattispecie), a difficoltà di coordinamento con autorità investigative o giudiziarie nazionali, a difetti di armonizzazione della disciplina processuale, mediante lo scambio di informazioni ed eventualmente l'utilizzo delle squadre investigative comuni, tra le autorità di polizia e giudiziarie nazionali, l'OLAF, Eurojust ed Europol – unica strada percorribile *rebus sic stantibus*, in attesa che i negoziati relativi all'istituzione dell'Ufficio della Procura europea possano portare a risultati concreti.

- rappresentare un corpus normativo in materia di corruzione già armonizzato e sulla base del quale l'Ufficio della Procura europea potrebbe operare più agevolmente, ove si procedesse ad un ampliamento delle competenze per materia ad esso attualmente attribuite, mediante la procedura prevista dall'art. 86, par. 4, TFUE, considerato che la corruzione rientra tra le forme di criminalità grave aventi una dimensione transnazionale, espressamente previste dal par. 1 dell'art. 83 TFUE.

Occorre infatti sottolineare come la formulazione delle fattispecie previste dalla direttiva PIF risulti di fondamentale importanza nell'ottica del futuro funzionamento dell'Ufficio della Procura europea, il quale, sulla base del combinato disposto degli artt. 86 TFUE e 22 del Regolamento che recepisce la cooperazione rafforzata relativa all'istituzione dell'Ufficio della Procura europea⁶, avrà una competenza materiale attualmente limitata ai reati che ledono – o incidono negativamente – (*affecting*) (su)gli interessi finanziari dell'UE, così come previsti dalla direttiva PIF e recepiti nell'ambito del diritto nazionale, con la conseguenza di rendere soggette a tale competenza le sole ipotesi corruttive oggi inquadrabili nell'art. 4 della direttiva PIF, per di più per come esse sono recepite negli ordinamenti nazionali, con inevitabili conseguenze deleterie in termini di armonizzazione e di rischi di forum shopping.

L'art. 22, paragrafo 2, dello stesso Regolamento ha l'effetto di estendere – parzialmente ed in presenza di determinati presupposti – la stessa competenza materiale della Procura europea a “reati relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI, quale attuata dal diritto nazionale, se l'attività criminosa di tale organizzazione

criminale è incentrata sulla commissione di uno dei reati di cui al paragrafo 1”. Occorre dunque che si verifichino due presupposti affinché una tale estensione possa



Parte I – Proposte di parte speciale

operare: a) che si tratti di reati sussumibili nella fattispecie di partecipazione ad un'organizzazione criminale definita ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI (ed in particolare dal combinato disposto degli artt. 1 e 2), così come recepita nel diritto nazionale; b) che l'attività criminosa dell'organizzazione sia incentrata sulla commissione di reati che colpiscono, incidono in maniera deleteria su (*affecting*), gli interessi finanziari dell'Unione.

Tale disposizione risulta di particolare interesse ai nostri fini per l'esplicita correlazione che essa instaura con la partecipazione ad un'organizzazione criminale, la cui attività sia incentrata sulla commissione dei reati previsti dalla direttiva, estendendo in tal modo inequivocabilmente la competenza della Procura europea anche a tali ipotesi. Tuttavia, anche in questo caso il rinvio, accanto alla definizione di partecipazione previsto dalla decisione quadro 2008/841 – già di per sé particolarmente ampia e per certi versi indeterminata, anche in ragione della necessità di conciliare tradizioni giuridiche diverse tra loro in merito all'esatta portata di tale nozione –, alle norme nazionali di attuazione può determinare un difetto di omogeneità applicativa, scaturente da un livello insufficiente di armonizzazione delle fattispecie incriminatrici di riferimento, che può avere l'ulteriore conseguenza di incentivare fenomeni di forum shopping, causati anche dai diversi livelli sanzionatori previsti nelle legislazioni degli Stati membri. Occorre ricordare come la competenza dell'Ufficio della Procura europea sia suscettibile di un'ulteriore limitata estensione ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 22 che appunto riconosce tale competenza anche con riguardo ad ogni altro reato “that is inextricably linked to criminal conduct that falls within the scope of paragraph 1 of this Article” (c.d. *ancillary competence*), purché si possa affermare che il reato PIF sia preponderante rispetto al reato con esso inestricabilmente connesso, ai sensi dell'art. 25, par. 3. Tale valutazione dovrà avvenire sulla base di alcuni parametri alternativi: a) il limite edittale della sanzione prevista nella legislazione nazionale per il reato PIF sia più elevato di quello previsto per il reato strettamente collegato, salvo che quest'ultimo sia stato strumentale alla realizzazione del reato PIF [ed allora la competenza potrà essere affermata a prescindere dalla sussistenza del parametro di cui alla lettera a)]; oppure b) il danno occorso agli interessi dell'Unione sia di maggiore entità rispetto a quello causato agli interessi meramente nazionali. È stato opportunamente rilevato come tali previsioni potrebbero avere paradossalmente l'effetto di restringere la competenza della Procura europea, dovendosi pur sempre fare riferimento ai livelli sanzionatori previsti dagli Stati, potendosi mettere altresì in discussione lo stesso principio di legalità (A. Weyembergh – C. Briere, Commissione LIBE).

Alla luce di tali rilievi concernenti il futuro funzionamento dell'Ufficio della Procura europea, pur con tutti i limiti dai quali questa figura risulta al momento caratterizzata (contributo Salazar), va rilevato ai nostri fini come l'adozione di uno strumento unico europeo recante un novero di fattispecie poste a protezione della pubblica amministrazione dell'Unione europea, quale bene istituzionale della costruzione europea, potrebbe rappresentare un campo d'elezione privilegiato per una futura estensione della competenza materiale dell'Ufficio della Procura europea (sulla base dell'art. 86, par. 4). Tale bene giuridico, infatti, oltre ad essere strettamente collegato – ed indirettamente già ricompreso nelle previsioni della direttiva PIF – alla tutela degli



Parte I – Proposte di parte speciale

interessi finanziari sovranazionali, risulta attualmente minacciato da fenomeni corruttivi di particolare gravità, aventi una dimensione transnazionale, che rappresentano i presupposti indispensabili per una tale estensione della competenza del Procura europea. Lo strumento europeo proposto, inoltre, ove fosse comprensivo della previsione di fattispecie incriminatrici di contrasto alla corruzione nel settore privato, sarebbe in grado di apprestare protezione anche al rispetto ed alla salvaguardia di beni, quali la regolare concorrenza ed il buon funzionamento del mercato, nella loro declinazione sovranazionale.

– riprodurre un microsystema penale, analogo a quello prospettato per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, posto a protezione di beni altrettanto fondamentali ed essenziali per la stessa sopravvivenza della costruzione europea come la legalità, l'imparzialità e il buon funzionamento dell'amministrazione europea, la compromissione dei quali attraverso infiltrazioni della criminalità organizzata nei suoi meccanismi decisionali più profondi, porta inevitabilmente alla messa in discussione degli stessi fondamenti democratici di essa, del principio della *rule of law* ed al perturbamento dell'intero ordine pubblico europeo.

* * *

PROPOSTA DI PARTE SPECIALE N. 7 **LA STRATEGIA COMUNE CONTRO LA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA** **E IL TERRORISMO NELLA RECENTE LEGISLAZIONE EUROPEA** (contributo del dott.re *Balsamo*)

Il Dott. Balsamo evidenzia che nella sua recente attività normativa le istituzioni comunitarie stanno sviluppando un approccio comune nel contrasto alla criminalità organizzata e al terrorismo internazionale, due fenomeni criminali che in passato venivano nettamente distinti ma sono adesso percepiti come oggetto di una strategia comune, anche sul piano delle attività di indagine.

Di particolare interesse, ad avviso del Dott. Balsamo, sotto questo profilo, appare la Direttiva (UE) 2017/541 del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo, che muove dalla premessa che «il commercio illecito di armi da fuoco, petrolio, sostanze stupefacenti, sigarette, nonché merci e beni culturali contraffatti, come pure il traffico di esseri umani, il racket e l'estorsione sono diventati mezzi di finanziamento redditizi per i gruppi terroristici», esplicita che «in questo contesto, i legami sempre più stretti tra criminalità organizzata e gruppi terroristici costituiscono una crescente minaccia per la sicurezza dell'Unione e dovrebbero pertanto essere presi in considerazione dalle autorità degli Stati membri coinvolti in procedimenti penali» (“considerando” n. 13), e stabilisce quindi che «gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le persone, le unità o i servizi incaricati delle indagini o dell'azione penale per i reati di cui agli articoli da 3 a 12» (cioè i reati di terrorismo, i reati riconducibili a un gruppo terroristico e i reati



Parte I – Proposte di parte speciale

connessi ad attività terroristiche) «dispongano di strumenti di indagine efficaci, quali quelli utilizzati contro la criminalità organizzata o altre forme gravi di criminalità» (art. 20), evidenziando che «detti strumenti dovrebbero comprendere, ad esempio, la perquisizione di beni personali, l'intercettazione di comunicazioni, la sorveglianza discreta, compresa la sorveglianza elettronica, la captazione, la registrazione e la conservazione di audio all'interno di veicoli o di luoghi privati o pubblici, nonché di immagini di persone all'interno di veicoli e luoghi pubblici, e indagini finanziarie», e sottolineando altresì che «il ricorso a tali strumenti, conformemente al diritto nazionale, dovrebbe essere mirato e tenere conto del principio di proporzionalità nonché della natura e della gravità dei reati oggetto d'indagine, e dovrebbe rispettare il diritto alla protezione dei dati personali» (“considerando” n. 21). Nella direttiva, dunque, la considerazione della omogeneità dei mezzi di finanziamento di questi due fenomeni delittuosi si accompagna all'obbligo, per gli Stati europei, di estendere al terrorismo gli strumenti di indagine previsti per criminalità organizzata, comprese le tecniche investigative ad alto contenuto tecnologico e le indagini finanziarie.

L'intersecarsi dei rispettivi percorsi del finanziamento del terrorismo e del riciclaggio mafioso è stato posto in risalto dagli esperti della materia, che hanno altresì evidenziato come il terrorismo possa contare sul supporto finanziario proveniente da attività economiche lecite, da imprese commerciali, da contribuzioni volontarie di gruppi che si ispirano a forme di solidarietà sociale o religiosa; la complessità del fenomeno è accresciuta dalla circostanza che il finanziamento delle organizzazioni terroristiche può avvenire non solo mediante tecniche di riciclaggio, ma anche attraverso l'utilizzo di canali informali e lo sfruttamento dell'economia legale.

Si evidenzia, quindi, che le due proposte presentate dalla Commissione europea il 21 dicembre 2016, ed aventi ad oggetto rispettivamente il Regolamento relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, sopra citato, ed una Direttiva sulla lotta al riciclaggio di denaro mediante il diritto penale, costituiscono attuazione proprio degli impegni assunti nel piano

d'azione di lotta contro il finanziamento del terrorismo del febbraio 2016, ma allo stesso tempo sono sicuramente idonei a produrre un salto di qualità anche nel contrasto alla criminalità organizzata.

Alla circolazione degli strumenti di indagine tra criminalità organizzata e terrorismo si accompagnano, nella direttiva:

a) la prevenzione della radicalizzazione attraverso una pluralità di interventi che attribuiscono un ruolo di rilievo alla società civile (proprio come è avvenuto in Italia quando le principali forze politico-sociali hanno compiuto una precisa scelta di isolamento nei confronti del terrorismo politico degli anni '70),

b) la programmazione di una strategia congiunta tra Stati, Commissione europea e provider internet per combattere la radicalizzazione online,

c) la previsione di un obbligo di scambio di informazioni tra gli Stati non solo per la repressione ma anche per la prevenzione dei fenomeni terroristici.

Si tratta di un complesso di previsioni rispetto alle quali il sistema italiano ha tutte le caratteristiche per fungere da modello di riferimento. Tra le più importanti innovazioni introdotte negli ultimi anni nella materia in esame, vi è il complesso di



Parte I – Proposte di parte speciale

competenze assegnate al Procuratore Nazionale Antimafia – e adesso anche Antiterrorismo – con il d.l. 18 febbraio 2015 n. 7, convertito dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, grazie alle quali «il sistema giudiziario antiterrorismo possiede ora gli strumenti per assicurare il coordinamento investigativo, la circolazione delle informazioni e la condivisione delle conoscenze».

A ciò si aggiungono i poteri di proposta delle misure di prevenzione patrimoniali che lo stesso atto legislativo, e la successiva riforma del Codice antimafia, hanno attribuito alla DNA, così colmando una evidente lacuna contenuta nella disciplina previgente.

Si ritiene opportuno, inoltre, introdurre modifiche normative e organizzative in quattro settori:

a) la disciplina processuale dei nuovi strumenti di indagine resi possibili dall'evoluzione tecnologica. La modernizzazione delle tecniche investigative in rapporto all'evoluzione tecnologica, alle dinamiche relazionali globali connesse ai fenomeni terroristici, e al rapido progresso delle forme di elusione delle captazioni, per effetto della inaccessibilità di determinate reti o della adozione di sistemi di criptazione delle comunicazioni, richiede la introduzione di una disciplina volta a chiarire in modo inequivocabile la rispettiva area di applicazione dei diversi strumenti di indagine – precisamente, intercettazione di telecomunicazioni, intercettazione di flussi e sequestro di dati informatici – al fine di consentire agli organi investigativi e giudiziari di adottare immediatamente le iniziative processuali appropriate, senza compiere atti viziati da nullità o inutilizzabilità e quindi suscettibili di vanificare il lavoro degli inquirenti.

Si tratta di una regolamentazione assolutamente indispensabile in un momento in cui si riscontra un netto ridimensionamento della distinzione tra telecomunicazioni e flussi informatici (si pensi, ad esempio, alle conversazioni effettuate attraverso applicazioni come WhatsApp), mentre la normativa introdotta nel Codice di Procedura Penale appare frutto di interventi non coordinati tra loro e spesso contrassegnati dall'impiego di termini generici e astratti, molto lontani dall'uso comune come pure dal linguaggio tecnologico. Da ciò discendono una serie di incertezze applicative sulla individuazione della disciplina processuale appropriata, cui sta cercando di porre rimedio la giurisprudenza, che però avrebbe bisogno di un intervento chiarificatore del legislatore per giungere a risultati univoci.

b) A ciò dovrebbe accompagnarsi una revisione della disciplina del sequestro di dati informatici, volta ad escludere espressamente la necessità della immediata consegna al destinatario del decreto di sequestro di dati informatici, stabilendo, al tempo stesso, un appropriato regime di garanzia ai fini dell'accesso "differito" al controllo da parte del Tribunale del Riesame, così da impedire il verificarsi di cause di nullità in questa delicatissima materia.

c) Per quanto attiene alla disciplina della cooperazione giudiziaria internazionale per le intercettazioni su utenze telefoniche e flussi informatici all'estero, occorre prendere in attenta considerazione le possibili conseguenze dell'applicazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000 (ratificata con l. 21 luglio 2016,



Parte I – Proposte di parte speciale

n. 149), nonché della direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (attuata con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108)

L'implementazione di entrambi questi strumenti comporta la necessità di definire i presupposti per l'attivazione delle procedure di cooperazione giudiziaria in materia di intercettazioni. La scelta che appare preferibile è quella di circoscriverne l'area di applicazione alle sole ipotesi di comunicazioni avvenute esclusivamente all'estero, in coerenza con la ratio della suddetta Convenzione, finalizzata a facilitare lo svolgimento delle indagini per i reati transnazionali, e sulla base delle indicazioni univocamente offerte dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, la cui conformità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata riconosciuta dalla Corte di Strasburgo con la decisione emessa il 23 febbraio 2016 nel caso *Capriotti c. Italia*.

Sotto questo profilo appare opportuno un impegno riformatore, a livello interno ed europeo, per predisporre una chiara e completa regolamentazione del rapporto tra la cooperazione internazionale e i più moderni strumenti investigativi, in termini capaci di potenziare il contrasto dei reati transnazionali, anche di matrice terroristica.

d) Una ulteriore prospettiva che meriterebbe una attenta considerazione da parte del legislatore, a seguito della riforma del Codice antimafia, è quella della valorizzazione del controllo preventivo sul terrorismo. L'esame del fenomeno e lo studio delle soluzioni accolte in altri ordinamenti rende evidente che la lotta al terrorismo non può essere combattuta soltanto con gli strumenti "classici" del diritto penale, ma richiede anche l'uso del sistema prevenzionistico. Sul punto, va segnalata la più recente tendenza dell'ordinamento inglese, dove la predisposizione di nuovi strumenti di contrasto del terrorismo si è tradotta nell'introduzione delle *Terrorism Prevention and Investigation Measures*, prevista dal *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act (TPIMA)* del 2011.

Una innovazione di notevole rilievo consisterebbe nella modernizzazione delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale in modo da apprestare una reazione mirata agli specifici aspetti di pericolosità insiti nell'attuale fenomeno terroristico: se il luogo di manifestazione di pericolosità è il web, occorre inibirne l'accesso al potenziale terrorista sorvegliato speciale. Inoltre, come ha segnalato il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, potrebbero essere immaginate delle nuove modalità attuative della sorveglianza speciale con l'utilizzo di tecnologia innovativa con strumenti elettronici di controllo; tale tecnologia potrebbe consentire di contenere la pericolosità dei soggetti sottoposti alla sorveglianza speciale e ottimizzare l'utilizzo delle risorse per il loro controllo, prevedendo altresì misure restrittive per il mancato rispetto delle prescrizioni imposte. Anche sotto questo profilo, appare molto significativa l'esperienza delle *Terrorism Prevention and Investigation Measures*, che comprendono il monitoraggio su movimenti, comunicazioni e altre attività del soggetto, con mezzi elettronici o di altro genere (*Monitoring measure*).

Si tratta, oltretutto, di una concretizzazione delle indicazioni espresse dalla importante sentenza emessa il 23 febbraio 2017 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *De Tommaso c. Italia*.



PARTE II

TAVOLA DEI MATERIALI

SEZIONE I

a) contributi degli esperti

SPUNTI IN MATERIA DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA

di Calogero Ferrara e Gaspare Spedale

1. Il tradizionale principio della territorialità/nazionalità della giurisdizione penale ed il conseguente limite ai poteri del giudice e del pubblico ministero è andato progressivamente incontro ad una molteplicità di deroghe ed erosioni (di fatto prima ancora che di diritto), tutte giustificate dalle sempre maggiori implicazioni extranazionali delle attività criminali, derivanti da un lato dalla esistenza di uno spazio giuridico europeo per la libera circolazione di persone e cose (se guardiamo all'ambito strettamente eurocomunitario) e, dall'altro, dallo sviluppo di mezzi di comunicazione, fisici e tecnologici, sempre più veloci, intensi ed abituali che rendono di fatto la commissione del crimine, soprattutto in forma organizzata, molto più rapido nel tempo e più ampio nello spazio di quanto avveniva fino a poco tempo fa.

In questo senso, soprattutto il ruolo del P.M., soggetto "motore" dell'attività investigativa, ha assunto sempre più spesso un carattere che trascende l'ambito strettamente territoriale e lo conduce ad interfacciarsi con numerosi soggetti che operano all'estero: sia soggetti aventi caratteristiche giurisdizionali (giudici e procuratori presso AA.GG. straniere, magistrati di collegamento, tribunali internazionali) che non strettamente, o comunque, interamente giudiziarie (Polizia Giudiziaria operante all'estero, Ufficiali di collegamento, Interpol, Autorità politiche, "ausiliari" – per esempio interpreti – organizzazioni internazionali competenti in materia di indagini dirette e/o di analisi delle stesse – es. OLAF, Europol – ovvero con compiti di coordinamento – Eurojust).

Tali problematiche sono maggiormente evidenti nelle indagini in materia di criminalità organizzata e/o terrorismo, stante le possibili ramificazioni internazionali di tali condotte illecite e, soprattutto, si sono intensificate in relazione a nuovi e sempre più diffusi fenomeni criminali, come ad esempio quelli connessi all'incremento dei flussi migratori e suscettibili di integrare reati a carattere transnazionale in materia di traffico e tratta di esseri umani.

Proprio in tali ipotesi criminose si sono registrate le maggiori e più evidenti criticità in relazione alla dimensione transnazionale del fenomeno, derivanti dai



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

problemi di giurisdizione, sovrapposizione di ordinamenti, necessità di cooperazione internazionale e di polizia contemporaneamente con numerosi paesi, in taluni dei quali vi sono situazioni di instabilità politica e istituzionale che rendono di fatto difficili, se non impossibili, la instaurazione di relazione e/o le necessarie attività congiunte di indagine e/o il possibile espletamento di attività rogatorie *strictu sensu*.

Invero, con specifico riferimento alle indagini e ai processi riguardanti il traffico di uomini, soprattutto lungo la rotta del Mediterraneo Centrale che, allo stato, è quella maggiormente utilizzata, hanno dato luogo a nuove sfide sul piano operativo e giuridico proprio perché la fase più importante del traffico di migranti via mare si svolge in un'area (le acque internazionali) dove di fatto si è da sempre ritenuto non esservi giurisdizione penale e dove, in verità, nessuno Stato aveva mai prima affermato la propria giurisdizione in passato. A ciò si aggiunga trattarsi di reati *in sedi* natura transnazionale e coinvolgenti eterogenee e nuove forme di criminalità organizzata. Infine, si consideri il necessario coinvolgimento di Stati africani e asiatici, estranei all'Unione Europea, ove operano "reti criminali pluridimensionali", in grado di controllare ciascun flusso migratorio, dal paese di origine del migrante fino al paese di destinazione finale (in genere nel Nord Europa).

2. Il problema della sussistenza della giurisdizione italiana appare ormai superato, seppure in via interpretativa grazie ad una pluralità di decisioni della giurisprudenza di legittimità (in materia si ricorda la fondamentale Cass. 11 marzo 2014 n. 18354). Ciò detto, si pone la questione delle effettive modalità di cooperazione internazionale per un efficace contrasto ad un fenomeno su cui non si può operare con le classiche e, ormai obsolete, forme di cooperazione basate sulla sola richiesta di commissione rogatoria. Ciò per vari ordini di ragioni: necessità di uno scambio rapido e completo di informazioni, sovente in tempo reale; rapporto contemporaneo con numerosi paesi coinvolti di aree geografiche diverse e sistemi giuridici spesso configgenti; mancanza di strumenti internazionali di cooperazione con alcuni dei paesi di maggiore importanza, soprattutto in quanto luoghi di origine del fenomeno criminale; utilizzo da parte dei componenti dei gruppi criminali di strumenti di comunicazione di difficile intercettazione o perché connessi alle nuove tecnologie (social network come Facebook o Snapchat; comunicazioni a mezzo Viber, tango, Skype, Whatsapp; uso del *deep web* e/ del *dark web*) ovvero, paradossalmente, perché fondati su sistemi arcaici ma ugualmente non tracciabili (ad es. utilizzo del metodo hawala per i pagamenti dei viaggi dei migranti o delle consegne di stupefacenti).

Tali considerazioni hanno indotto questo Ufficio ad avviare attività di coordinamento e cooperazione internazionale delle indagini secondo modalità estremamente flessibili e mutevoli, sia nei rapporti bilaterali che in quelli multilaterali con il coinvolgimento, ad esempio, delle agenzie europee (prime tra tutte Eurojust) in tutta la fase delle indagini ovvero nella elaborazione e creazione di programmi ad hoc in relazione a specifiche situazioni.

Si fa riferimento, ad esempio, alla collaborazione nell'ambito delle indagini denominate "Glaucos" (relative a più associazioni a delinquere transnazionale finalizzate



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

alla tratta ed al traffico di esseri umani, operanti in numerosi paesi, sia europei che non, contemporaneamente) in cui la collaborazione è apparsa necessaria:

- (1) per la identificazione dei soggetti;
- (2) per la individuazione dei flussi finanziari;
- (3) per la individuazione dei contatti dei trafficanti e/o delle vittime con la esecuzione di servizi di osservazione, intercettazioni, acquisizione di documentazione, individuazione dei luoghi prima accoglienza, accertamento di proprietà immobiliari e così via;
- (4) per l'acquisizione legittima delle fonti di prova;
- (5) per la difficile individuazione nei paesi sub sahariani o nel Nord Africa dei maggiori trafficanti di uomini rimasti latitanti;
- (6) per la protezione dei soggetti che decidevano di collaborare con la giustizia e dei loro familiari rimasti nei paesi d'origine.

In tal senso merita di essere richiamata l'esperienza specifica maturata in un caso per la individuazione e l'arresto di un trafficante di esseri umani operante tra l'Eritrea, il Sudan e la Libia in cui si è proceduto alla stipula di un vero e proprio *memorandum of understanding* ad hoc per il tracciamento, l'arresto e la estradizione basandosi sulla intermediazione di uno Stato terzo (la Gran Bretagna) con lo Stato (il Sudan) ove si trovava il latitante ed applicando, in assenza di trattati tra i paesi coinvolti, una interpretazione omnicomprendente delle norme della Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale e di quelle della cortesia internazionale.

3. Ugualmente, un'altra forma di collaborazione "atipica" certamente degna di nota è quella che vede tuttora protagonista la Procura di Palermo, sempre nell'ambito dell'attività di contrasto al traffico internazionale di esseri umani, in particolare lungo la c.d. rotta Mediterranea Centrale (sull'asse Centro Africa, Libia, Sicilia, Nord Italia, Nord Europa). In tale contesto, a seguito di un incontro tra le Autorità Giudiziarie e di Polizia dei Paesi Bassi, del Regno Unito, della Corte Penale Internazionale e, per quanto riguarda l'Italia, della Procura di Palermo e della Polizia di Stato si è deciso di costituire un team misto A.G./P.G. per lo scambio di informazioni e per la adozione di strategie investigative comuni (da espletare poi per ciascuna Istituzione nel territorio di propria competenza) al fine di intensificare una collaborazione più intensa e concreta nella lotta contro le organizzazioni criminali che operano sulle rotte migratorie dall'Africa verso l'Europa, e in special modo contro i capi delle predette organizzazioni criminali e per la aggressione ai loro patrimoni illeciti. Invero, come emerso dalle indagini tali gruppi criminali sono responsabili del traffico di decine di migliaia di persone dalla Libia verso l'Italia e il Nord Europa (compresa la Gran Bretagna e l'Olanda), spesso in condizioni disumane, e della morte di centinaia di persone nonché di altri reati connessi alle medesime attività criminali (come ad es. violenze sessuali, riciclaggio, reati contro la fede pubblica ed altri) per i quali sarebbe anche possibile che talune di tali condotte criminose possano integrare anche crimini contro l'umanità idonei a radicare la giurisdizione della Corte Penale Internazionale. Si è, pertanto, formalizzata una proposta di cooperazione internazionale tra tutti i soggetti partecipanti con la redazione e la approvazione delle



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

fondamentali linee guida per i futuri approfondimenti e la elaborazione di attività congiunte in particolare sul territorio libico.

Le direttrici di tale strategia di contrasto sono state individuate come di seguito indicato:

- individuazione e arresto dei maggiori latitanti operanti nell'area nordafricana ed in particolare in Libia;

- scambio informativo costante al fine di procedere alla emissione di mandati di arresto internazionale nei confronti dei componenti delle principali organizzazioni criminali operanti sulla rotta mediterranea per il traffico di migranti attraverso una lettura congiunta delle risultanze investigative acquisite dai diversi partner e soprattutto di quelle acquisite dai soggetti (come la CPI) che possono instaurare diretti rapporti di cooperazione;

- individuazione dei flussi finanziari riconducibili a tali gruppi criminali sia in Africa che in Europa che nei paesi offshore al fine della eventuale aggressione di tali illecite ricchezze.

Sono stati anche elaborati alcuni possibili protocolli di indagine e pianificato un costante raccordo tra le diverse Autorità al fine di conseguire risultati comuni in un progetto che presenta elementi innovativi per la contestuale partecipazione di AA.GG. e Forze dell'Ordine nazionali di diversi paesi europei e di una Istituzione con competenza sovranazionale per crimini contro l'umanità quale la Corte Penale internazionale.

Si è così riusciti a sviluppare una forma di collaborazione anche verso paesi, come ad es. la Libia o gli Emirati Arabi, con i quali allo stato non vi era alcuna forma di cooperazione.

4. Un altro aspetto che merita di essere evidenziato, con specifico riferimento a profili prettamente pratici, è quello inerente l'utilità e la efficacia dei contatti che si instaurano tra le singole Autorità Giudiziarie e gli ufficiali di polizia giudiziaria di collegamento. Non è raro, infatti, che nel corso delle indagini emergano profili di "anomalia" con riguardo ad entità (persone fisiche o giuridiche) straniere o ad operazioni finanziarie poste in essere anche solo in parte all'estero. Tuttavia sovente il consolidamento del sospetto sino al compiuto accertamento della (eventuale) relativa illiceità dipende dalla lettura congiunta di dati in possesso ad Autorità diverse.

Così è ad esempio, sempre più spesso, nel caso di reati finanziari, dei reati di riciclaggio e di intestazione posti in essere mediante investimenti esteri: in questi casi l'illiceità originaria delle risorse investite o il fine elusivo delle condotte possa essere adeguatamente messo a fuoco solo a condizione che si riesca ad inquadrare in modo adeguato la porzione di condotta posta in essere al di fuori del territorio della propria giurisdizione. Ebbene, con riguardo a tali attività di indagine, caratterizzate nella fase iniziale dal carattere spiccatamente esplorativo, si reputa particolarmente utile instaurare contatti diretti, più e ancor prima che con le Autorità Giudiziarie estere di riferimento, con i rappresentanti delle forze dell'ordine di collegamento sul territorio, capaci di fornire in breve termine informazioni selezionate e puntuali in ordine alla fondatezza dei sospetti esternati dalla magistratura.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Solo una volta ricevute le informazioni richieste – nei limiti fissati dalle regole di legge che disciplinano la estensibilità delle risultanze istruttorie – può essere adeguatamente parametrata e delimitata la richiesta di cooperazione internazionale avanzata alla A.G., scongiurando il rischio di richieste (eccessivamente) esplorative, destinate nella maggioranza dei casi ad essere vane o non risolutive (se non addirittura rigettate de plano):

- vane ove non correttamente indirizzate e prive delle informazioni sufficienti a mettere in condizione la A.G. ricevente di operare in modo proficuo e non potendosi pretendere che i magistrati riceventi pongano in essere ampie e lunghe indagini per conto della Autorità richiedente, avendo sovente solo una vaga idea delle finalità perseguite dei colleghi;
- non risolutive, ove destinate ad essere seguite da ulteriori indagini, il cui oggetto e le cui modalità devono essere determinate alla luce dei risultati delle rogatorie precedenti.

Un esempio efficace di tali modalità di interrelazione e scambio internazionale di informazioni è dato da una recente indagine condotta dalla Procura di Palermo, culminata nel sequestro di ingenti capitali fittiziamente intestati a terzi e trasferiti nel territorio del Principato di Andorra da alcuni soggetti italiani raggiunti, poco prima, da misura di prevenzione reale. Trasferimenti finalizzati ad occultare la disponibilità di tali risorse e sottrarle alla apprensione dello Stato.

In questo caso, pertanto, i dati relativi al trasferimento di denaro nello stato estero, la apertura di una cassetta di sicurezza ed il conferimento di alcune procure “strategiche” – circostanze “anomale” che avevano destato l’attenzione della A.G. del Principato – costituivano elementi sintomatici e “di sospetto” che necessitavano di essere affiancate ed irrobustite dalle informazioni relative al procedimento instaurato nell’ambito delle misure di prevenzione italiano per divenire notizie di reato, suscettibili di approfondimento.

In altri termini, la visione parcellizzata della vicenda avrebbe reso indecifrabile per entrambe le Autorità Giudiziarie la connotazione illecita dell’agire dei soggetti coinvolti ed il fine elusivo perseguito. Nel caso in esame, gli originari ostacoli operativi e conoscitivi sono stati superati grazie alla pronta interlocuzione instaurata spontaneamente dalla Autorità Giudiziaria andorrana che ha contattato l’ufficiale della Guardia di Finanza operante con riguardo al suo territorio chiedendo di riferire informazioni utili a decifrare il contesto di riferimento.

Nello specifico, magistrati hanno chiesto all’ufficiale di collegamento notizie sul conto di coloro che risultavano aver movimentato ingenti somme dalla Spagna al Principato di Andorra mediante movimenti bancari.

Tale contatto ha consentito di acclarare che si trattava di trasferimenti eseguiti in via d’urgenza nell’interesse di alcuni soggetti di nazionalità italiana che erano stati pochi giorni prima raggiunti da un ingente provvedimento di sequestro (del valore di oltre 40 milioni di euro) disposto nell’ambito delle misure di prevenzione e che, pertanto, stavano cercando di sottrarre tali risorse per impedirne la apprensione da parte della Autorità. Al contempo, le Autorità Andorrane hanno subito autorizzato l’ufficiale a comunicare le loro risultanze alla Procura italiana interessata, individuata nella Procura



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

di Palermo e sono così stati avviati i canali di cooperazione internazionale e formulato le richieste istruttorie, ben consapevoli – a questo punto – di ciò che poteva essere oggetto di una possibile apprensione.

Dopo aver acquisito tutta la documentazione bancaria e le risultanze investigative della A.G. del Principato (che aveva anche assunto un interrogatorio di contenuto sostanzialmente confessorio) ed aver perquisito una cassetta di sicurezza bancaria andorrana è stato possibile ottenere dal Giudice italiano un decreto di sequestro di tutte le ricchezze movimentate, sia in ambito ordinario – quale oggetto del reato di intestazione fittizia – che in quello delle misure di prevenzione (quale integrazione del primo sequestro di cui si è detto). Peraltro, si è trattato del primo scambio istruttorio tra la A.G. Andorrana e magistrati della giurisdizione italiana.

5. Su altro differente versante, è recente la notizia dell'avvio di numerosi gruppi di lavoro internazionali, tra di essi ad esempio il progetto Empact "UTUTU", nell'ambito delle quali il Servizio centrale Operativo della Direzione Centrale Anticrimine della Polizia di Stato ed altre autorità di polizia estere stanno attualmente approfondendo le tematiche relative alle modalità operative dei gruppi criminali nigeriani, detti anche "cult", sempre più diffusi e pericolosi in Italia ed all'estero.

Per il tramite di tale ambito di cooperazione di polizia si sta cercando di acquisire informazioni utili sia sul fenomeno in generale – oggetto di numerosi procedimenti in essere a Palermo così come in tutto il territorio nazionale – che sui singoli partecipanti ed i relativi legami con esponenti esteri. Ad esempio, la Squadra Mobile di Palermo, ha chiesto ed ottenuto da questa Procura la autorizzazione a trasmettere taluni dati istruttori emerse nel corso delle indagini e relativi a contatti e ad attività dei sodali riferibili ad utenze o soggetti residenti esteri. Il fine è quello di ottenere per tale via una scrematura delle risultanze utili o suscettibili di approfondimenti e poter poi concentrare l'attenzione sui contatti qualificati, utili quale punto di riferimento per accertare i legami della criminalità locale con entità estere (europee e non): selezione altrimenti impossibile atteso l'elevato numero di contatti con soggetti esteri e la assenza di elementi ulteriori con riguardo ai titolari delle utenze ed al profilo dei relativi intestatari.

Analogo progetto, in ambito Europol (denominato JOT Mare) viene effettuato con specifico riferimento alle attività di contrasto al traffico di migranti.

6. Riassumendo, in relazione a tali tipologie di indagine sarebbe opportuno:

1. definire regole chiare e reciprocamente accettate sulla giurisdizione degli Stati dell'Unione europea, per es. proprio in relazione al traffico di migranti laddove la condotta, accertata e interrotta in acque internazionali, sia in realtà rivolta a conseguire il risultato dell'ingresso dei migranti nel territorio di uno Stato membro; ciò è utile in quanto si registrano alcune riserve poste dai dispositivi europei operanti nel Mar Mediterraneo nell'ambito Missioni Internazionali di soccorso proprio in ordine al mancato riconoscimento della giurisdizione da parte degli Stati coinvolti. In tal senso sarebbe altresì utile una modifica finalizzata ad affermare la possibile sussistenza della giurisdizione anche in



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

- relazione a fatti commessi fuori del territorio di uno Stato Membro dell'UE, quando il reato può avere effetto nel territorio di uno Stato Membro;
2. istituzionalizzare una più efficace cooperazione a livello europeo, soprattutto nella fase delle indagini, prevedendo uno scambio immediato delle informazioni raccolte tramite servizi di intelligence o agenzie e missioni dell'Unione Europea, quali Frontex ed Europol, o dai singoli Paesi impiegati in tali scenari, laddove potenzialmente utili a fini investigativi. In tal senso si potrebbe prevedere un inquadramento delle squadre internazionali della Task force per l'Immigrazione Frontex come forze dell'ordine a supporto delle autorità giudiziarie e della p.g. competente;
 3. rafforzare la cooperazione giudiziaria con i paesi di partenza e di transito (soprattutto nel caso dei flussi migratori), al di fuori dell'Unione Europea, anche tramite l'implementazione piena ed efficace della Convenzione dell'ONU sul Crimine Organizzato transnazionale e dei Protocolli su traffico e tratta, e con la previsione di sistemi di monitoraggio sull'opera di effettivo adattamento delle legislazioni e delle prassi più efficaci e cogenti di quelli attuali;
 4. prevedere una semplificazione delle forme di cooperazione a livello nazionale, per esempio attribuendo alla medesima Autorità Giudiziaria i poteri connessi alla esecuzione di rogatorie sia dal lato attivo che dal lato passivo, riservando solo un controllo formale di esecuzione alla Autorità Giudiziaria di secondo grado. In tal senso, allo stato, la netta distinzione tra le rogatorie attive e quelle passive, soprattutto nella fase investigativa, ha costituito un elemento di notevole complicazione e spesso di confusione con i corrispondenti paesi esteri nonchè di inefficienza nella concreta esecuzione delle attività di indagine necessarie;
 5. ridurre il potere discrezionale degli Stati membri dell'Unione Europea nell'accoglimento, o meglio nell'eventuale rigetto di determinati provvedimenti istruttori, nel caso gli stessi abbiano superato il vaglio della autorità Giudiziaria nazionale; tale circostanza appare particolarmente decisiva in materia di esecuzione di attività di intercettazione e di altre forme invasive di limitazione della libertà personale (es. caso in cui l'A.G. Spagnola si è rifiutata di dare esecuzione a decreti di intercettazione emessi legittimamente dalla A.G. italiana per la ricerca e cattura di latitanti operanti in quel paese nonostante non vi fossero altri mezzi investigativi idonei per effettuare tali accertamenti e si ricadesse nell'ambito dei 32 reati previsti dalla legislazione europea per la cooperazione rafforzata).



ALCUNE RIFLESSIONI IN MATERIA DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA

di Ignazio Patrone

1. Il momento politico che sta attraversando da alcuni anni l'Unione europea mi sembra debba indurre tutti alla massima prudenza nel coltivare aspettative ambiziose per le politiche comuni nello Spazio di LSG. Paradossalmente, proprio quando il Trattato di Lisbona, entrato in vigore a dicembre 2009, ha dato maggiore spazio alla armonizzazione ed alla cooperazione in materia penale, sostanziale e processuale, è venuta meno – o si è comunque molto affievolita – la volontà degli Stati membri. La penosa vicenda delle proposte di istituzione del Procuratore europeo antifrode ex art. 86 TFUE e di riforma di Eurojust secondo quanto dispone l'art. 85 TFUE – che sono in una fase di stanca negoziazione dal luglio 2013 – e della stessa proposta di direttiva PIF (in discussione da ancor prima) sono lì a dimostrare come si possano nutrire ben poche speranze anche per la proposta di regolamento appena presentata per l'armonizzazione di sequestri e confische. Ci vorranno comunque molti anni prima di una sua, ad oggi poco probabile, entrata in vigore.

2. In questo quadro difficile, il nostro paese ha almeno evitato di rimanere l'ultima ruota del carro in materia di cooperazione e reciproco riconoscimento; un po' per evirare procedure di infrazione in base all'art. 10 del protocollo n. 36, un po' per effettivo convincimento del Ministro in carica, è stato fatto uno sforzo enorme ed ora siamo in condizione di poter cooperare usando strumenti uniformi e condivisi coi nostri partner; il che non è poco ma non è ancora abbastanza. In particolare va detto che al nuovo quadro normativo non ha corrisposto un adeguato sforzo organizzativo. Nella mia esperienza quotidiana devo rilevare come i nuovi strumenti (rappresentati da ben 16 decreti legislativi) siano quasi del tutto sconosciuti agli uffici giudiziari, che continuano ad usare le obsolete convenzioni del CoE tra cui quella del 59 sulla cooperazione giudiziaria. Poco conosciuti i “certificati” previsti dalle decisioni quadro in materia di sequestro e confisca (ed obbligatori per le richieste di riconoscimento ed esecuzione), addirittura ignorata la nuova competenza del PM – e non più del tribunale – per le richieste di esecuzione: del tutto misconosciuta la Convenzione del CoE del 1990 sul riciclaggio (che al contrario è strumento molto utile per il riconoscimento – almeno in Francia – del fondamento sostanziale delle misure richieste ed anche delle confische senza condanna); lunghissima nei tempi ed ancora in corso la delega per la riforma del Libro XI e per le misure di attuazione della Convenzione del 2000 (che abbiamo ratificato con 16 anni di ritardo!).

3. Nella attività quotidiana si misurano queste difficoltà, che non dipendono dallo scarso valore dei colleghi che lavorano al Ministero, quanto piuttosto dal loro numero del tutto insufficiente, dal mancato coordinamento dell'attività amministrativa



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

centrale con una formazione che mi sembra più propensa a fornire basi teoriche piuttosto che esempi pratici, dall'assenza persino di una informazione-base sugli strumenti ora esistenti.

In materia di contrasto alle mafie con misure patrimoniali, nell'attesa di capire quali saranno le eventuali conseguenze negative sulle nostre procedure di confisca senza condanna della recentissima sentenza De Tommaso della Cedu, mi sembrerebbe assai interessante provare a fare indagini all'estero sui patrimoni delle nostre organizzazioni criminali, cosa che, a quanto mi consta, nessuno ha mai fatto. I beni sequestrati e confiscati con successo in Francia erano infatti sempre stati scoperti “per caso” e mai attraverso indagini sistematiche compiute in quel paese con l'ausilio di magistratura e polizia. Credo che oggi, anche in vista della ormai molto prossima entrata in vigore dell'ordine europeo di indagine penale, sarebbe opportuna una riflessione pratica sui possibili usi di questo nuovo e per molti versi più duttile strumento di cooperazione attiva.



LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN ESPAÑA

di Teresa Aguado Correa

1. Introducción.

Una de las novedades introducidas por la reforma operada en el Código Penal de 1995, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, consistió en la creación de un nuevo Capítulo VI dedicado a la regulación las organizaciones y grupos criminales (“De las organizaciones y grupos criminales”), dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público al entender el legislador que “Lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado”. El legislador motivó la inclusión de estos nuevos tipos penales en los delitos contra el orden público en los siguientes términos: “El legislador continúa justificando la inclusión de estos nuevos tipos penales en los delitos contra el orden público en los siguientes términos: “La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La reacción penal frente a su existencia sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales” (apartado XXVIII Preámbulo LO5/2010).

La necesidad de la creación de estos tipos penales fue justificada en su día por el legislador, no por la obligación de cumplir con nuestras obligaciones internacionales derivadas tanto de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Decisión Marco 2008/841/JAI ni tampoco de la Convención de Palermo, sino por la incapacidad del delito de asociación ilícita (art. 515 CP) para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales, a la vista de la jurisprudencia sobre este delito (apartado XXVIII Preámbulo LO 5/2010):

“El devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales.

En primer lugar – y de ello da prueba la escasa aplicación del vigente artículo 515 del Código Penal, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas – la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma. El texto constitucional declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; de donde desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal.

Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad. Adicionalmente hay que apuntar que la inclusión de las organizaciones terroristas en el artículo 515 del Código Penal había generado problemas en el campo de la cooperación internacional por los problemas que para el cumplimiento del requisito de doble incriminación suponía la calificación de la organización terrorista como asociación ilícita”.

La ausencia de referencia a la incorporación del derecho europeollama poderosamente la atención si tenemos en cuenta que a través de la LO 5/2010, se incorporaron al Código Penal nueve normas europeas¹. Entreestas normas europeasque

¹ Disposición final sexta. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.

En esta Ley se incorporan al Derecho español las siguientes normas de la Unión Europea:

Decisión Marco 003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo.

Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.

Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).”

se incorporaron se encontraban, por lo que aquí nos interesa, la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas o la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, norma a la que alude el legislador en el Preámbulo para justificar la inclusión del decomiso ampliado en el Código Penal español (apartado VIII Preámbulo LO 5/2010) en los siguientes términos:

“De singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella. Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal”.

También se hace referencia en el Preámbulo a la modificación de la regulación de la regulación de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, cuya proximidad conceptual con las organizaciones y grupos criminales es destacada por el propio legislador en los siguientes términos: “Según se ha adelantado, otra de las importantes novedades que introduce la presente ley es una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, al tiempo que se incorporan algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI.

Así, se sitúan las organizaciones y grupos terroristas – por obvias razones de proximidad conceptual, en los términos y por las razones ya expuestas – a continuación de las organizaciones y grupos criminales, al tiempo que se unifica en un mismo capítulo del Código Penal la reacción penal contra todas las manifestaciones de terrorismo” (Preámbulo apartado XXIX).

Cabe recordar que hasta la inclusión de la regulación de las organizaciones y grupos criminales en el CP a través de la LO 5/2010, la única definición legal de delincuencia organizada que teníamos en el ordenamiento jurídico español era la contenida en el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal si bien esta definición



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

solo era válida a los efectos de la regulación de la figura del agente encubierto en el ámbito de la delincuencia organizada².

²Art. 282 bis 4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando”.

2. Organizaciones y grupos criminales. Definición.

El propio legislador en el Preámbulo LO 5/2010 se refirió a las diferencias entre las organizaciones (art. 570 bis CP)³ y los grupos criminales (art. 570 ter CP)⁴, y el motivo por el que incluyó los grupos criminales junto a las organizaciones criminales en los siguientes términos (apartado XXVII):

“Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad

³ Artículo 570 bis

1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

- a) esté formada por un elevado número de personas.
 - b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
 - c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.
- Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

⁴ Artículo 570 ter

1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:

- a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.
- b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.
- c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves.

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo:

- a) esté formado por un elevado número de personas.
 - b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
 - c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.
- Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

La estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas.

Así, en el caso de las organizaciones criminales, el nuevo artículo 570 bis tipifica primero las conductas básicas de constitución, dirección y coordinación, distinguiendo según se trate de cometer delitos graves u otras infracciones criminales (incluida la reiteración de faltas), y en un segundo nivel punitivo sitúa las actividades de participación o cooperación, a las que se anuda una respuesta penal inferior, agregando en fin agravaciones específicas en función de las características de la organización y el tipo de delitos que tiene por objeto.

Los grupos criminales se contemplan en el artículo 570 ter, equiparándose las conductas de constitución de los mismos con la financiación de su actividad o la integración en ellos, pero siempre distinguiendo la respuesta punitiva a partir de la gravedad de las infracciones criminales que tratan de cometer, en términos análogos a los que rigen para las organizaciones, y con similares agravaciones en razón de las características del grupo”.

En el artículo 570 bisin fine CP se contempla la definición de organización criminal, entendiéndose a los efectos del CP por ésta “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.



Denominación	Grupo Delictivo – Coordinado	Organización delictiva	Organización Criminal
	C.Palermo	DM 2008/841/JAI	CP Español
D E F I N C I O N E S	“grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material	“asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”	“la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.
D E F I N C I O N E S	"grupo estructurado" un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista	«asociación estructurada»: una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada.	

	una estructura desarrollada; “delito grave” conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.		

El art. 570 bis CPse distancia de la regulación internacional al no incluir en la definición de las organización criminal dos requisitos de cierta relevancia: a) que la agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad; b) que el objetivo sea obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

- a) Por lo que respecta al primero de los requisitos, el legislador español ha optado por castigar a las organizaciones criminales que tengan por objetivo la comisión de cualquier delito, con independencia de su gravedad, teniendo en cuenta ésta en la graduación de la pena a imponer. Se distancia así la normativa española de la definición de organización delictiva de la 2008/841/JAIDM y de la Convención de Palermo en la medida en que las organizaciones y grupos criminales pueden tener como finalidad u objeto la comisión de cualquier delito, sin que se limite a los delitos graves (sancionados con penas o medidas de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos cuatro años) tal y como se prevé en los citados instrumentos internacionales, incluyéndose en la definición de organizaciones criminales aquellas cuyo objetivo sea la comisión de delitos leves (sancionados, entre otras penas, con penas de localización permanente de un día a 3 meses o multa de hasta tres meses), infracciones que han venido a sustituir a las faltas⁵⁵. De manera que aun cuando formalmente se ha eliminado la alusión a

⁵⁵ Tras la reforma del CP a través de la LO 1/2015, tras la supresión de las faltas de catálogo de infracciones delictivas, alguna de éstas han pasado a ser consideradas como delitos leves. En el art. 13 CP se establece “

1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.
2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.
3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve.
4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”. En el art. 33 CP se prevé la clasificación de las penas en atención a su naturaleza y duración, considerándose, en relación con las penas privativas de libertad, que son penas graves la prisión permanente



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

las organizaciones dedicadas a “llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas” de la definición de organización criminal a través de la LO 1/2015, en la práctica se puede castigar a aquellas organizaciones delictivas cuyo objetivo sea la comisión de delitos leves, por ejemplo, la comisión de delitos leves de hurto⁶, puesto que en el art. 570 bis CP se habla de “los demás casos”. En el art. 570 ter 1 c) CP, por el contrario, se realiza una referencia explícita a los grupos que se dediquen a la perpetración reiterada de delitos leves: “Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves”.

revisable y la pena de prisión superior a cinco años (art. 33.2.a) y b) CP); es menos grave, la prisión de tres meses a cinco años (art. 33.3.a) CP) y, por último, por lo que respecta a las penas privativas de libertad es pena leve la localización permanente de un día a tres meses.

⁶ El delito(leve) de hurto está castigado con la pena de multa de uno a tres meses cuando la cuantía de lo sustraído no excede de 400 euros (art. 234.2 CP)



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

ART. 570 BIS CP	FINALIDAD ORGANIZACIÓN COMISIÓN DELITOS GRAVES (Prisión + 5 años)	DEMÁS CASOS
Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal	Prisión 4-8 años	Prisión 3-6 años
Participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo	Prisión 2-5 años	Prisión 1-3 años
ART. 570 QUATER 2	INHABILITACIÓN ESPECIAL ACTIVIDADES ECONÓMICAS O NEGOCIOS JURÍDICOS	INHABILITACIÓN ESPECIAL ACTIVIDADES ECONÓMICAS O NEGOCIOS JURÍDICOS



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

ART. 570 TER CP	FINALIDAD DEL GRUPO COMISIÓN DELITOS CONTRA LA VIDA, INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS, LIBERTAD, LIBERTAD O INDEMNIDAD SEXUALES, TRATA DE SERES HUMANOS (letra a) art. 570 ter CP)		CUALQUIER OTRO DELITO GRAVE (letra b) art. 570 ter CP)	UNO O VARIOS DELITOS NO APARTADO A) / PERPETRACIÓN REITERADA DELITOS LEVES (letra a) art. 570 ter CP)
Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal	Prisión 2-4 años si se trata de 1 o + delitos graves	Prisión 1-3 años si se trata de delitos menos graves	Prisión 6 meses-2 años	Prisión 3 meses-1 año
ART. 570 QUÁTER 2	INHABILITACIÓN ESPECIAL ACTIVIDADES ECONÓMICAS O NEGOCIOS JURÍDICOS	INHABILITACIÓN ESPECIAL ACTIVIDADES ECONÓMICAS O NEGOCIOS JURÍDICOS	INHABILITACIÓN ESPECIAL ACTIVIDADES ECONÓMICAS O NEGOCIOS JURÍDICOS	INHABILITACIÓN ESPECIAL ACTIVIDADES ECONÓMICAS O NEGOCIOS JURÍDICOS

b) En cuanto al requisito de que el objetivo sea obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de orden material, si bien es cierto que en el considerando (4) de la DM 2008/841/JAI se prevé que “Las obligaciones derivadas del artículo 2, letra a), deben entenderse sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para tipificar como organizaciones delictivas a otros grupos de personas que, como por ejemplo aquellos grupos cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material”, en el Código Penal español, en ningún precepto exige que la finalidad sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material, finalidad que sí se exige en tanto en la DM como en la Convención de Palermo, y que permite diferenciar estas organizaciones delictivas de las organizaciones terroristas.

Por el contrario, el legislador español exige para poder hablar de organización criminal que se repartan diversas tareas o funciones entre los distintos integrantes y que tenga carácter estable o por tiempo indefinido, requisitos que no se contempla en las definiciones de la DM 2008/841/JAI y Convención de Palermo. En la Sentencia de la Audiencia Nacional 17/2016 de 11 de mayo se afirma: “...no podemos dar este delito por acreditado, ni el delito de asociación ilícita del que también venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal, pues ni existe un grupo estructurado, con sumisión jerárquica a una persona perfectamente diferenciada de las individualidades que lo componen, ni se ha acreditado el propósito de beneficiarse del lavado del dinero, ni se ha demostrado una planificación y ejecución organizada de las diferentes operaciones, adquiriendo bienes de origen lícito, ni aparece concierto alguno para delinquir dirigido a la creación de una



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

organización dotada de una cierta infraestructura, con vocación de estabilidad y permanencia, diseñada para la comisión de delitos”.

En el art. 570 ter 1 in fine CPse ofrece una definición por exclusión de “grupo criminal” cuya compatibilidad con los principios constitucionales básicos ha sido cuestionada, por falta de seguridad jurídica: “A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

La STS núm. 719/2013, de 9 de octubre, tras recordar la definición legal de grupo criminal afirma:

“En consecuencia, el grupo criminal solo requiere dos elementos: 1º) Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas; y 2º) Finalidad criminal: que tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

Una agrupación criminal en la que no concurra alguno de los otros dos elementos propios de la organización criminal, la permanencia, o constitución con carácter estable o por tiempo indefinido; y la estructura, es decir el reparto de diversas tareas o funciones de manera concertada y coordinada, o no concurra ninguno de los dos, no será una organización criminal sino un grupo.

Así se deduce claramente de la propia norma legal que define el grupo, con referencia a la organización criminal, incluyendo dos de sus elementos, y exigiendo que no reúna “alguna o algunas” de las otras características de la organización criminal definida en el artículo anterior es decir que no esté constituido con carácter estable o por tiempo indefinido, y/o que no disponga de un reparto de diversas tareas o funciones de manera concertada y coordinada.

El preámbulo de la LO 5/2010 justifica la tipificación del grupo criminal, al margen del concepto de organización criminal, a partir de la necesidad de responder a otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual.

Por ello se definen los grupos criminales en el art. 570 ter como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las organizaciones criminales, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

La tipificación autónoma del grupo criminal tiene por objeto la persecución de comportamientos cada vez más frecuentes que inciden de forma importante en la seguridad ciudadana, al tratarse de agrupaciones criminales menores que desarrollan una modalidad de delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable. Estos grupos criminales son útiles para la comisión reiterada de pequeños hurtos, robos o estafas, y otros delitos contra la propiedad, e incluso operaciones de tráfico de drogas de entidad media.

Esta figura permite diferenciar este fenómeno de las estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas o una red transnacional dedicada a la trata de seres humanos, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad y, de este modo, permite respetar la debida proporcionalidad punitiva.”

Por su parte, la STS núm. 309/2013, de 1 de abril, indica: "Es necesario, entonces, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal.

El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el Artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito".

Consecuentemente, el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas.

La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas – lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal".

Otras sentencias abordan la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal, entre ellas las SSTs. 309/2013 de 1.4, 855/2013 de 11.11, 950/2013 de 5.12, 1035/2013 de 9.1.2014. En las STS nº 855/2013 y 950/2013, se señalaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles "1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis. 2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más

limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter". Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que hacían a las respectivas conductas acreedoras a distinta gravedad en la sanción penal. No debe realizarse, por lo tanto, una interpretación extensa del concepto de organización, ya que conduciría a incluir en el mismo supuestos más propios, por su gravedad, del concepto de grupo criminal, con el riesgo de dejar a este prácticamente vacío de contenido.

Como requisitos de la organización criminal se establecen, siguiendo la Circular 2/2011 y las sentencias posteriores que asumen las descripciones que "las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal tipificado por el legislador en la LO 5/2010, de 22 de junio, son las siguientes:

a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.

b) La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica. En cambio no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y

d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una "voluntad colectiva", superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS 745/2008, de 25 de noviembre y 41/2009, de 20 de enero)".

Por ello, la inclusión de determinadas conductas en el grupo criminal, prescindiendo de la figura de la organización criminal, tanto en relación a los artículos 570 bis y siguientes, se basa en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan (STS. 1035/2013).

Por su parte, "el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente" (STS. 950/2013).

Recientemente, el TS ha recordado en la Sentencia 41/2017, de 31 de enero, su doctrina sobre la distinción entre organizaciones y grupos criminales en los siguientes términos:

"El CP tras las reformas operadas por la LO 5/2010 (y por la LO 1/2015, que aun siendo posterior a los hechos de autos no supone una modificación en perjuicio de los acusados, por deberse solamente a su coherencia con la desaparición del L. III CP) contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.

Al respecto esta Sala ha dicho (Cfr. STS 824/2016, de 3 de noviembre) que, <<ambas figuras precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la *organización* criminal requiere, además, el carácter *estable* o su constitución o funcionamiento por tiempo *indefinido*, y, además, que de manera concertada y coordinada se *repartan* las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.

La jurisprudencia posterior a la reforma se ha preocupado de la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal en varias sentencias. Entre ellas, las STS nº 309/2013, de 1 de abril; STS nº 855/2013, de 11 de noviembre; STS 950/2013, de 5 de diciembre; y STS nº 1035/2013, de 9 de enero de 2014. Se ha referido en ocasiones a la complejidad de la *estructura organizativa*, para señalar que ha de ser *mayor* en la *organización* criminal, pues es la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta. Lo cual permitía excluir de ese concepto y apreciar la existencia de un *grupo* criminal, cuando agrupaciones de más de dos personas, aun cuando presenten un cierto carácter estable y un reparto de funciones o tareas, no se plantean, sin embargo, con vocación de actuación o presencia permanente en su marco de actuación, o bien solo se dotan de un sencillo reparto de tareas más bien en orden a la ejecución de los actos delictivos concretos que pretenden llevar a cabo.

En la STS nº 309/2013, de 1 de abril, se decía que esta forma de entender la cuestión "encuentra apoyo en una interpretación de los términos de la ley más ajustada a sus finalidades y a la respuesta que se pretende dar a la realidad delictiva. De esta forma, cuando el Código exige en la organización un reparto de tareas entre sus miembros, " *de manera concertada y coordinada* " no se refiere solamente a la constatación de que unos miembros de la agrupación de personas desempeñen unas tareas distintas de las que otros desarrollan, sino a que lo hagan dentro de una estructura dotada de una cierta consistencia y rigidez, mantenida en el tiempo, tanto en la jerarquía como en la distribución de roles, superior en todo caso a la que ordinariamente aparece en cualquier unión de personas con fines delictivos, sea encuadrable en el grupo criminal o en supuestos de mera codeincuencia.

Es igualmente coherente con las normas contenidas en la Convención de Palermo. En el Artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se

entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [*GRUPO*] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada". Pues, aunque en la definición del grupo delictivo organizado, equivalente a la organización del Código Penal, solo se refiere a la actuación concertada, cuando define el *grupo* criminal se hace referencia a que en el mismo no necesariamente " se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada ", características que serían más propias, por lo tanto, de la organización criminal.>>

Ambas figuras pertenecen a un mismo fenómeno que, excediendo del mero consorcio delincuencial, trata de reprimir actividades con relevancia penal de la criminalidad organizada y el peligro potencial que supone, encontrándose en una relación típica de progresión o de regresión en su gravedad y en la sanción respectivamente aparejada, según el punto de vista de que se parta.

Reciente jurisprudencia de esta Sala (Cfr.SSTS 644/2015; 576/2014; ó 798/16, de 25 de octubre), expone que "la *organización* y el grupo *criminal* tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la *organización criminal* requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo *criminal* puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra uno solo.

De esta forma, se reserva el concepto de *organización criminal* para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión. Y es asimismo jurisprudencia de esta Sala (Cfr. Sentencias 855/2013 y 950/2013) la que declara que para la lucha contra la delincuencia *organizada transnacional* , caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la *Organización criminal*, del Art. 570 bis y para la *pequeña* criminalidad organizada de ámbito *territorial* más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo *criminal*, del Art. 570 ter".

Y esta Sala ha precisado en SSTS como la 371/2014, de 13 de mayo, que "si en definitiva, no debe ser apreciada la existencia de una *organización criminal* en el concepto derivado de la regulación contenida en los artículos 570 bis y siguientes del Código Penal, por lo que no resulta aplicable el artículo 369 bis, sin embargo, de los datos consignados en los hechos probados se desprende la existencia de un *grupo* criminal, tal como viene definido en el artículo 570 ter del Código. Pues aunque la complejidad de la

estructura organizativa no alcance los niveles necesarios para apreciar la existencia de una organización criminal, es patente que en el caso se trata de la agrupación o unión de personas con la finalidad de cometer concertadamente delitos (tráfico de drogas), con estabilidad temporal o por tiempo indefinido, por lo que deberán ser condenados como autores no solo de un delito contra la salud pública, sino también por un delito de pertenencia a grupo criminal".

2.1. *Conspiracy.*

Igualmente debemos destacar que en España se ha optado por notipificar las conductas previstas en el apartado b) del art. 2 DM 2008/841/JAI, conductas que entran dentro del marco de la denominada *conspiracy*.

La conspiración en el ordenamiento jurídico español es un acto preparatorio punibleregulado en el art. 17.1 CP ("La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan par la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo) que tan solo se castiga en aquellos casos especialmente previstos en la ley (art. 17.3 CP) , y en el caso de las organizaciones y grupos criminales no está previsto su castigo, a diferencia de lo que ocurre en los casos de organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (art. 579 bis CP).

El régimen de las organizaciones y grupos criminales y de la conspiración son distintos: mientras que la conspiración queda absorbida por la comisión posterior del hecho delictivo no siendo posible castigar separadamente la conspiración y el delito finalmente realizado; el delito de organización criminal es un delito autónomo respecto de los hechos que eventualmente se cometan de manera que podrá castigar separadamente bien a través del concurso real de delitos o bien apreciando el subtipo agravado correspondiente según los casos (art. 570 quáter CP, vid. infra el apartado sobre concursos).

Como aclara la FGE la conspiración "es un comportamiento aislado y determinado en el tiempo, una unión de personas que se agota en la comisión de un único y concreto delito, mientras que la organización criminal requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites d ela concerta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales, así como la existencia de una coordinación entre sus miembros adecuada a la actividad criminal planificada que aporta un plus de eficacia en su ejecución" (CFGE 2/2011, p. 13).

Además de la pena de prisión, en el art. 570 quáter 2 CP se prevé la imposición de una pena de inhabilitación especial de todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente (art. 570 quáter 2 CP).

- Circunstancias especiales.
- Circunstancias atenuantes.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Aun cuando en el art. 4 DM 2008/841/JAI establece que concurriendo las circunstancias especiales en él enumeradas los legisladores de los Estados miembros pueden adoptar las medidas necesarias incluso para renunciar a las sanciones del art. 3 de la citada DM, lo cierto es que en el Código Penal español tan sólo se permite atenuar la pena en uno o dos grados en los casos previstos en el apartado 4 del art. 570 que exige que haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o agentes.

Debe tenerse presente que hay una serie de normas especiales de cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas a quien haya sido condenado por un delito cometido en el seno de una organización criminal, se tiene en cuenta la colaboración con las autoridades. Así, en virtud de lo dispuesto en el art. 36.2.b) CP se prevé que en estos casos la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma⁷, previéndose en el art. 72 seis de la Ley Orgánica General Penitenciaria que “la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

No obstante, en el CP español no se prevé la posibilidad de atenuar o incluso prescindir de la pena cuando el sujeto haya proporcionado a las autoridades información que éstas no podrían haber obtenido de otra manera y les ayude a privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas en la línea prevista en el art. 4. b) iv DM 2008/841/JAI.

En relación con la figura del “pentiti” o arrepentido, recientemente la Audiencia Nacional (SAN 17/2016, de 11 de mayo) en un caso de blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas, ha afirmado “El Tribunal Constitucional sigue en esta materia la misma doctrina del TEDH que pone de relieve la problemática probatoria de la

⁷ Este período de seguridad también debe cumplir en los casos de los condenados por per.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

declaración del coimputado en relación con la figura del "pentiti" o arrepentido propia del derecho procesal italiano pero incorporada a otros ordenamientos para la lucha contra la criminalidad organizada, señalando "que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales....". Por eso el Tribunal exige que las declaraciones de arrepentidos sean corroboradas por otros medios de prueba (STEDH, Labita vs. Italia, 6 abril de 2000). Resolución esta directamente aplicable al caso de autos, en el que se trata de las declaraciones testificales de unos testigos – arrepentidos, que han sido condenados a su vez por las autoridades judiciales italianas por pertenencia a asociación mafiosa, o que se encuentran incluso pendientes en la actualidad de otras causas penales...

En definitiva, además de la prudencia que nuestra jurisprudencia exige para valorar las declaraciones de este tipo peculiar de testigos, a ello se une el contenido en exceso genérico de las mismas, lleno de imprecisiones, facilitando datos que conocen a través de terceras personas, por lo estaríamos ante meros testigos de referencia, por lo que a los hechos objeto de enjuiciamiento se refiere".

- Circunstancias agravantes.

Aun cuando en la DM 2008/841/JAI no se exige a los Estados miembros que prevean circunstancias agravantes, el legislador español ha contemplado en el caso de las organizaciones criminales y los grupos criminales en el Código Penal español se han contemplado una serie de agravaciones específicas en función de las características de la organización y del tipo de delito que tienen por objeto.

- Características de la organización.

Las agravaciones específicas en función de las características son las mismas tanto para las organizaciones como grupos criminales y tienen las mismas consecuencias penológicas: se obliga al Juez a imponer la pena en su mitad superior si concurre una de ellas, debiendo imponer la pena superior en grado en el caso de que concurren dos o más de estas circunstancias. Las agravaciones son tres:

- Esté formado por un elevado número de personas (art. 570 bis 2 letra a CP/ art. 570 ter 2 letra a CP). El fundamento radica en la mayor peligrosidad de l'organización, tanto por su mayor estabilidad temporal como por la fungibilidad de los miembros que pueden actuar. Aun cuando no se ha desarrollado aún jurisprudencialmente el número de integrantes que daría lugar a la pareciación de esta circunstancia agravante, debe comportar un incremento de gravedad (CFGE 2/2011, p. 18).
- Disponga de armas o instrumentos peligrosos (art. 570 bis 2 letra a CPy art. 570 ter 2 letra b CP). El fundamento de esta agravante radica en el peligro que para la vida o la integridad física de las personas implica la utilización de armas o



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

instrumentos peligrosos en la comisión de los delitos planificados por la organización. Al no existir una definición legal de armas en el CP hay que acudir al Reglamento de Armas (RD 137/1993, de 29 de enero) en el que se incluye un catálogo y una clasificación de las mismas, que debe ser interpretada conforme a la STC 24/2004. Los “instrumentos peligrosos” se refiere a objetos que impliquen un peligro para la vida o integridad física de las personas. No debe confundirse la posesión de armas o instrumentos por parte de algunos integrantes de la organización con la adquisición y/o puesta a disposición de tales medios por parte de la organización y sus facilitación a sus miembros, fundamento de la agravante (CFGE 2/2011, pp. 18 y 19).

– Disponga de medios avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables (art. 570 bis 2 letra c y 570 ter 2 letra c CP). Es preciso demostrar que estos medios incrementan el desvalor de incurso de modo que su empleo facilite la ejecución de los delitos o la impunidad de sus responsables, sin que baste con probar la disponibilidad de los mismos.

- Naturaleza y gravedad de los delitos

Para las organizaciones criminales también se contempla una agravante específica en función del tipo de delitos que tienen por objeto (art. 570 bis 3 CP) para los casos en los que los delitos cometidos sean contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de personas, obligando al Juez a imponer la pena correspondiente en su mitad superior.

Cuando se trata de grupos criminales cuya finalidad sea la comisión de los delitos que acabamos de reproducir mencionados en el apartado 3 del art. 570 bis CP las penas a imponer para quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán la pena de prisión de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la pena de prisión de uno a tres años si se trata de delitos menos graves (art. 570 ter 1 a) CP).

El Ministerio Fiscal solicita la aplicación de la modalidad agravada prevista en el art. 570 bis 3 CP en aquellos casos en los que se constate que la finalidad primordial de la organización criminal es esa y que la actuación delictiva concreta por la que se puede aplicar la agravación no se ha cometido de forma ocasional o esporádica (CFGE 2/2011, p. 44).

Por lo que respecta a los delitos contra la vida y en particular el delito de asesinato debe tenerse presente que uno de los casos en los que se puede acordar la nueva pena de prisión permanente revisable, afecta a la delincuencia organizada en la medida en que en el art. 140.1.c) se obliga al Juez o Tribunal a imponer la esta pena cuando se trate de un delito de asesinato (art. 139 CP), cuando éste se hubiese “hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal”. Nótese que no se exige que se haya

cometido en el marco de una organización o grupo criminal, sino por quien pertenezca a alguno de ellos.

3. Problemas concursales.

La tipificación autónoma de las organizaciones y grupos criminales ha traído consigo una serie de problemas concursales con otras figuras, problemas de los que es plenamente consciente el legislador. Prueba de ello es que en el art. 570 quáter 2 in fine CP se resuelven algunos de estos problemas en los siguientes términos: “En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8 CP”. Es decir, se resuelve con la aplicación del conocido como criterio de la alternatividad previsto en el art. 8.4ª CP en virtud del cual “el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”. Pasemos a ver algunos de los problemas concursales que se plantean.

- Relación concursal con el delito de asociación ilícita (art. 515 CP):

En el art. 515 CP se siguen considerando punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración “1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

3.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad”.

La coexistencia del delito de asociación ilícita y del delito de organización criminal plantea un conflicto de normas cuando los hechos puedan ser calificados como un delito de asociación ilícita cuyo objetivo sea cometer delitos del art. 515.1 CP y como un delito del art. 570 bis CP, al coincidir los elementos que configuran ambos tipos penales. Y ello a pesar de que en el Preámbulo el legislador afirmó que “Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad”.

Este problema no se presenta en relación con el grupo criminal del art. 570 ter CP puesto que la jurisprudencia ha venido entendiendo que para poder apreciar el delito de asociación ilícita es necesaria constatar la existencia de una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; consistencia o permanencia en el

sentido en que el acuerdo asociativo debe ser duradero y no puramente transitorio y el fin de la asociación deber ser la comisión de delitos (CFGE 2/2011, p. 27), por lo que si no se dan algunos de estos elementos sí se podría apreciar el art. 570 ter CP.

La aplicación de la regla prevista en el art. 8.4ªCP lleva a castigar los ellos conforme al art. 570 bis CP al ser el precepto penal más grave si tenemos en cuenta no solo las penas privativas de libertad sino también la pena de inhabilitación especial prevista en el art. 570 quáter 2 CP.

En la Sentencia 17/2016, de 11 de mayo⁸, la Audiencia Nacional se pronunció sobre la concurrencia del subtipo agravado de organización delictiva (art. 302 CP) y la asociación delictiva (art. 515 CP) en los siguientes términos:

“Como antes mencionábamos, el Ministerio Fiscal formulaba asimismo acusación por este subtipo agravado de pertenencia a organización, a la vez que acusaba por un delito de asociación ilícita (art. 515 y ss CP). Para acudir a la aplicación de este tipo agravado, que absorbería la asociación delictiva, habría que acudir al actual concepto de organización criminal del artículo 570 bis que exige la agrupación de dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos. En puridad existe un concurso de leyes que debe resolverse acudiendo a la regla 4ª del artículo 8 (art. 570 quáter) el precepto penal más grave excluirá el que castiga el hecho con pena menor. En el caso de autos, la prohibición del "non bis in idem" impediría aplicar el subtipo agravado del artículo 302 y la asociación ilícita. Sin embargo, si hubiere sido aplicable aquel subtipo agravado, si se hubiera acreditado la existencia de tal, que como indica la STS 28 de enero de 2010, en relación al blanqueo de capitales es que "el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito. Entonces la organización lleva consigo por su propia naturaleza, una distribución de cometidos o tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización (SSTS 57/2003, de 27 de enero, y 1419/2003, de 31 de octubre). El concepto de organización supone por consiguiente, la concertación de esfuerzos para conseguir un fin delictivo, que por sus características necesita de un tejido estructural que haga imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida

⁸ El clan de origen mafioso "Nuvoletta", encuadrado dentro de la agrupación mafiosa denominada "Camorra" tenía como territorio de actuación principal en Italia las inmediaciones de la ciudad de Nápoles, más concretamente en la localidad de Marano di Napoli y alrededores. No obstante, la desaparición de los miembros originarios del grupo, su estructura continuaba estando operativa y en funcionamiento. Dentro de su actividad habrían enviado desde hace varios años al territorio nacional a algunos de sus miembros a los efectos de gestionar los intereses personales y económicos de la organización criminal en España. El Clan "Nuvoletta" estuvo históricamente aliado con grupos similares, como el Clan "Polverino" liderado por el ahora acusado Manuel Melchor desarrollando actividades criminales de distinto signo: tráfico de estupefacientes (especialmente hachís, introducido en España procedente de Marruecos, y trasladado posteriormente a Italia), estafas, extorsiones en el mundo de la construcción, en los negocios de aprovisionamiento o abastecimiento de organismos públicos, control de operaciones hoteleras, además de los conocidos ajustes de cuentas y disputas con otros grupos o clanes rivales. Dicho clan, como suele ser habitual en este tipo de organizaciones de naturaleza mafiosa, contaba con una alta capacidad de infiltración en todos los ámbitos de la administración pública italiana, como así lo acreditan las sentencias dictadas en dicho país, al mismo tiempo que mantenía una gran capacidad de expansión internacional.

entre varias personas (SSTS de 2 de febrero de 2005 y 483/2007, de 4 de julio). No es precisola adopción de ninguna forma constitutiva de o formalismo, resultando indiferente el número de personas que laintegre". Nada de esto ha sucedido en el caso de autos, en que han ido desapareciendo los sujetos acusados, a veces de manera forzada, por sus ingresos en prisión, y no se ha producido una sucesión ordenada ni jerarquizada de la misma, siendo así que la mayor parte de los acusados ni se conocían entre sí, y otros mantenían unas meras relaciones comerciales fundamentalmente relacionadas con la compraventa y alquiler de inmuebles, no existiendo un nexo común entre ellos, y menos aún un plan preconcebido para el fin delictivo.

La STS 156/2011, de 21 de marzo, textualmente dice: "Es evidente que la doble condena que se solicita por el Ministerio Fiscal de aplicación del subtipo agravado de organización en el delito de blanqueo, y, además, de forma independiente y autónoma, la autoría por el delito de asociación ilícita, constituye a no dudar, en una violación del "ne bis in idem", porque una misma situación: la organización criminal, se está valorando dos veces consecutivas para dar lugar a una forma agravada del delito de blanqueo, y además a un delito de asociación ilícita.... En este control casacional, estimamos que desde la imposibilidad de aplicar sucesivamente el subtipo de organización, e independientemente el de asociación ilícita, estimamos que lo que se ha cometido en territorio español, a no dudar, es un delito de blanqueo cometido por una organización dedicada a ello (SSTS 997/2012, de 5 de diciembre, y de 26 de marzo de 2013)".

Respecto del resto de asociaciones ilícitas contempladas en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 515 CP éstas presentan características diferentes a las que configuran el tipo de organización criminal del art. 570 bis CP, debiendo en cada caso concreto procederse a valorarlas circunstancias concurrentes en orden a apreciar la existencia de los elementos de la asociación ilícita (arts. 515 en relación con el art. 517 CP) o de la organización criminal (art. 570 bis CP) según el caso (CFGE 2/2011, p. 28).

- Concurso entre los arts. 570 bis CP y los delitos en los que se prevén agravantes por pertenencia a organización, asociación o grupo criminal de la parte especial del CP:

En relación con determinados tipos delictivos cometidos habitualmente por grupos más o menos organizados, el legislador penal español ha previsto subtipos agravados para los casos en los que el sujeto activo pertenezca a una asociación, organización, grupo criminal o agrupación transitoria para delinquir, lo cual origina problemas concursales. Además, debe tenerse presente que no en todos los casos se castiga la pertenencia a grupo criminal por lo que la variedad de situaciones es patente.

En concreto, actualmente en el CP se prevé un subtipo agravado en relación con los siguientes delitos: trata de seres humanos (art. 177 bis 6 CP), delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años (art. 183. 4.f); prostitución y explotación sexual de menores (art. 187.2.b) y art. 188.3.f) CP), delitos de corrupción de menores (art. 189.2.f) CP); delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quáter CP); delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (art. 235. 9º CP, miembros de una organización o grupo criminal que se dedique a la comisión de los delitos comprendidos

en el título contra el patrimonio y el orden socioeconómico siempre que sean de la misma naturaleza); delitos contra la propiedad intelectual e industrial (art. 271 c) y art. 276 c) CP); corrupción en los negocios (art. 286 quáter c) CP); delito de blanqueo de capitales (art. 302. 1 CP); delito de defraudación a la Hacienda Pública y a la Seguridad social (art. 305.2.a), art. 305.3 CP, 305 bis, 307 bis b) CP); delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina (art. 318 bis 3 a) CP); delitos contra la salud pública (art. 362 quater 3ª CP) y delitos de tráfico de drogas (art. 369 bis CP y 371.2 CP)⁹.

Así en el caso en el que no se prevea una agravante por la pertenencia a un grupo criminal, se podrá apreciar un concurso real entre el tipo básico del delito cometido y el artículo 570 ter CP.

En aquellos otros casos en los que se prevé un subtipo agravado por la pertenencia o dirección u organización o grupo criminal tiene lugar un concurso de normas con los artículos 570 bis y 570 ter CP a resolver conforme a la regla 4ª del art. 8.4ª CP (art. 570 quáter 2 in fine) , excluyendo el precepto penal más grave los que castiguen el hecho con pena menor, ya que si se optase por un concurso real de delitos se vulneraría el principio *ne bis in idem* (CFGE 2/2011, p. 32).

- Concursos entre los arts. 570 bis y 570 ter CP con los delitos cometidos por la organización o grupo criminal:

Cuando en la tipificación de la actividad delictiva cometidas por los grupos y organizaciones criminales no se prevea un subtipo agravado por la pertenencia a organizaciones y grupos criminales no se plantea ningún problema concursal, debiéndose apreciar un concurso real entre el delito del art. 570 bis o del art. 570 ter CP según proceda y los delitos que se hayan cometido en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas (CFGE 2/2011, p. 30).

4. Responsabilidad de las personas jurídicas.

En el art. 5 de la DM 2008/841/JAI, se prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el art. 2 de la citada DM, contemplándose en el art. 570 quáter 1 CP la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos previstos tanto en el Capítulo dedicado a las organizaciones y grupos criminales como en el siguiente, en el que se regulan las organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo¹⁰. En España, la responsabilidad penal de las

⁹ Sobre la doctrina jurisprudencial de esta relación concursal, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, *EPyCr vol. XXXIV (2014)*, pp. 512 y ss.

¹⁰ “Art. 570 quáter.1. Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los

personas jurídicas fue introducida en el CP a través de la LO 5/2010 y recientemente modificada a través de la LO 1/2015, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal (Preámbulo LO 1/2015, apartado III), condicionándose ese deber de control, de modo general, a las dimensiones de las personas jurídicas. Debe tenerse también presente que a través de la LO 1/2015 se ha extendido el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31 quinquies 2 CP)¹¹, no siendo de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de la personas jurídica al Estado, a las Administraciones públicas y territoriales y otras Organizaciones internacionales y organismos que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas (art. 31 quinquies 1 CP)¹².

La responsabilidad penal de la persona jurídica puede exigirse siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones de control, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 ter 1 CP). La responsabilidad penal de la persona jurídica no se excluye ni se modifica por las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física acusada o agraven su responsabilidad, ni por que las personas físicas hayan fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter. 2 CP).

En virtud de lo dispuesto en el art. 570 quáter 1 CP, los jueces o tribunales acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquiera otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 CP. Es decir, que los jueces y tribunales vienen obligados a acordar la disolución de la organización o grupo prevista en la letra b) del art. 33.7 CP: “Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”. El resto de penas graves para las personas jurídicas contempladas en el art. 33.7 CP son:

“7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

artículos 33.7 y 129 de este Código”.

¹¹ A las que se podrán imponer las sanciones previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33 CP, si bien esta limitación no será aplicable si el juez considera que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

¹² En línea con la definición de “persona jurídica” que se ofrece en el art. 5.4 DM 2008/841/JAI en los siguientes términos: “cualquier entidad que tenga personalidad jurídica en virtud del Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones de Derecho internacional público”.

b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*

c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*

f) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*

g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

En el art. 129.1 CP se prevé que el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente una serie de consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito en aquellos casos de delitos cometidos en el seno, colaboración o a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades que o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis. Las consecuencias accesorias que se pueden imponer corresponden en contenido con las penas previstas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP, quedando excluidas la multa proporcional y la disolución de la persona jurídica, ésta por razones obvias puesto que no nos encontramos ante personas jurídicas, pudiéndose igualmente acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita (art. 129.1 *in fine* CP).

Tanto la clausura temporal de los locales o establecimientos como la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial pueden ser acordadas como medidas cautelares por el Juez Instructor durante la instrucción de la causa (art. 129.3 CP).

Si comparamos las penas que se pueden imponer conforme al Código Penal a las personas jurídicas con las previstas en el art. 6 DM 2008/841/JAI, constatamos que todas



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

las mencionadas en éste se pueden imponer en los supuestos de organizaciones y grupos criminales:

SANCIÓN	DM 2008/841/JAI	CÓDIGO PENAL ESPAÑOL
MULTA	Art. 6.1	Art. 33.7. a)
EXCLUSIÓN DEL DISFRUTE DE VENTAJAS O AYUDAS PÚBLICAS	Art. 6.1. a)	Art. 33.7. f) Plazo no podrá exceder
PROHIBICIÓN TEMPORAL O PERMANENTE DEL DESEMPEÑO ACTIVIDADES COMERCIALES	Art. 6.1. b)	Art. 33.7. e) Si es temporal no puede exceder de 15 años
SOMETIMIENTO VIGILANCIA JUDICIAL	Art. 6.1. c)	Art. 33.7. g) No puede exceder de 15 años
MEDIDA JUDICIAL DE LIQUIDACIÓN	Art. 6.1. d)	Art. 33.7. b)
CIERRE TEMPORAL O PERMANENTE DEL ESTABLECIMIENTO QUE SE HAY UTILIZADO PARA COMETER EL DELITO	Art. 6.1. e)	Art. 33.7. d) No podrá exceder de 5 años

Aun cuando en la DM 2008/841/JAI no se prevé la aplicación de atenuantes para las personas jurídicas¹³, lo cierto es que en sintonía con las atenuantes específicas previstas en el apartado 4 del art. 570 quáter CP, en el art. 31 quáter CP se contemplan como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

¹³ En el art. 4 se limita su aplicación a las “sanciones previstas en el artículo 3”, sanciones que están destinadas a las personas físicas.



5. Competencia.

Tal y como se insta a los Estados miembros en el art. 7 letra a) DM 2008/841/JAI, España ha previsto en el apartado 3 del art. 570 quáter CP la aplicación de las disposiciones relativas a las organizaciones y grupos criminales a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero.

Además, tras la reforma de la LOPJ en 2014, a través de Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, en las letras i) y j) del apartado 4 del artículo 23 LOPJ se prevé que “Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

j) Delitos 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”.

6. Delincuencia organizada juvenil.

Con motivo de la especial preocupación que la proliferación en España de bandas juveniles sobre todo de procedencia latina (Lating King, Ñetas, “Domenicans don’t Play” “Trinitarios”, etc.), en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) se incluyeron en el año 2006 una serie de disposiciones que afectan a la delincuencia organizada juvenil.

Así, en virtud de lo dispuesto en el art. 9.2.c), en su redacción dada por la LO 8/2006, se prevé que se pueda acordar la medida de internamiento en régimen cerrado, la más grave de las sanciones imponibles a menores de edad (14-18 años) siempre que se trate de hechos tipificados como delito que “se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades”. La duración de las medidas a imponer a estos menores está contemplada en el art. 10 LORPM, dependiendo de la edad de comisión del hecho delictivo, de si es reincidente y



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

del tipo delictivo cometido. En el caso de apreciación de pluralidad de infracciones penales deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 11 y 12 LORPM.

En el art. 9.2.c) LORPM se abordan dos fenómenos distintos: a) actuación en grupo; b) pertenencia o actuación al servicio de una banda organización o asociación.

Se trata de dos fenómenos completamente diferentes que no deben entenderse equiparados en todo caso (CFGE 1/2007, p. 29). Para apreciar la actuación en grupo no se ha venido requiriendo ninguna clase de organización (CFGE 1/2007, p.30).

La conducta de los menores que pertenecen o actúan al servicio de estas bandas juveniles organizadas se encuadran actualmente en los artículos 570 bis y art. 570 ter CP, pudiéndose resumir las características de las mismas en las siguientes según la Fiscalía General del Estado (CFGE 2/2011, p. 7): a) se trata de grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de “reglas” y “leyes” propias; b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo...) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría; c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo “lo latino”; d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de 10 a 15 o más individuos, cuando se trata de delitos contra la vida o la integridad física, y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de 3 a 5 miembros en los casos de robos con violencia o amenazas.

En la Sentencia 411/2016 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 4ª), de 1 de diciembre, encontramos el siguiente pronunciamiento sobre las características de las “maras” y su consideración como organización criminal así como las medidas a imponer en estos casos:

“...el Tribunal supremo, ha tenido ocasión de establecer después en la Sentencia núm. 337/2014 de 16 abril:

“Las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal tipificado por el legislador en la LO 5/2010, de 22 de junio, son las siguientes:

a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.

b) La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

En cambio no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio,

d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una 'voluntad colectiva', superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS 745/2008, de 25 de 12 noviembre , 41/2009, de 20 de enero , 239/2012, 23 de marzo y 309/2013, de 1 de abril).[...] Así, el fenómeno, verdaderamente preocupante, de las 'maras' y su implantación más allá de sus países de origen, es referido en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011 que, citando entre otras organizaciones expresamente a Los Trinitarios, señala: '*En esta materia merece también especial atención el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas ('Latin King', 'Ñetas', 'Dominicans don't Play', 'Forty Two', 'Trinitarios', 'Bling bling'...) cuya estructura y actuación se encuadra en parámetros muy característicos .*'"

En el mismo sentido la STS núm. 824/2016 de 3 noviembre. Por todo lo cual los hechos probados son incardinables en el art. 570 bis, en los apartados 1.2 a), b) y 3 del citado precepto del Código Penal pues los menores expedientados forman parte de la banda latina Dominicans Don't Play, la cual tiene como fin la comisión de delitos graves y que está formada por un elevado número de personas, disponiendo de armas e instrumentos peligrosos.

En cuanto a las medidas impuestas la estimación del recurso por parte del Ministerio Fiscal conlleva la revisión de las mismas, partiendo de los criterios que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece al respecto, especialmente en sus artículos 7 , 9 y 10 . En este sentido, debe recordarse que la imposición de las medidas previstas en dicha Ley no está sujeta a los criterios recogidos en el artículo 66 del Código Penal , sino a criterios distintos y alejados de consideraciones meramente penológicas, según resulta de lo dispuesto en los artículos 5.2 ., 7.3 ., 8 y 9 de la referida Ley Orgánica, de tal manera que rige un criterio de flexibilidad en la elección de la medida adecuada y de su duración, estando presidida dicha elección por los parámetros señalados en el citado artículo 7.3., entre los que se erigen como fundamentales la personalidad y el interés del menor, con especial atención a los informes de los Equipos Técnicos".

En la citada Sentencia 824/2016, de 3 de noviembre, el Tribunal Supremo en relación con la banda latina Dominicans Don't Play, había manifestado:

"1. La nueva regulación del CP tras las reformas operadas por la LO 5/2010 y por la LO 1/2015, contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal. "El art. 570 bis define a la organización criminal como: "...la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos". Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como "...la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas

de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos". Por lo tanto, ambas figuras precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y, además, que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos. La jurisprudencia posterior a la reforma se ha preocupado de la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal en varias sentencias. Entre ellas, las STS nº 309/2013, de 1 de abril; STS nº 855/2013, de 11 de noviembre; STS 950/2013, de 5 de diciembre; y STS nº 1035/2013, de 9 de enero de 2014. Se ha referido en ocasiones a la complejidad de la estructura organizativa, para señalar que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta. Lo cual permitía excluir de ese concepto y apreciar la existencia de un grupo criminal, cuando agrupaciones de más de dos personas, aun cuando presenten un cierto carácter estable y un reparto de funciones o tareas, no se plantean, sin embargo, con vocación de actuación o presencia permanente en su marco de actuación, o bien solo se dotan de un sencillo reparto de tareas más bien en orden a la ejecución de los actos delictivos concretos que pretenden llevar a cabo. En la STS nº 309/2013, de 1 de abril, se decía que esta forma de entender la cuestión "encuentra apoyo en una interpretación de los términos de la ley más ajustada a sus finalidades y a la respuesta que se pretende dar a la realidad delictiva. De esta forma, cuando el Código exige en la organización un reparto de tareas entre sus miembros, "de manera concertada y coordinada " no se refiere solamente a la constatación de que unos miembros de la agrupación de personas desempeñen unas tareas distintas de las que otros desarrollan, sino a que lo hagan dentro de una estructura dotada de una cierta consistencia y rigidez, mantenida en el tiempo, tanto en la jerarquía como en la distribución de roles, superior en todo caso a la que ordinariamente aparece en cualquier unión de personas con fines delictivos, sea encuadrable en el grupo criminal o en supuestos de mera codelincuencia. Es igualmente coherente con las normas contenidas en la Convención de Palermo. En el Artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada. Pues, aunque en la definición del grupo delictivo organizado, equivalente a la organización del Código Penal, solo se refiere a la actuación concertada, cuando define el grupo criminal se hace referencia a que en el



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

mismo no necesariamente " se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada", características que serían más propias, por lo tanto, de la organización criminal. 2. También en alguna sentencia se ha hecho referencia a la transnacionalidad, pero no como un requisito de la organización, pues no aparece en la definición legal, sino como un dato de la realidad tomado en cuenta por el legislador al plantearse la tipificación de estas conductas. Así, en las STS nº 855/2013 y 950/2013, se señalaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles" 1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis. 2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter ". 3. En los hechos probados, de los que necesariamente se ha de partir, se recoge, entre otros elementos fácticos, que el recurrente, junto con otros, integraba la banda Los Menores, que se constituye en los años 2006 a 2008, cuyo territorio de acción se desarrollaba sobre todo en la ciudad de L'Hospitalet de Llobregat; que desde el principio, cuenta con una fuerte estructura organizativa, basada en un férreo principio de jerarquía, con cargos y funciones perfectamente delimitados, con normas internas de estricto cumplimiento y previsión de sanciones para el caso de que no se cumpliera con las estipulaciones pactadas (sic). Además de esta descripción genérica, se precisa en los hechos probados que los integrantes se distribuían en Bloques, cuya finalidad era fundamentalmente evitar que por bandas rivales se ocupara el territorio dejado vacante por los Black Panthers tras su desarticulación; que en esa estructura jerarquizada, Roberto Obdulio ocupaba el cargo de "jefe", también conocido con otros nombre, como "Zero" o "Rey", asumiendo además otros cargos cuando no los ocupaba otra persona; que el mencionado se encargaba, entre otros cometidos, de planificar y ordenar las denominadas "caídas" o agresiones a bandas rivales; que el segundo cargo jerárquico de la banda, que en su caso sustituía al anterior, se conocía como "La Uno", y era ocupado por el acusado Rodolfo Urbano ; que existía también el cargo de "Disciplina", ocupado por el también coacusado Amadeo Clemente , que tenía como función principal la de ejecutar, bajo la aprobación del Jefe, los castigos a imponer a los miembros de la banda sancionados; que se establecía como obligaciones generales la de acudir a las reuniones de la banda, pagar una cuota en cada reunión y participar en las agresiones que se planificaban, estando previstas varias clases de castigos físicos según cada infracción, que se describen en el relato fáctico, en el que se hace referencia a ocasiones concretas en las que tales castigos físicos fueron aplicados. La fecha de constitución de la banda, las actividades de la misma que se describen en los hechos probados y que tienen lugar desde setiembre de 2013 hasta finales de mayo de 2014, así como la amplia zona de influencia y la finalidad de impedir a otras bandas ocupar un determinado territorio, son aspectos que ponen de relieve su voluntad de permanencia y su presencia efectiva por tiempo indefinido. Y en cuanto a su organización, de lo dicho más arriba se desprende que no se trata de un mero y sencillo reparto de tareas ante una concreta acción delictiva que se pretende llevar a



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

cabo, sino de un esquema organizativo caracterizado por una mayor complejidad que se mantiene a lo largo del tiempo”.

7. Decomiso. Incorporación Directiva 2014/42/UE al derecho español.

Las normas mínimas de la Directiva 2014/42/UE han sido incorporadas al derecho español a través de diversos instrumentos jurídicos. La incorporación de esta Directiva 2014/42/UE, o mejor dicho de la Propuesta de Directiva pues el legislador español se ha basado en el texto presentado por la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en el año 2012 más que en la propia Directiva y prueba de ello es la regulación del decomiso de bienes de terceros contemplado en el art. 127 quáter CP¹⁴, ha dado lugar a cambios no solo en el ámbito penal sino también en el procesal.

La incorporación se ha materializado a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y, por último, a través Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. En este último, se afirma que lo que se pretende a través de las disposiciones incorporadas al derecho español a las que hemos aludido, es “darle a la investigación patrimonial y al decomiso el protagonismo que merecen en la lucha contra la vertiente económica de la delincuencia grave desarrollada por organizaciones y entramados criminales, logrando así su estrangulamiento financiero” (Preámbulo II).

- Código Penal:

Lo primero que debemos destacar es el cambio de denominación que ha sufrido esta consecuencia accesoria. A partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, la denominación de esta sanción es “decomiso” y no “comiso”,

Como se afirma en el apartado VIII del Preámbulo de la LO 1/2015, “La regulación del decomiso es objeto de una ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos”.

¹⁴ O mejor dicho de la Propuesta de Directiva pues el legislador español se ha basado en el texto presentado por la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en el año 2012 más que en la propia Directiva y prueba de ello es la regulación del decomiso de bienes de terceros contemplado en el art. 127 quáter CP. Sobre el contenido de esta Propuesta de Directiva, vid. AGUADO CORREA, T., “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, *Indret* 1/2014. Sobre la Directiva, vid. AGUADO CORREA, T., “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino”, *RGDE* 35 (2015), p. 3.

Esta ambiciosa reforma de la regulación del decomiso, considera la Directiva 2014/42/UE como unas normas mínimas insuficientes para “facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos”. La reforma del CP en esta materia está presidida por el principio “más vale que sobre que falte”. Y es que las normas sobre embargo y decomiso contempladas en la Directiva 2014/42/UE tienen un ámbito de aplicación limitado a nueve de los eurodelitos contemplados en el art. 83.1.1º TFUE, limitación del ámbito de aplicación motivada por el principio de proporcionalidad que ha sido ignorada por el legislador español en la LO 1/2015, habiendo elevado a régimen general aplicable a casi cualquier tipo de infracción, el régimen especial previsto en la Directiva 2014/42/UE para infracciones penales que son “especial gravedad” (art. 83.1.1º TFUE)¹⁵.

Tras la reforma del CP a través de la LO 1/2015 la regulación del decomiso¹⁶ y, parte de la del embargo, se contempla en los arts. 127 a 127 octies del CP afectando las novedades, especialmente, a tres de las modalidades del decomiso: el decomiso ampliado (arts. 127 bis, 127 quinquies y 127 sexies CP), el decomiso sin sentencia (art. 127 ter CP) y al decomiso de bienes de terceros (arts. 127 quáter CP).

¹⁵ Sobre la regulación del decomiso y el embargo en los arts. 127 a 127 octies vid. Aguado-Correa, “Comentarios a los artículos 127 a 128 CP” en *Comentarios Prácticos al Código Penal, Tomo I*, Pamplona, 2015, Thomson – Aranzadi, pp. 1001 a 1052.

¹⁶ Anteriormente la regulación general del comiso se contemplaba en un único artículo, el art. 127 CP en los siguientes términos: “1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

La reforma también puso fin al doble régimen de decomiso que existía hasta ahora según se tratase de delitos contra la salud pública o de otros delitos de naturaleza distinta.

El art. 128 CP, dedicado al principio de proporcionalidad en relación con los efectos e instrumentos no ha sido modificado en su contenido aunque sí en cuanto a su carácter, pues ha pasado a tener carácter de ley ordinaria, como el resto de preceptos dedicados a la regulación del decomiso, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final 7ª LO 1/2015¹⁷.

Art. 127 CP: decomiso penal o decomiso basado en condena.

“Artículo 127.

1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

Se regula el denominado “decomiso penal”, “decomiso basado en condena” o “decomiso directo” en los tres apartados de los que consta el mismo: decomiso basado en condena en delitos dolosos (apartado 1); decomiso basado en condena en delitos imprudentes (apartado 2); y, finalmente, decomiso de bienes por valor equivalente (apartado 3).

Artículo 127.1 CP: decomiso directo en delitos dolosos.

En el primero de ellos se regula el comiso como consecuencia accesoria de toda pena impuesta por un delito doloso, siendo los cambios en él previstos consecuencia tanto de la supresión de las faltas como de la nueva regulación del comiso sobre bienes de terceros contemplada en el art. 127 quater CP, no variando el círculo de objetos decomisables.

Una de las cuestiones más controvertidas del decomiso es la de su naturaleza, habiéndose adoptado en el seno de la doctrina todas las posturas que nos podamos

¹⁷ “Artículo 128. Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”.

imaginar, si bien se está consolidando como mayoritaria la postura de aquellos que hemos defendido que nos encontramos ante una nueva clase de sanciones de naturaleza penal (Aguado Correa, 2000, 36), frente a quienes han sostenido que son medidas de naturaleza civil (Gracia Martín, 2004, 505). De esta discusión doctrinal se ha hecho eco el TS, " (cfr. por todas, SSTs 877/2014 de 22 de diciembre (RJ 6661); 338/2015 de 2 de junio (RJ 161219)), en los siguientes términos: "solo recordar que respecto a la naturaleza y alcance del comiso en SSTs. 16/2009 de 21.1, 600/2012 de 12.7, 974/2012 de 5.12 decíamos que el CP 1995 considera el comiso como una "consecuencia accesorio" al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP. suizo o CP. alemán) de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de *consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias*.

No obstante, no podemos pasar por alto que hay Sentencias en las que el Tribunal Supremo, en supuestos de comiso en el ámbito de tráfico de drogas tras la reforma sufrida por el art. 374 CP a través de la LO 15/2003 y antes de la reforma a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se refieren al comiso como la «pena de comiso». Entre éstas nos encontramos con la Sentencia 18-6-2009 (RJ 2009\328275) o con la Sentencia 552/2008 de 26 septiembre (RJ 4395). También la AN en su Sentencia de 6/2015 de 6 de febrero (RJ 131887) se hace eco de este hecho, aun cuando de forma errónea al citar la STS 877/2014 de 22 de diciembre a la que acabamos de referirnos supra, en la que en realidad no se considera al comiso como "pena accesorio" como afirma la AN ("La muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo 877/2014 de 22 de diciembre, con cita de jurisprudencia anterior, precisa la naturaleza del comiso como pena accesorio..."), sino como una "consecuencia accesorio". En el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se afirma por el contrario que "el decomiso no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva" (Preámbulo apartado VIII).

El TS viene considerando que el comiso guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición (Cfr SSTs 442/2013 de 23 de mayo; 877/2014 de 22 de diciembre; 157/2014 de 5 de marzo; 338/2015 de 2 de junio, implicando esta naturaleza jurídica que tal medida ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras (SSTs. 30.5.97, 17.3.2003), de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral, que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada (SSTs. 28.12.2000, 3.6.2002, 6.9.2002).

Se ha exigido por parte del Tribunal Supremo, una previa declaración judicial de la que resulte la relación de los efectos, medios, bienes, instrumentos o ganancias, con el delito que motiva la condena (STSS 912/2006 de 29 septiembre; 77/2007 de 7 febrero, si bien no hace falta una motivación expresa pudiendo suplirse en parte ésta por las declaraciones contenidas en los hechos probados y de la valoración de la prueba (Sentencia 154/2008 de 8 abril).

En la STS 338/2015 de 2 de junio, se afirma "Ciertamente el deber de fundamentación de la sentencia abarca e incluye necesariamente el comiso en cuanto



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

que éste es una consecuencia del delito. Por ello, junto con la afirmación de la procedencia delictiva de los efectos del delito, debe razonar la decisión y alcance del mismo (STS. 998/2002 de 3.6). La efectividad del comiso exige que en el juicio histórico, bien de forma explícita, bien de forma indirecta, se expresen con claridad los hechos que permiten respaldar la conclusión de que lo aprehendido ha de reputarse ganancia a la actividad desplegada (STS. 831/2007 de 5.10).

En la STS 41/2017 de 31 de enero se concreta ese deber de motivación exigiéndose que Por ello, a diferencia de las penas que tienen un carácter personalísimo y solo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal, arts. 127 y 374 CP ., sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias o de su utilización para fines criminales, por lo que en principio, aun habiendo sido absuelto una persona o perteneciendo el bien a un tercero, podría acordarse el comiso del dinero intervenido, desvirtuando la presunción de buena fe de los arts. 433 y 434 C. Civil y acreditando que era un tercero aparente o limitado para encubrir su origen ilícito. Ciertamente que el art. 127 CP, impone, como consecuencia accesoria del delito, la pérdida de los efectos que de ellos provengan, pero para ello resultará imprescindible la correspondiente declaración judicial que en tal sentido debe efectuarse en el relato de hechos probados, acordándose en el fallo el destino legal.

Ciertamente, el deber de motivación de la decisión judicial incluye: a) la calificación jurídica y grado de desarrollo, b) la participación y circunstancias consecuentes de los intervinientes, c) la extensión de la pena impuesta, d) la responsabilidad civil, en su caso y e) las consecuencias accesorias y costas.

En concreto, en relación a la exigencia de motivar el comiso, se pueden citar las SSTs 1998/2000 de 28 de diciembre, 694/2002 de 15 de abril, 998/2002 de 3 de junio, 1463/2002 de 6 de septiembre, 1679/2003 de 10 de diciembre , 423/20003 de 17 de marzo, 360/2003 de 12 de marzo y 488/2005 de 18 de abril. La falta de motivación justifica que se alce el mismo.

La jurisprudencia (Cfr. STS 20-9-2005, nº 1040/2005) exige una relación directa con la actividad ilícita enjuiciada (STS 31/2003, de 16 de enero), de modo que si no se determina claramente en la sentencia, falta un requisito imprescindible para la aplicación de los artículos 127 y 374 citados por el recurrente, la afirmación expresa de que el dinero ocupado eran ganancias procedentes de la venta de drogas (STS 1528/2002, de 20 de septiembre), pues, en todo caso, debe constar la procedencia del delito y no pertenencia a un tercero, como condiciones para acordarse el decomiso (STS 235/2001, de 20 de febrero).

Además, para acordar el comiso de un bien es necesario que su titular o su representación legal, estén presentes y comparezcan con el objeto de defender la desconexión del bien con el hecho ilícito (STS 6-2-2008 [R] 2008\1411]). Por lo que respecta a los terceros, aun cuando nos ocuparemos con mayor detenimiento de esta cuestión cuando nos ocupemos del art. 127 quater CP, adelantaremos que “lo esencial es que se haya garantizado su intervención como parte en el proceso o la posibilidad de haberlo sido. Lo importante es que el órgano jurisdiccional concediera a aquellos en cuantos titulares de los bienes objeto del decomiso la oportunidad de contradecir y

defenderse para evitar situaciones de indefensión y resoluciones dictadas “inaudita parte” (Sentencia AN 6/2015 de 6 de febrero (RJ 131887)).

No obstante, el problema puede surgir a la hora de determinar la exacta definición del alcance del decomiso partiendo de que la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito. Las dudas interpretativas se han concentrado fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado art. 127 CP: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito (Por todas vid. SSTs 877/2014 de 22 de diciembre; 338/2015 de 2 de junio, FD cuadragésimo tercero). Recientemente, en la STS 41/2017, de 31 de enero, se manifiesta en los siguientes términos: “...el problema puede surgir a la hora de determinar su exacta definición, partiendo de que la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito. Las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado art. 127: *los efectos* que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito. Por efectos se entiende, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.). Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el art. 344 bis e) del CP. de 1973, en la redacción dada por LO. 8/92 y el art. 374 CP. de 1995, incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito.

Por último, tanto el art. 127 como el art. 374, incluyen dentro del objeto del comiso *las ganancias* provenientes del delito, cualquiera que sean *las transformaciones* que hayan podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito. Sobre las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, la Sala Segunda en Pleno de 5.10.98, acordó extender el comiso “siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio”.

Para proceder al comiso de las ganancias en virtud del art. 127.1 CP, se debe demostrar que proceden precisamente de la comisión del delito de que se trata «lo cual habrá de hacerse descansar en la existencia de prueba y en una valoración racional de la misma, aunque con carácter general será suficiente que conste la inexistencia de otros medios de vida o de otros ingresos lícitos por parte del acusado que pueda explicar la procedencia del dinero» (STS 1574/2005 de 15 diciembre [RJ 1694]), debiendo respetar la valoración de la prueba sobre su procedencia, el «canon de racionalidad

constitucionalmente exigible en la materia». Así, el TS ha considerado vulnerado el derecho del acusado a la presunción de inocencia, en lo que se refiere al decomiso del dinero que figuraba en los saldos de las cuentas bancarias del acusado, por cuanto la valoración de la prueba sobre su procedencia «no respeta el canon de racionalidad constitucionalmente exigible en la materia, cosa que, sin embargo, no puede decirse respecto del dinero intervenido en metálico, pues dado el lugar donde fue hallado (el almacén del pub) y la forma en que estaba distribuido, la inferencia sobre su procedencia no puede calificarse de absurda ni de arbitraria (arts. 9.3 CE y 368.1 LEC) y, por ende, debe ser respetada» (Sentencia 466/2008 de 7 julio [RJ 4190]). En el mismo sentido, en la Sentencia 6/2015 de 6 de febrero (RJ 131887) la Audiencia Nacional no acuerda el decomiso de bienes de unos condenados “al no haber quedado plenamente acreditado que todos ellos provenga de remuneraciones percibidas o ganancias derivadas de su participación en las operaciones de blanqueo de capitales..., o se trate de bienes adquiridos con el dinero de procedencia ilícita”.

Las ganancias provenientes del delito pueden ser decomisadas aunque se intenten encubrir o disimular bajo la apariencia formal de una sociedad que no sea más que una pantalla o cobertura, utilizada para tratar de eludir las consecuencias de su procedencia ilícita (STS 186/2007 de 15 febrero [RJ 2007\3846]). La AN en la citada Sentencia 6/2015 de 6 de febrero (RJ 131887), acordó el decomiso de unas sociedades que, con independencia de su titularidad formal, pertenecían realmente al responsable de un delito de blanqueo de capitales y eran depositarias de las ilícitas cantidades provenientes de Suiza o adquiridas con dichas cantidades.

En los supuestos de bienes adquiridos sólo en parte con dinero procedente de actividades ilícitas, como ha señalado la jurisprudencia, «Estos decomisos sólo podrían considerarse correctos si los bienes decomisados hubieran sido adquiridos con dinero procedente en su totalidad del delito o delitos (...) bien directamente, bien indirectamente, esto es, a través de las transformaciones que hubiera podido experimentar ese dinero ilícito como consecuencia de negocios u operaciones posteriores (decomiso subrogatorio) (...). Si (...) hay una parte de esos bienes que se adquirió con otros obtenidos lícitamente, tendría que haberse acordado que esta parte quedara excluida del comiso, debiendo limitarse este (...) a aquella otra parte adquirida con bienes procedentes del tráfico de drogas. Habría que determinar un porcentaje para determinar una y otra parte; pero tal determinación no la hace la sentencia recurrida, que acuerda el comiso de la totalidad en base a que considera que, en los flujos monetarios destinados a estos negocios u operaciones, eran muy superiores a aquellos de origen ilícito frente a los procedentes de su lícita actividad empresarial o laboral» (STS 20-3-2007, [RJ 2007\7295]). Se da cumplimiento así a lo dispuesto en la normativa internacional, para los casos en los que el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, así, entre otros, en la Convención de Viena de 1987 [art. 6.b)]; en la Convención de Palermo de 2000 (art. 12.4) o en el considerando 11 de la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril: “y el que haya sido entremezclado con otro bien adquirido legítimamente, hasta el valor estimado del producto entremezclado”.

Art. 127.2 CP: decomiso directo en delitos imprudentes

El segundo apartado de este art. 127 CP está dedicado a la regulación del comiso directo en los delitos imprudentes, sin que ésta sufra cambio alguno a través de la LO 1/2015, de 30 de noviembre. El decomiso en los delitos imprudentes fue incluido en el CP a través de la LO 5/2010, salvándose la tacha de desproporción al prever que el comiso de efectos e instrumentos se circunscribe a los delitos imprudentes en los que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año. Esta previsión permite decomisar las ganancias provenientes, entre otros delitos, del delito de blanqueo de capitales imprudentes.

Art. 127.3 CP: decomiso por valor equivalente

En el último apartado se regula el decomiso por valor equivalente o “decomiso por sustitución” (Preámbulo LO 1/2015, de 30 de marzo, apartado VIII), en cuya regulación podemos constatar los primeros cambios relevantes respecto de la contemplada hasta el 1 de julio de 2015 en el apartado 3 del art. 127 CP: a) no se exige que los bienes sobre los que recae pertenezcan a la persona criminalmente responsable; b) se incluye dentro del objeto del comiso por valor equivalente las ganancias indirectas, ya que permite decomisar “otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenidos de ellos”, es decir, las ganancias obtenidas de los bienes que por cualquier circunstancia no se han podido decomisar, previsión que hay que poner en relación con la nueva definición de producto que se contempla en el art. 2 (l) Directiva 2014/42, de 3 de abril; c) la última cláusula, que en realidad no constituye ninguna novedad, se limita a aclarar que el valor a tener en cuenta para calcular el valor económico de los mismos es el del momento de adquisición. De manera que en los casos en los que haya disminuido su valor económico desde ese momento, se deberá acordar el comiso por valor equivalente de otros bienes por una cantidad que corresponda a la diferencia que hay entre el valor económico de los bienes cuando se adquirieron y en el momento de acordar el decomiso.

La nueva regulación mantiene el carácter imperativo del mismo, al tiempo que no limita las circunstancias en las que se puede proceder a acordarlo, al permanecer inalterados los términos en los que se redacta el presupuesto de aplicación del mismo (“Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes...”). En la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2010, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal (CFGE 4/2010, 23) se enumeran como circunstancias, aquellos casos en los que no sea posible proceder a su incautación “por pérdida, desaparición o irreivindicabilidad”. Además, debe tenerse presente que el comiso por valor equivalente se puede acordar en relación con cualquier tipo de delito, incluidos los delitos imprudentes, lo cual ya ha sido objeto de crítica por parte de un sector de la doctrina en relación con la regulación actual.

Art. 127 bis CP: decomiso ampliado

“Artículo 127 bis.

1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a

partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

- a) Delitos de trata de seres humanos.*
- b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.*
- c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.*
- d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.*
- e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.*
- f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.*
- g) Delitos de corrupción en los negocios.*
- h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.*
- i) Delitos de blanqueo de capitales.*
- j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.*
- k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.*
- l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.*
- m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.*
- n) Delitos de falsificación de moneda.*
- o) Delitos de cohecho.*
- p) Delitos de malversación.*
- q) Delitos de terrorismo.*
- r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*

2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

En el art. 127 bis CP se regula el decomiso ampliado, modalidad de decomiso que fue incluida en el CP español a través de la LO 5/2010 (art. 127.1.2º CP), y cuya

compatibilidad con los derechos fundamentales ya fue muy cuestionada, presentando muchos cambios la actual. El nuevo art. 127 bis CP consta de cinco apartados. En el primero de ellos se regula su ámbito de su ámbito de aplicación; en el segundo, se recoge un catálogo de indicios que deberán ser tenidos en cuenta a los efectos del apartado anterior: el tercer apartado prevé la aplicación al comiso ampliado de la regulación del comiso por valor equivalente regulado en el apartado 3 del precepto anterior, del art. 127.3 CP; en el cuarto apartado se contempla la posibilidad de valorar el alcance del comiso ampliado cuando haya una nueva sentencia condenatoria posterior; en el quinto y último apartado, se regulan las excepciones a este decomiso ampliado. El comiso ampliado se sigue regulando con carácter imperativo, al utilizar el legislador el verbo “ordenará”.

El legislador se ha pronunciado expresamente sobre la naturaleza del decomiso ampliado, si bien no compartimos su opinión. En el Preámbulo de la LO 1/2015 el legislador afirma que “el decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto. El hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación”. No obstante, en nuestra opinión el decomiso ampliado mantiene la naturaleza de sanción penal no siendo válidos los argumentos que ofrece el legislador para justificar su “interpretación” (AGUADO CORREA, 2014, 29).

Por su parte, el Tribunal Supremo, en la Sentencia 338/2015 de 2 de junio, ha afirmado que “El comiso en el ordenamiento jurídico español no es solo una consecuencia accesoria de la pena de los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como una medida sui generis postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas”.

En cuanto a la función del comiso, el alto Tribunal ha reconocido que tiene una función preventiva tanto especial como general, en los siguientes términos: “En efecto la función del comiso se entronca directamente con lo que la doctrina ha denominado peligrosidad objetiva del bien. Su función es prevenir la comisión de delitos a través de medidas expropiatorias de bienes dirigidas a neutralizar el peligro que de ellas emana.

En este sentido puede afirmarse que se trata de una función preventiva especial en cuanto incide sobre personas concretas para evitar la ejecución por su parte de infracciones penales y se impone sobre bienes igualmente concretos para evitar su empleo, directo o indirecto, en la comisión de futuros delitos, ello no obstante, cumple también, aún de forma secundaria una función preventiva general, especialmente en el comiso de ganancias, pues se lanza un importante mensaje con el que se pretende incidir en la principal de las motivaciones de la delincuencia organizada y empresarial: la

titularidad de los bienes por parte de terceros no responsables del delito no será obstáculo para decretar el comiso de las ganancias originadas por el delito” (Sentencia 338/2015 de 2 de junio).

La regulación general del decomiso ampliado está prevista en el art. 127 bis CP, si bien nos encontramos con una modalidad de decomiso ampliado de difícil explicación y justificación¹⁸, en los arts. 127 *quinquies*¹⁹ y *sexies*²⁰. Pareciera que a través del art. 127

¹⁸ AGUADO CORREA, “Comentarios a los arts. 127 *quinquies* y *sexies*”, en *Comentarios Prácticos al...*, pp. 1041 y 1042.

¹⁹ “Artículo 127 *quinquies*.”

1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

- a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.
- b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.
- c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.

Son indicios relevantes:

- 1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.
- 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.
- 3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.

2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:

- a) El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto.
- b) O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico”.

²⁰ “Artículo 127 *sexies*.”

A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones:

1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva.

A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.

2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.

3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a

quinquies CP el legisladoren vez de transponer la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril, estuviese transponiendo al Código Penal dos de los supuestos de “poderes de decomiso ampliado” previstos en el art. 3 DM 2005/212/JAI, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, aun cuando este artículo ha sido sustituido por la Directiva 2014/42/UE, en concreto los supuestos previstos en las letras a) y b) del art 3.2 DM.

Puesto que nos interesa el presupuesto de aplicación de ambas modalidades de decomiso ampliado, nos centraremos en las actividades delictivas contempladas en el art. 127 bis 1 CP que pueden dar lugar a acordar ambas modalidades de decomiso ampliado, y que exceden con creces las actividades delictivas contempladas en el art. 5 Directiva 2014/42/UE, habiendo hecho caso omiso el legislador español del criterio temporal al que aludíamos anteriormente.

En tanto que en el art. 5 de la Directiva 2014/42/UE se prevé la aplicación del decomiso ampliado en relación con tan sólo 9 de las actividades delictivas conocidas como los eurodelitos (art. 83.1.2º TFUE) y no en todos los casos, sino que se prevé un límite temporal con el fin de respetar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, el legislador español ha previsto el decomiso ampliado en relación con 18 actividades delictivas enumeradas en las letras a) a r) art. 127 bis CP. A lo que se suma que la enumeración en él contenida no se puede considerar como *numerus clausus*, puesto que la previsión del decomiso ampliado en los casos delitos cometidos no solo en el seno de una organización criminal sino también de un grupo criminal, permite la aplicación de este precepto a cualquier actividad delictiva prevista en el Código penal que haya sido cometida en el seno de estas organizaciones o grupos criminales. Además, en virtud de lo dispuesto en el art. 362 sexies CP, el decomiso ampliado será aplicable en los casos en los que la persona haya sido condenada por un delito contra la salud pública de los previstos en los artículos 359 a 362 quinquies CP, al prever el decomiso de «los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 CP».

Por lo que respecta al alcance del decomiso ampliado, según se desprende del tenor literal del art. 127 bis 1 CP, abarca “los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen ilícito”. Como veíamos en el comentario al artículo anterior, el Tribunal Supremo exige una previa declaración judicial de la que resulte la relación de los efectos, medios, bienes, instrumentos o ganancias con el delito que motiva la condena, si bien en la Sentencia 338/2015 de 2 de junio, ha matizado esta exigencia en

determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas”.

los supuestos denominados “criminalidad organizada política con fines terroristas”, en los siguientes términos:

“Es cierto que el principio de legalidad se debe aplicar en la determinación del objeto sometido a comiso, lo que supone interpretar restrictivamente los vocablos efectos o instrumentos del delito así como ganancias, y también lo es que el órgano jurisdiccional no puede actuar de oficio y la solicitud de comiso que no puede ser genérica, debe estar fundamentada. La defensa debe tener la oportunidad de rebatir la solicitud y ofrecer la prueba que estime oportuna.

Ahora bien en los casos que se denominan de criminalidad organizada política con fines terroristas, ante este fenómeno criminológico y ya en el ámbito del comiso, el admitir un grado de distancia entre los bienes a decomisar y la infracción penal (comiso por valor equivalente o comiso subrogatorio) no siempre es suficiente. Se requieren respuestas más agresivas ya que la complejidad de sus actividades así como la generación de masas patrimoniales de considerable cuantía que si bien se pueden relacionar con la organización terrorista es difícil hacerlo con las personas físicas o jurídicas que son sometidas al proceso o con los concretos bienes que estén siendo cuestionados, debe implicar un cierto grado de laxitud en la individualización de los bienes a decomisar relacionados con los delitos investigados, pudiendo alcanzar a todo el patrimonio mobiliario e inmobiliario de aquellas entidades, bien entendido que en relación a los bienes inmuebles, si bien existe un principio de legitimidad registral, según el cual hay una presunción de titularidad a todos los efectos legales, se trata de una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario, con audiencia del titular registral, y sin perjuicio de que en ejecución de sentencia, si se considera terceros a las personas físicas, socios e integrantes de las asociaciones, pueden acreditar que son titulares de buena fe de los bienes decomisados, como pudieron intentarlo, como tercera de dominio, en la pieza separada de responsabilidad civil durante la tramitación de la causa STS. 475/2004 de 7.4, y ATC. 125/2004 de 19.4, que precisó que el comiso no prejuzga eventuales titularidades civiles que pueden oponer terceros y el eventual derecho de titularidad civil que pueden hacer valer en esa jurisdicción civil”.

No obstante, y por lo que respecta al alcance del decomiso, en el apartado 4 del art. 127 bis CP, con el fin de evitar posibles tachas de inconstitucionalidad por vulneración de los principios ne bis in idem y proporcionalidad, se permite al Juez o Tribunal valorar el alcance del comiso acordado con anterioridad al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento, si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad. Esta facultad se puede poner en relación con el decomiso parcial previsto en el art. 5.1 Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril. Qué hay que entender por hechos delictivos similares deberá ser concretado por la jurisprudencia del TS, al carecer de una definición legal de esta expresión que ha llevado a la doctrina a cuestionar la misma desde el punto de vista del principio de legalidad. No obstante, el TEDH no ha declarado contrario al principio de legalidad el uso de una expresión “delito o delitos similares” en el art. 36 e § 2 del Código Penal de los Países Bajos (Caso Geerings vs. Países Bajos, Sentencia de 1 marzo 2007, JUR 66034) (AGUADO CORREA, 2014,32).

En el art. 127 bis CP se opta por el sistema de prueba indiciaria cuya constitucionalidad ha sido respaldada en relación con el comiso ampliado por el Tribunal Constitucional (SSTC 119 /2006 y 220/2006), incluso antes de que se incluyese esta modalidad de comiso en el Código penal a través de la LO 5/2010. Ello nos permite afirmar que el propio TC refrendó la práctica de los Tribunales en materia de tráfico de drogas, basada en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la imposición del comiso ampliado no afecta al derecho a la presunción de inocencia, ya que ésta no se cuestiona una vez que se ha quedado acreditado la culpabilidad del sujeto, sino que al imponer el comiso habrá que prestar especial atención al resto de las garantías del proceso y a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva: “La presunción de inocencia opera “como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable”... Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión la presunción de inocencia. Por ello, en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ...” (SSTC 219/2006, FJ 9 y 220/2006, FJ 8).

En cuanto a la validez de la prueba indiciaria para acreditar el origen delictivo de los bienes decomisados, recordemos que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: “Sentado lo anterior, en el presente caso, tanto la Sentencia de instancia como la de casación explican suficientemente las razones por las que se considera acreditado que los bienes decomisados eran propiedad del recurrente y se adquirieron con el producto obtenido de la venta de estupefacientes, lo que justifica el comiso de los mismos, conforme a lo previsto tanto en el art. 127 del Código penal (CP) como específicamente en el art. 374 CP y ello a través de una clara prueba indiciaria” (STC 219/2006, FJ 9; 220/2006, FJ 8).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia 338/2015, de 2 de junio (FD trigésimo séptimo): “Ahora bien, ha de tenerse presente que no es exigible el mismo canon de certeza, cuando se trata de verificar el respeto al derecho a la presunción de inocencia, que cuando se trata de determinar el presupuesto fáctico que permite la imposición del decomiso. El derecho citado supone el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. Mientras que en el caso del decomiso, respecto a la probanza de su presupuesto fáctico (la procedencia ilícita de un bien o derecho) no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su

detención o a la operación criminal detectada (SSTS 877/2014, de 22 de diciembre; 969/2013, de 18 de diciembre; 600/2012, de 12 de julio).

En cuanto a los indicios previstos en el art. 127 bis2 CP cabe destacar que no se trata de una enumeración cerrada, como se desprende del uso de la expresión: “se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios”.

Se prevé el decomiso por valor equivalente sobre otros bienes (art. 127 bis 3 CP), a través de la remisión a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 127 CP donde se contempla la regulación general de esta modalidad de comiso. En realidad, esta previsión no responde a ninguna exigencia de la regulación del decomiso ampliado prevista en el art. 5 Directiva 2014/42/UE.

Las excepciones previstas en el apartado 5 del art. 127 bis CP son las mismas que se contemplaban en la Propuesta de Directiva 2012, excepciones que posteriormente no se incluyeron en el texto definitivo de la Directiva 2014/42/UE, por lo que su presencia en el apartado 5 del art. 127 bis CP no responde a la incorporación a nuestro Código Penal de la Directiva, sino que más bien responden a la vigencia del principio ne bis in ídem o el principio de seguridad jurídica.

Artículo 127 ter: decomiso sin condena

Artículo 127 ter

1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,*
- b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o*
- c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.*

2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”.

Por lo que respecta al decomiso sin condena, los presupuestos que se exigen en este art. 127 ter CP difieren considerablemente de los previstos en el art. 4.2 Directiva 2014/42/UE para esta modalidad de decomiso, que además se regula con carácter subsidiario respecto del decomiso basado en condena o decomiso directo regulado en el apartado 1 del art. 4 Directiva 2014/42/UE.

En el art. 4.1 *in fine* de la Directiva se exige que «los procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio», y que se trate de una «infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica», debiéndose acudir al considerando 20 de la misma para determinar si se trata de una de estas infracciones. Como presupuesto para poder acordar el decomiso sin condena penal regulado en el art. 127 ter CP se exige la acreditación de la situación patrimonial ilícita en un proceso contradictorio

El decomiso sin condena, en virtud de lo dispuesto en el art. 127 ter CP se puede acordar en más supuestos que los previstos en la Directiva, tanto en los casos en los que el sujeto haya fallecido (art. 127 a ter) CP) como en aquellos otros en los que no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido (art. 127 ter c) CP).

Además, cabe resaltar otra diferencia importante: de lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE se deduce que el decomiso sin condena no se puede acordar en los casos del decomiso ampliado, al configurarse con carácter subsidiario respecto del decomiso directo como se deduce de la siguiente expresión: “En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1...”. Este carácter subsidiario e incluso de *ultima ratio*, se confirma en el considerando 15 cuando se establece la forma en que deben proceder de los Estados miembros cuando el sospechoso o acusado se haya fugado, debiendo “adoptar todas las medidas oportunas y exigir que se convoque a la persona de que se trate o que se ponga en su conocimiento el procedimiento de decomiso”. El legislador español, por el contrario, permite que se acuerde este decomiso sin condena, incluso en los casos de decomiso ampliado ya que en el art. 127 ter CP se faculta al juez o tribunal a acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores, entre los cuales se encuentra el art. 127 bis CP dedicado al decomiso ampliado. Por el contrario, este decomiso sin condena no podría ser acordado en los supuestos regulados en el art. 127 *quinquies* CP (decomiso ampliado en caso de actividad delictiva previa continuada) porque no se encuentra entre los artículos anteriores al art. 127 ter CP.

En cuanto al círculo de sujetos pasivos de esta modalidad de decomiso, en el CP se evita la referencia al «sospechoso o acusado» utilizada en la Directiva 2014/42/UE y se prefiere usar la referencia genérica a «sujeto», aclarándose en el apartado 2 del art. 127 ter CP que este decomiso sin condena «solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado²¹ con relación al que existan indicios

²¹ En relación con el término "imputado", debe tenerse presente que a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se ha sustituido el término imputado en la LECr por "investigado o encausado" según la fase procesal (Vid. Preámbulo apartado V y Artículo único, apartado vigésimo). El término "investigado" "servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; en tanto que con el término "encausado" se "designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto (Preámbulo, apartado V).

racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el párrafo anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal». Por su parte, la Directiva 2014/42/UE exige que en “dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio” (art. 4.2.*in fine*).

El decomiso sin condena penal se podrá acordar en los siguientes supuestos:

a) Que el sujeto haya fallecido (art. 127 ter a) CP). Debemos recordar que en el art. 4.2 Directiva no se hace referencia al fallecimiento, supuesto que sí se contemplaba en la Propuesta de Directiva de 2012 (AGUADO CORREA, 2015, 18), pero recordemos que en la Directiva se prevé un catálogo de supuestos mínimos, como se deduce del uso de la expresión “al menos”.

b) Que sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos (art. 127 ter a) CP). Debemos destacar que aun cuando en el art. 4.2 de la Directiva 2014/42/UE, se hace referencia a la enfermedad y no a enfermedad crónica como en la Propuesta de Directiva de 2012, en el Código Penal no se ha tenido en cuenta este cambio sino que se exige el padecimiento de una enfermedad crónica. Según se desprende de lo dispuesto en el considerando 16 Directiva 2014/42/UE, el término “enfermedad” debe entenderse “en el sentido de la imposibilidad del sospechoso o acusado de comparecer en el proceso penal durante un periodo prolongado de tiempo, y ello conlleve como consecuencia que el procedimiento no pueda proseguir en condiciones normales” (considerando 16) (AGUADO CORREA, 2015, 18).

c) Se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable (art. 127 ter b) CP). Cabe destacar que frente al término fuga utilizado en la Directiva 2014/42/UE, 3 de abril, el legislador español se ha decantado por el de “rebeldía”

d) No se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido (art. 127 ter c) CP).

Art. 127 quáter CP: decomiso de bienes de terceros

“Artículo 127 quáter.

1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado”.

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el decomiso de terceros se regula en un artículo independiente, suprimiéndose la referencia al “tercero de buena fe que los haya adquirido legalmente”, incluida hasta ese momento en el art. 127.1.in fine CP. A través de esta reforma se pretende, según se desprende de lo afirmado en el Preámbulo, introducir algunas “mejoras técnicas orientadas a incrementar la eficacia y seguridad jurídica en la aplicación de esta regulación”.

En relación con la regulación del decomiso de bienes de terceros regulado en el art. 127 *quáter* CP, debemos denunciar que el legislador español no ha tenido en cuenta la regulación de esta modalidad de decomiso contemplada en el art. 6 Directiva 2014/42/UE, sino la prevista en el art. 6 de la Propuesta de Directiva de la que dista considerablemente en cuanto a la forma y al contenido²². Por otra parte, no podemos pasar por alto la amplitud del ámbito de aplicación del decomiso de bienes de terceros regulado en el CP por la vulneración del derecho a la propiedad del tercero y del principio de proporcionalidad que puede implicar su previsión con carácter principal²³, a pesar de que en la Directiva se reconoce a los Estados miembros la facultad de configurarlo como una medida subsidiaria o alternativa del decomiso directo (considerando 25). En tercer lugar y último lugar, no podemos dejar de mencionar que el legislador español presume, salvo prueba en contrario, que el tercero ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubiesen sido transferidos por un precio inferior, circunstancia que tiene su origen en lo dispuesto en el art. 6.2. b) la Propuesta de Directiva, no habiendo tenido en cuenta el legislador español en la LO 1/2015, de 30 de marzo, que el art. 6 Directiva ha sido redactado en otros términos, exigiendo que la transferencia o la adquisición se haya realizado por «un importe significativamente inferior al valor del mercado». Este cambio, que permite ser más respetuoso con los derechos del tercero de buena fe y con el principio de proporcionalidad²⁴, ha sido ignorado por el legislador español, en su denodada búsqueda de una mayor eficacia aun a costa de la vulneración de los derechos y garantías de los terceros adquirentes de buena fe.

A través del decomiso de bienes de terceros regulado en el art. 127 *quáter* CP, en realidad se facilita acordar el decomiso sobre los bienes de sujetos que son responsables

²² Sobre la regulación del decomiso de bienes de terceros en la Propuesta de Directiva, AGUADO CORREA, “Comiso: crónica de...” , *Indret* 1/2014, pp. 44 y ss.; sobre los cambios de la regulación de la Directiva respecto a ésta, Aguado Correa, “La Directiva 2014/42/UE...” , *RGDE* 35 (2015), pp. 24 y ss.

²³ Aguado Correa, “Comiso: crónica de...” , *Indret* 1/2014, p. 47.

²⁴ Aguado Correa, “La Directiva 2014/42/UE...” , *RGDE* 35 (2015), p. 25.

de un delito de blanqueo de capitales, doloso o imprudente, sin necesidad de iniciar un proceso penal con el fin de declarar la responsabilidad criminal de los mismos, por la vía de considerarlos «terceros» a efectos del decomiso²⁵. Y es que en los supuestos en los que el sujeto conozca la procedencia delictiva sepa que han sido transferidos para evitar su decomiso (art 127 quáter CP), estaríamos ante una conducta constitutiva de un delito de blanqueo de capitales tipificada en el art. 301.1 CPE. En el caso de que el tercero hubiera tenido motivos para sospechar que procedían de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante un delito de blanqueo de capitales imputable a título de imprudencia (art. 301.3 CP).

Art. 127 septies CP: ejecución decomiso

“Art. 127 septies. Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.

De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”.

La facultad de acordar el decomiso de otros bienes por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado, se regula en el art. 127 septies CP “con la finalidad de incrementar la eficacia de la nueva regulación” (Preámbulo LO 1/2015, apartado VIII), y responde a lo previsto en el artículo 9 Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril.

Art. 127 octies: destino de lo decomisado.

“Artículo 127 octies.

1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.

3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente”.

El precepto que cierra la nueva regulación del decomiso consta de tres apartados en los que se regulan cosas tan dispares como el embargo preventivo de los bienes (apartado 1), la realización anticipada y su posible utilización provisional (apartado 2) y, por último, el destino definitivo de lo decomisado (apartado 3).

²⁵ Aguado Correa, “Comiso: crónica de...”, *Indret* 1/2014, p. 50.

La aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, trae consigo la aprobación de un importe cambio: el destino de lo decomisado no se hace depender del criterio de lícito o ilícito comercio, sino que se prevé su adjudicación al Estado salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, correspondiéndole al Estado darle el destino que se disponga legal o reglamentariamente” (art. 127 octies 3 CP).

Cabe recordar que actualmente existen varias disposiciones legales en las que se contempla un destino distinto. En concreto, debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 374. 2ª CP (“no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito”); en el art. 5.6 LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando; así como la previsión contenida en la DF 4ª LO 1/2015, de 30 de marzo, a través de la cual se añade la DA 4ª a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, donde se contemplan las normas que deben tener en cuenta los Jueces los Jueces y Tribunales españoles para llevar a cabo el reparto de los bienes decomisados cuando se ejecutan resoluciones de decomiso dictadas por autoridades de terceros Estados no miembros de la Unión Europea

- Ley de Enjuiciamiento Criminal:

A través de la L 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se ha procedido, de forma no muy acertada como ha puesto ya de manifiesto la doctrina procesalista²⁶, a la incorporación de la Directiva 2014/42/UE al derecho penal español, articulando los cauces para permitir la efectividad de las algunas figuras de decomiso, mediante la previsión de la intervención penal de los terceros afectados por el decomiso y con la incorporación de un nuevo procedimiento de decomiso autónomo.

Recordemos que en la Directiva 2014/42/UE, se reconoce a los Estados miembros “la facultad de iniciar ante cualquier tribunal competente procedimientos de decomiso en relación con procedimientos penales” (considerando 10). Esta facultad se ha materializado en la L 41/2015, de 5 de octubre, a través del nuevo procedimiento de decomiso autónomo (arts. 803 ter e) a 803 ter u) LECr), regulado en el nuevo Título III ter del Libro IV en la LECr, bajo la rúbrica “De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo”. El procedimiento de decomiso autónomo, según se desprende de lo dispuesto en el art. 803 ter e) 2 LECr, en particular, será aplicable en los siguientes casos: “a) Cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este

²⁶ Entre otros, vid. NIEVA FENOLL, “El procedimiento de...”, *Diario La Ley*, 2015, pp. 1-23; GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de *decomiso total*: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal* 38 (2016), pp. 1-71.

procedimiento su determinación. b) Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio”. Es decir, puede iniciarse a instancia del MF cuando exista un hecho punible y su autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o en situación para comparecer en juicio, así como cuando el fiscal se reserve la acción de decomiso, para el caso de haber recaído sentencia condenatoria firme por el delito del que proviene el patrimonio objeto del procedimiento.

Por otra parte, y puesto que la Directiva 2014/42/UE afecta sustancialmente a los derechos personales no solo de los sospechosos o acusados, sino también de terceros no procesados, resultaba necesario establecer garantías específicas y recursos judiciales para garantizar la protección de sus derechos fundamentales al aplicar la misma. Por ello, en el art. 8.1 Directiva se ha extendido a todas las personas afectas por las medidas en ella previstas, el reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo. Entre los derechos que se reconocen a los terceros, se hace referencia expresa en la Directiva al derecho a ser oídos de que gozan los terceros que reclamen la propiedad de los bienes de que se trate, o que reclamen otros derechos de propiedad (derechos reales o *ius in rem*), como el derecho de usufructo (considerando 33 Directiva 2014/42/UE). Además, la orden de embargo debe ser comunicada a la persona afectada tan pronto como sea posible después de su ejecución, si bien se admite que por razones de necesidad de la investigación, se pueda posponer la comunicación de dicha orden a la persona afectada (art. 8.2 Directiva y considerando 33 Directiva 2014/42/UE). En el art. 8.7 Directiva 2014/42/UE se reconoce el derecho de defensa de todos los afectados por la misma, en relación con todas las modalidades de decomiso reguladas en la Directiva y no solo en relación con el decomiso sin condena, si bien se refiere tan solo al derecho que les corresponde respecto a la determinación de los productos e instrumentos y no respecto de la infracción penal²⁷. A través de la reforma de la LECr mediante la L 41/2015, se han pretendido garantizar estos derechos a través de la regulación de la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso (arts. 803 ter a) a 803 ter d) LECr), aun cuando no de una forma totalmente satisfactoria para algunos autores²⁸.

- RD 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos:

A través de las previsiones contenidas en el RD 948/2015, se incorpora al derecho español lo dispuesto en el art. 10 Directiva 2014/42/UE²⁹, con la pretensión de “optimizar

²⁷ “Sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2012/13/UE y en la Directiva 2013/48/UE, las personas cuyos bienes se vean afectados por la resolución de decomiso tendrán derecho a acceder a un abogado durante todo el procedimiento de decomiso, por lo que respecta a la determinación de los productos e instrumentos” (art. 8.7 D).

²⁸ Entre otros, vid. NIEVA FENOLL, “El procedimiento de...”, *Diario La Ley*, 2015, pp. 16 y 17 y GASCÓN INCHAUSTI, “Las nuevas herramientas”, *RGDP* 38 (2016), pp.8 y ss.

²⁹ La Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre la cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos de los Estados miembros en el ámbito de la localización e

la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter organizado, neutralizando el producto del delito, pues se entiende que la principal motivación de esta forma de delincuencia es la obtención de beneficios financieros” (Preámbulo I).

Con el fin de mejorar la gestión de activos intervenidos se ha revisado la regulación contenida en el art. 367 septies LECr y se ha creado una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA)³⁰, cuyas funciones son, según lo dispuesto en el art. 3 del RD 948/2015, “la localización y recuperación de efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas, su conservación, administración y realización” (apartado 1); asimismo, le corresponde resolver sobre la adjudicación del uso de los efectos embargados cautelarmente y sobre las medidas de conservación que deban ser adoptadas (apartado 2); constituyendo igualmente una función esencial de la ORGA, el asesoramiento técnico a los juzgados, tribunales y fiscalías, que lo soliciten en materia de ejecución de embargos y decomisos, a los efectos de evitar actuaciones antieconómicas y garantizar, dentro del respeto a la ley y con el cumplimiento de todas las garantías procesales, el máximo beneficio económico (apartado 3).

A raíz de la reforma, las Oficinas de Recuperación de Activos³¹ son sustituidas por una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, teniendo lugar un cambio de denominación motivado por las nuevas funciones de administración y gestión de los bienes que le corresponden junto a la inicial función de localización y recuperación de bienes. La ampliación de funciones pretende salvar la ineficacia de los mecanismos tradicionales de realización de los bienes, venta por persona especializada o subasta pública, a los que los órganos judiciales han recurrido al no existir órganos especializados en la gestión de los bienes decomisados.

En el RD 948/2015, se afirma que “La nueva regulación del decomiso y la puesta en marcha de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos facilitarán una mayor eficacia contra la delincuencia económica, normalmente una criminalidad de

identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, sólo se requería la creación de Organismos con el fin de “facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso...”.

³⁰ Recordemos que las Oficinas de Recuperación de Activos se crearon en España a través de la LO 5/2010 mediante la inclusión del art. 367 septies en la LECr, si bien transcurridos cinco años aún no se había desarrollado reglamentariamente dicha previsión. En el art. 367 septies 1 LECr (LO5/2010) se regulaban las funciones de estas ORAs en los siguientes términos: “El Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos”. En la actualidad, tras su reforma a través de la LO 1/2015, el art. 367 septies LECr reza así: “El juez o tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia Oficina de Recuperación o Gestión de activos, podrá encomendar la localización, la conservación y la administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal”.

³¹ En España se habían designado como ORAs al Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) y a la Fiscalía Especial Antidroga. Vid. AGUADO CORREA, T. Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: Presente y ¿futuro?, *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXXIII, pp. 298 y 299, n.p.p. 96.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

delincuentes poderosos, que aparece especialmente organizada y que tanto daño ocasiona al Estado democrático de derecho. Se hará así realidad el principio de que el delito que genera ilícitas ganancias nunca pueda compensar a su autor” (RD 948/2015 II).

Con la finalidad de dar cumplimiento al mandato establecido en la Disposición transitoria primera y la Disposición final primera del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, se ha dictado la Orden JUS/188/2016, de 18 de febrero, por la que se determina el ámbito de actuación y la entrada en funcionamiento operativo de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y la apertura de su cuenta de depósitos y consignaciones³².

En la citada Orden se determina la entrada en funcionamiento operativo de manera progresiva, de acuerdo con el plan de acción aprobado el 10 de febrero de 2016 por la Dirección General de la citada Oficina y se configura la actividad de la Oficina en varias fases.

La primera de ellas, con carácter inmediato, contempla las actuaciones a impulsar exclusivamente de oficio por la Oficina, independientemente de la fecha en la que el bien haya sido decomisado o embargado y de la actividad delictiva de la que traiga causa (art. 3.1 Orden), en los términos establecidos en el apartado 3 del art. 2 Orden que reza así: “Cuando la Oficina actúe a iniciativa propia, en el marco de cualquier actividad delictiva, lo hará cuando resulte conveniente en atención a la naturaleza o especiales circunstancias de los bienes, previa autorización judicial, de conformidad con lo previsto en las leyes penales y procesales e independientemente de la fecha del embargo o decomiso”.

Posteriormente y de forma escalonada, dependiendo de un criterio territorial³³, el funcionamiento operativo de la Oficina se extiende a las actuaciones a instancia de Juzgados y Tribunales o la Fiscalía, respecto de la localización y gestión de bienes embargados o decomisados desde el 24 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, siempre que el embargo o decomiso se produzca en el marco de una actividad delictiva de las contempladas en el artículo 127 bis del Código Penal (art. 3.2 Orden), en los siguientes términos: “Cuando la Oficina actúe a instancia del Juez o Tribunal o del Ministerio Fiscal, lo hará en el ámbito de las actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal, así como del resto de las actividades delictivas propias del ámbito del decomiso ampliado, en los términos previstos en las leyes penales y procesales y respecto a bienes cuya localización, embargo o decomiso se haya acordado a partir del 24 de octubre de 2015” (art. 2.2 Orden). Por último, se prevé que la fecha de entrada en funcionamiento en materia de cooperación internacional sea el día 1 de junio de 2016 (art. 3.3 Orden).

³² BOE núm. 44, de 20 de febrero de 2016.

³³ Así las fechas de entrada en funcionamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 3. 2 Orden son: a) 1 de marzo de 2016, en el ámbito de la provincia de Cuenca. b) 1 de junio de 2016 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla –La Mancha. c) 1 de octubre de 2016 en el ámbito de las Comunidades Autónomas cuyas competencias en justicia siguen asumidas por el Ministerio de Justicia, así como en el ámbito de los órganos de jurisdicción estatal. d) 1 de enero de 2017 para el resto del territorio del Estado.



ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE E SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI

di Gianluca Varraso

1. La genesi della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

La direttiva 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale, costituisce un tentativo di superamento del precedente quadro normativo in tema di ricerca ed acquisizione della prova nello spazio giudiziario europeo, giudicato frammentario ed insoddisfacente.

Il riferimento, in particolare, è alla decisione quadro 2003/577/GAI, concernente l'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco di beni e sequestro probatorio, nonché alla decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca della prova.

La decisione quadro 2003/577/GAI applica il principio del mutuo riconoscimento ai provvedimenti giudiziari emessi per «*impedire provvisoriamente ogni operazione volta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potrebbero essere oggetto di confisca o costituire una prova*» nell'ambito di un procedimento penale interno (art. 2 lett. c). Due i principali limiti ravvisabili nel provvedimento in esame. Da un lato, la decisione quadro non concerne il successivo momento del trasferimento nello Stato del processo delle acquisizioni probatorie, il quale deve dunque ritenersi ancora disciplinato dalle procedure tradizionali di assistenza giudiziaria internazionale³⁴. Dall'altro lato, l'ordine di congelamento presuppone la conoscenza dell'ubicazione del bene, non potendosi richiedere lo svolgimento di indagini per pervenire alla sua localizzazione³⁵.

Dal canto suo, il mandato europeo di ricerca della prova consiste in una decisione emessa dall'autorità competente di uno Stato membro (cosiddetto Stato di emissione) volta all'acquisizione di oggetti, documenti e dati nel territorio di un altro Stato membro (cosiddetto Stato di esecuzione), al fine di un loro uso probatorio in un procedimento pendente nello Stato di emissione (art. 1 §1).

L'ambito operativo dello strumento, tuttavia, è più ristretto di quello della rogatoria: ex art. 4 §1 della decisione quadro 2008/978, il mandato può essere impiegato

³⁴ In questo senso, vedi il considerando n. 5 della decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca della prova. In dottrina, G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 12; F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, p. 2; L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, p. 102.

³⁵ V. art. 7 § 4 della decisione quadro. In dottrina, L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 102.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

unicamente per acquisire oggetti, documenti o dati, ovverosia prove precostituite. Fa eccezione unicamente la possibilità di raccogliere dichiarazioni dalle persone presenti all'esecuzione del mandato, purché direttamente connesse a quest'ultima (art. 4 §6). *Ex art. 4 §2 della decisione quadro*, non è invece possibile ricorrere al mandato al fine di condurre interrogatori, audizioni, intercettazioni, controlli sui conti o altre forme di sorveglianza, o per procedere ad accertamenti corporali, prelievo di materiale biologico o dati biometrici, o per disporre perizie.

Il Trattato di Lisbona ha costituito una svolta nel settore della cooperazione giudiziaria: l'art. 82 §2 TFUE attribuisce infatti al Parlamento europeo e al Consiglio il potere di emanare, mediante direttive, norme minime in tema di «*ammissibilità reciproca delle prove tra Stati membri*». Successivamente, il Programma di Stoccolma evidenziava la necessità di elaborare un «*sistema generale di acquisizione delle prove nelle cause aventi dimensione transfrontaliera, basato sul principio di riconoscimento reciproco*»³⁶; conclusione ribadita dalla comunicazione della Commissione «*Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*»³⁷.

Al contempo, la Commissione avviava un processo di consultazione tramite il «*Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*»³⁸. In particolare, la Commissione interrogava gli Stati membri circa l'opportunità di introdurre uno strumento di acquisizione probatoria transfrontaliero, nonché sull'opportunità di avviare l'armonizzazione delle discipline nazionali sulla raccolta delle prove.

Le risposte pervenute evidenziavano le notevoli difformità tra le discipline nazionali in tema di acquisizione della prova: il che frenava gli sforzi diretti all'armonizzazione³⁹. Viceversa, si decideva di procedere sul piano del mutuo riconoscimento: in 29 aprile 2010, veniva così presentata una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale⁴⁰; cui faceva seguito, quattro anni più tardi, la direttiva 2014/41/UE.

Un simile approccio ha peraltro suscitato vivaci critiche in dottrina. Si è infatti rilevato come il principio del mutuo riconoscimento in materia probatoria necessiti di una previa opera di una armonizzazione dei sistemi giudiziari. In particolare, sarebbe opportuna la predisposizione di un *corpus* comune di regole di ammissibilità ed

³⁶ Programma di Stoccolma del Consiglio Europeo – Un'Europa aperta e sicura al servizio dei cittadini, in *G.U.U.E.*, 4 maggio 2010, C 115/1.

³⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei, del 29 aprile 2010, COM (2010) 171 def./2, in <http://eur-lex.europa.eu/>

³⁸ Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, dell'11 novembre 2009, COM(2009)624, in <http://eur-lex.europa.eu/>

³⁹ L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 514.

⁴⁰ Iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Slovenia e del Regno di Svezia per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale (2010/C 165/029), in *G.U.U.E.*, 24 giugno 2010, C 165/22.

assunzione della prova. In caso contrario, si rischia infatti di veicolare nello Stato del processo prove assunte all'estero con modalità incompatibili con l'ordinamento dello Stato ricevente, con il conseguente rischio di una «crisi di rigetto»⁴¹.

In ogni caso, a decorrere dal 22 maggio 2017, la direttiva 2014/41/UE sostituisce la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 20 aprile 1959 e i relativi protocolli; la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen; la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 29 maggio 2000; la decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove; la decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003, per quanto riguarda il sequestro probatorio (art. 34 della direttiva 2014/41/UE).

L'art. 36 dispone che gli Stati membri adottino le misure necessarie per conformarsi alla direttiva entro il 22 maggio 2017.

2. L'ambito applicativo della direttiva.

L'ordine europeo di indagine penale (OEI) è una decisione giudiziaria emessa dall'autorità di uno Stato membro (il cosiddetto Stato di emissione) affinché siano compiuti nel territorio di un altro Stato membro (Stato di esecuzione) uno o più atti d'indagine finalizzati all'acquisizione di prove (art. 1).

Trattasi dunque di un sistema globale di acquisizione probatoria in fattispecie a dimensione transfrontaliera: a differenza del mandato europeo di ricerca della prova, il nuovo strumento si applica a tutte le prove, siano esse precostituite o costituende⁴². L'art. 32 della direttiva consente altresì l'utilizzo dell'ordine europeo per l'adozione di provvedimenti intesi a impedire provvisoriamente la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di elementi che possono essere usati come prove. Si è così inteso delineare uno strumento più agile e celere rispetto alla tradizionale procedura rogatoria, la cui trasmissione avviene direttamente dall'autorità giudiziaria di emissione a quella di esecuzione (art. 7).

Ai sensi dell'art. 3, la direttiva sarà inapplicabile unicamente all'acquisizione di prove da parte delle squadre investigative comuni, che restano disciplinate dall'art. 13 della Convenzione europea del 2000 e dalla decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio⁴³. Come precisato dal considerando n. 9 della direttiva, inoltre, la direttiva non

⁴¹ In questo senso L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3526-3527; F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 8-9; L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 100 ss.; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 4 ss.

⁴² L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3515; V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 714; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1.

⁴³ Sulle squadre investigative comuni v. *infra*, § 11.

dovrebbe trovare applicazione alle osservazioni transfrontaliere disciplinate dalla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen.

Ai sensi dell'art. 2 della direttiva, l'ordine può essere emesso da un giudice, da un pubblico ministero, o dall'autorità di polizia purché successivamente convalidato dall'autorità giudiziaria. Una significativa novità è data dall'art. 1 §3, in virtù del quale «L'emissione di un OEI può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale»⁴⁴. La disposizione in esame, peraltro, assume valore prevalentemente simbolico, posto che al difensore non è attribuito un autonomo potere di iniziativa⁴⁵.

Ex art. 6 della direttiva, condizioni per l'emissione dell'ordine sono la necessità e proporzionalità dell'atto, nonché la possibilità giuridica di emettere l'atto in un caso interno analogo. Si vuol così riproporre, analogamente a quanto previsto in tema di mandato europeo di ricerca della prova (art. 7 §1 lett. B) della decisione quadro 2008/978/GAI), uno sbarramento all'impiego dell'ordine in funzione elusiva di regole di esclusione nazionali⁴⁶.

3. Il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine.

Ai sensi dell'art. 9 §2 della direttiva, nell'esecuzione dell'ordine l'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, sempre che queste non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione.

La previsione ricalca l'art. 12 della decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca della prova, nonché l'art. 4 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000⁴⁷.

In sede di trasposizione della direttiva, dovrebbe porsi il problema di definire l'ambito delle modalità di acquisizione probatoria che possano essere richieste dall'autorità di emissione all'autorità di esecuzione. In dottrina, si è ritenuto che potrebbero richiedersi ai sensi dell'art. 9 §2 soltanto le modalità necessarie a rendere l'atto utilizzabile nello Stato di emissione⁴⁸, analogamente a quanto si ritiene con riguardo alla previsione di cui all'art. 727 co. 5 bis c.p.p.⁴⁹

⁴⁴ L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3515.

⁴⁵ V. *infra*, §8.

⁴⁶ R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288 ss.; L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3516.

⁴⁷ Sul punto, M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 70; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015.

⁴⁸ M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 70.

⁴⁹ In questo senso G. DARAIO, *Le rogatorie internazionali*, in *Trattato di procedura penale*, dir. da G. SPANGHER,

L'autorità di emissione può altresì chiedere di partecipare all'esecuzione dell'OEI: tale richiesta è soddisfatta sempre che la partecipazione non sia in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione o non leda i suoi interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale (art. 9 §4).

Ai sensi dell'art. 10 §1 della direttiva, è prevista la facoltà per lo Stato di esecuzione di ricorrere ad un atto di indagine alternativo rispetto a quello richiesto, qualora quest'ultimo non sia previsto dal diritto dello Stato di esecuzione (art. 10 §1 lett. a)), o non sia fruibile in un caso interno analogo (art. 10 §1 lett. b)). In dottrina, si è peraltro ritenuto che un ordine europeo potrebbe in ogni caso essere eseguito in Italia attraverso il veicolo della prova atipica (art. 189 c.p.p.), qualora l'atto richiesto non trovasse uno specifico corrispondente nella legislazione interna⁵⁰.

Peraltro, l'art. 10 §2 precisa che la possibilità di sostituzione non si applica qualora sia richiesta l'acquisizione di informazioni o prove già in possesso delle autorità dello Stato di esecuzione o di prove dichiarative, l'esecuzione di atti non coercitivi secondo il diritto dello Stato di esecuzione, nonché l'individuazione di persone titolari di abbonamento ad un numero telefonico o indirizzo IP.

Parte della dottrina ha parlato al proposito di «*scorciatoia verso l'armonizzazione*», in quanto si richiederebbe implicitamente che la normativa di ciascuno Stato membro preveda gli atti specificamente elencati⁵¹. Sembra piuttosto trattarsi di un'ipotesi di «*mutuo riconoscimento puro*»⁵², posto che l'art. 10 §2 non detta una disciplina uniforme degli atti presi in esame.

Ai sensi dell'art. 14 della direttiva, deve essere assicurata all'interessato la possibilità di contestare l'ammissione dell'ordine mediante un'impugnazione da proporsi nello Stato di emissione. In dottrina, si è individuato un possibile rimedio nel riesame dei sequestri probatori all'estero disposti dalle autorità italiane, analogamente a quanto riconosciuto dalla giurisprudenza in materia di rogatorie⁵³.

4. I motivi di non riconoscimento dell'ordine.

L'art. 11 della direttiva enuncia le ipotesi tassative in cui l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI⁵⁴.

VI, Torino, 2009, p. 703-704; L. NORCIO, *Rogatorie e Corte costituzionale: un'attesa «manifesta inammissibilità»*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2450.

⁵⁰ M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 66.

⁵¹ L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 518.

⁵² R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3291 ss.

⁵³ M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., 65.

⁵⁴ Le ipotesi sono le seguenti: «a) il diritto dello Stato di esecuzione preveda immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'OEI, ovvero norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla libertà di stampa e alla libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione che renderebbero impossibile l'esecuzione dell'OEI; b) in un caso specifico, l'esecuzione leda interessi essenziali di sicurezza nazionale, metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Di particolare interesse l'ipotesi di rifiuto di cui alla lettera g), che contempla il requisito della doppia incriminazione: l'esecuzione dell'ordine europeo può essere rifiutata se la condotta per cui è stato emesso non costituisce reato in base al diritto dello Stato di esecuzione. Tale motivo di rifiuto, tuttavia, non si applica per i reati elencati nell'allegato D) alla direttiva.

L'elenco dei reati giustificanti la deroga al principio della doppia incriminazione è identico a quello contemplato dall'art. 3 §2 della decisione quadro 2003/577/GAI sul blocco dei beni, e dall'art. 14 §2 della decisione quadro 2008/978/GAI sul mandato europeo di ricerca delle prove.

La maggior parte dei reati in questione attengono specificamente all'area di operatività del crimine organizzato transnazionale. Basti pensare alla partecipazione ad un'organizzazione criminale, al terrorismo, al favoreggiamento dell'immigrazione, alla tratta di esseri umani, e alle numerose tipologie di traffico illecito minuziosamente indicate.

Il motivo di rifiuto derivante dall'assenza di doppia incriminazione – unitamente al motivo di cui alla lett. h), previsto laddove l'atto non possa essere fruito nel diritto dello Stato di esecuzione per procedimenti inerenti alla tipologia di reato per cui l'ordine è emesso – non opera inoltre per gli atti indicati all'art. 10 §2.

Di particolare interesse anche il motivo di rifiuto di cui alla lettera f), operante laddove «*sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta*». In dottrina, si è ravvisata infatti nella disposizione in esame una regola di esclusione della prova. Il richiamo all'art. 6 TUE – il quale a sua volta recepisce i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretati dalla relativa Corte – dovrebbe infatti comportare il rifiuto dell'ordine in tutti i casi in cui l'esecuzione dell'atto lederebbe i diritti individuali riconosciuti dalla giurisprudenza di Strasburgo⁵⁵.

informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche; c) l'OEI sia stato emesso nel quadro dei procedimenti di cui all'articolo 4, lettere b) e c), e l'atto investigativo non sia ammesso a norma del diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo; d) l'esecuzione dell'OEI sia contraria al principio del *ne bis in idem*; e) l'OEI si riferisca a un reato che si presume commesso fuori del territorio dello Stato di emissione e interamente o parzialmente nel territorio dello Stato di esecuzione, e la condotta per la quale l'OEI è emesso non costituisca reato nello Stato di emissione; f) sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta; g) la condotta riguardo alla quale è stato emesso l'OEI non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione, a meno che riguardi un reato elencato nelle categorie figuranti nell'allegato D, come indicato dall'autorità di emissione nell'OEI, qualora sia punibile nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni; o h) il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'OEI sia limitato dal diritto dello Stato di esecuzione a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia fra cui non figura il reato oggetto dell'OEI».

⁵⁵ M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 66-67.

5. Le disposizioni specifiche dettate per determinati atti d'indagine.

La direttiva 2014/41/UE prevede altresì specifiche disposizioni per determinati atti d'indagine. Per alcuni di questi, si riprende largamente quanto già previsto dalla Convenzione di Bruxelles del 2000⁵⁶. Il riferimento, in particolare, è al trasferimento temporaneo nello di persone detenute (art. 22 e 23 della direttiva), nonché alle audizioni mediante videoconferenza (art. 24) o conferenza telefonica (art. 25).

Ai sensi del considerando n. 25 della direttiva, la disciplina sul trasferimento temporaneo deve peraltro essere coordinata con la disciplina del mandato d'arresto europeo. Di conseguenza, se una persona deve essere trasferita anche per essere giudicato in uno Stato estero, dovrebbe essere emesso un mandato d'arresto.

La disciplina in tema di videoconferenza è stata fortemente criticata dalla Commissione Giustizia del Senato, in sede di parere sulla proposta di direttiva, laddove si prevede che l'atto non possa aver luogo laddove l'imputato o indagato non presti il consenso, o l'atto sia contrario ai principi fondamentali dello Stato di esecuzione⁵⁷. Da un lato, si è infatti ritenuto improbabile un contrasto dell'atto con i principi fondamentali, sempre che ci si attenga alle disposizioni della direttiva. Dall'altro lato, si è ritenuta illogico attribuire all'interessato un diritto di veto sull'esecuzione dell'atto⁵⁸.

La direttiva detta altresì significative disposizioni in tema di indagini bancarie e finanziarie (artt. 26-28), di evidente rilievo ai fini del contrasto al crimine organizzato transnazionale. In sintesi, l'ordine europeo può essere emesso al fine di ottenere informazioni su conti bancari riferibili ad una persona fisica o giuridica (art. 26); per ottenere informazioni relative ad operazioni finanziarie (art. 27); nonché per sottoporre a monitoraggio continuo ed in tempo reale operazioni bancarie e finanziarie (art. 28). Quest'ultima previsione ha suscitato dubbi in dottrina, per i profili di potenziale contrasto con il diritto alla riservatezza⁵⁹.

Oggetto di disciplina sono altresì tipici atti di polizia, quali le operazioni di infiltrazione (art. 29), reputate di fondamentale importanza nel contrasto alla criminalità organizzata⁶⁰.

Ciò sembra peraltro porre un problema quanto alla base giuridica della direttiva, adottata in forza dell'art. 82 §1 lett. a) TFUE, e dunque con procedura legislativa ordinaria. Infatti, per quanto attiene la cooperazione operativa tra autorità di polizia,

⁵⁶ R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3289.

⁵⁷ V. oggi l'art. 24 § 2 della direttiva.

⁵⁸ Senato della Repubblica, risoluzione della 2a Commissione permanente (Giustizia), estensore Centaro, approvata nella seconda seduta pomeridiana del 2 marzo 2011, in www.senato.it

⁵⁹ S. ALLEGREZZA – F. NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio – L. D. Cerqua – L. Luparia, II, Padova, 2014, p. 1294; L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3522.

⁶⁰ L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 2523 – 3524.

l'art. 87 §3 TFUE prescrive l'adozione di una procedura legislativa speciale, consistente nella deliberazione all'unanimità del Consiglio previa consultazione del Parlamento⁶¹.

Ad ogni modo, l'art. 29 §3 detta due motivi di rifiuto aggiuntivi rispetto a quelli di cui all'art. 11, qualora l'ordine europeo abbia ad oggetto un'operazione di infiltrazione. Si tratta delle ipotesi in cui l'operazione non sia autorizzata in un caso interno analogo, o non si sia raggiunto un accordo tra gli Stati di emissione e di esecuzione circa la modalità delle operazioni e lo *status* giuridico degli infiltrati.

Da ultimo, la direttiva appresta una analitica disciplina delle intercettazioni telefoniche. Replicando un modello già presente nel titolo III della Convenzione di Bruxelles, si distingue a seconda che ai fini della intercettazione sia o meno necessaria l'assistenza tecnica di un altro Stato membro.

Nel primo caso, l'ordine europeo può essere eseguito mediante trasmissione immediata delle comunicazioni allo Stato di emissione, ovvero mediante registrazione e trasmissione successiva; l'esecuzione può peraltro essere rifiutata qualora la stessa non sarebbe ammessa in un caso interno analogo (art. 30).

Nel secondo caso, lo Stato di intercettazione è tenuto a notificare lo svolgimento delle operazioni allo Stato nel cui territorio l'utenza intercettata si trova. Se l'intercettazione non è consentita secondo la disciplina nazionale, lo Stato notificato, entro novantasei ore, può comunicare allo Stato di intercettazione che le operazioni non possono essere effettuate o devono essere interrotte, con conseguente inutilizzabilità assoluta o relativa dei loro risultati (art. 31)⁶².

6. Ordine europeo di indagine penale e Procura europea.

Appare ancora in divenire il coordinamento tra l'ordine europeo di indagine penale e la istituenda Procura europea⁶³.

La proposta di regolamento presentata dal Consiglio non prevede infatti alcuna forma di coordinamento⁶⁴. Del resto, ai sensi dell'art. 25 della proposta, «*ai fini delle indagini e dell'azione penale promosse dalla Procura europea, il territorio degli Stati membri dell'Unione è considerato un unico spazio giuridico in cui la Procura europea può esercitare la sua competenza*»: il che escluderebbe la stessa necessità del ricorso a strumenti di mutuo riconoscimento.

⁶¹ In questo senso, *Unione delle camere penali italiane. Osservatorio Europa. Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale: criticità applicative del sistema di libera circolazione delle prove e sacrificio del contraddittorio tra le parti*, in www.camerepenali.it, 24 maggio 2014, p. 7 –8; nonché, in dottrina, L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3523.

⁶² Sulla distinzione tra inutilizzabilità assoluta e relativa v. per tutti C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 29 ss.

⁶³ Sul punto, diffusamente, F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della Procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4211 ss.

⁶⁴ Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, COM (2013) 534, 17 luglio 2013, in <http://eur-lex.europa.eu>.

La creazione di un unitario spazio giuridico per la Procura europea è tuttavia avversata da una recente proposta di modifica⁶⁵: in particolare, si è suggerito di riconoscere al Pubblico ministero europeo la possibilità di emettere un ordine europeo di indagine penale, un mandato di arresto europeo o un provvedimento di blocco di beni o sequestro probatorio. Al fine di garantire l'efficienza dell'attività investigativa della Procura, si ritiene infatti sufficiente il ricorso agli strumenti di mutuo riconoscimento già adottati in ambito europeo.

Un coordinamento tra Procura europea e direttiva 2014/41/UE è auspicato altresì da una Risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015: in particolare, si suggerisce che, nell'ambito dei casi transfrontalieri di competenza della Procura, l'adozione di misure investigative sia soggetta ai medesimi criteri posti dalla direttiva⁶⁶.

7. Lo stato di attuazione della direttiva.

In linea generale, si registra un ritardo nella trasposizione della direttiva 2014/41/UE. Soltanto tre Paesi – Germania⁶⁷, Francia⁶⁸ e Romania⁶⁹ – hanno infatti comunicato alla Commissione l'adozione di misure di attuazione della direttiva.

Per quanto attiene all'Italia, la legge 9 luglio 2015 n. 114 (c.d. legge di delegazione europea 2014) contiene una delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/41/UE (art. 1, con riferimento all'ALL. B, punto 23). Il termine per l'adozione dei relativi decreti legislativi scadrà il 22 marzo 2017⁷⁰. Allo stato attuale, tuttavia, non si è ancora provveduto a dare attuazione alla direttiva.

Viceversa, si è di recente proceduto all'attuazione delle fonti sovranazionali destinate ad essere sostituite dalla direttiva sull'ordine europeo di indagine penale a partire dal 22 maggio 2017.

In particolare, con legge 21 luglio 2016, n. 149, si è ratificata e resa esecutiva la Convenzione di Bruxelles relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, delegando il Governo per la sua attuazione.

⁶⁵ Proposal for the regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office – Proposal from the Finnish Delegation on article 26, 29 settembre 2014, in www.consilium.europa.eu.

⁶⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015 sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea COM (2013) 534, § 20, in <http://www.europarl.europa.eu>.

⁶⁷ *Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, in *Bundesgesetzblatt Teil 1* (BGB 1), 2, 10.01.2017.

⁶⁸ *II de l'article 118 de la Loi n° 2016 – 731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, in *Journal Officiel de la République Française* (JORF), 04.06.2016; nonché *Ordonnance n° 2016 – 1636 du 1er décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale*, ivi, 02.12.2016.

⁶⁹ Ben cinque gli atti normativi di attuazione comunicati dalla Romania alla Commissione, di cui quattro preesistenti alla direttiva. Le misure sono riportate in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁷⁰ V. Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale. Sullo schema di decreto v. *infra*, §11.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

In attuazione della delega di cui alla legge 9 luglio 2015 n. 114, il d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 35 ha inoltre attuato la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

Non è dunque stato accolto l'invito formulato dal Consiglio superiore della magistratura in sede di parere sui relativi disegni di legge. Secondo l'organo di autogoverno della magistratura, infatti, sarebbe stato più opportuno recepire immediatamente la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, destinata entro breve a sostituire la Convenzione e la decisione quadro sul blocco dei beni⁷¹.

Scaduto il termine per il recepimento, la direttiva 2014/41/UE è destinata ad assumere efficacia diretta verticale interna, divenendo vincolante nelle parti *self executing*. Di qui il rischio che le innovazioni recate dalla direttiva trovino ingresso nell'ordinamento attraverso il veicolo dell'attività d'indagine atipica, creando un modello aperto di prova europea⁷².

8. Ordine europeo di indagine penale e garanzie difensive.

In dottrina, sono stati evidenziati due principali profili critici, nell'ottica di una futura attuazione della direttiva: il ruolo del difensore nel procedimento di emissione dell'ordine, nonché l'utilizzabilità della prova acquisita all'estero.

Il primo profilo si lega in particolare alla previsione di cui all'art. 1 §3 della direttiva, secondo cui «*L'emissione di un OEI può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale*».

La previsione risulta senz'altro innovativa rispetto ai precedenti strumenti di cooperazione giudiziaria: tuttavia, essa non vale ad attribuire un autonomo potere di iniziativa, giacché l'emissione dell'ordine deve in ogni caso essere richiesta all'autorità giudiziaria. Perdura così una sensibile disparità di trattamento rispetto al pubblico ministero, il quale ha accesso diretto all'ordine europeo di indagine⁷³.

Al momento di recepire la direttiva, appare dunque auspicabile prevedere quantomeno un obbligo di motivazione in capo al giudice che rigetti la richiesta di emissione dell'ordine da parte della difesa. Si è altresì suggerito di trasporre nell'ambito dell'ordine europeo di indagine una previsione analoga all'art. 391 *bis* co. 10 e 11 c.p.p., nel caso in cui la persona in grado di riferire rifiuti di rendere dichiarazioni o non si

⁷¹ Sul punto, v. *Parere sul testo del disegno di legge concernente: "Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive"*. (Delibera consiliare del 6 aprile 2016), nonché *Parere, richiesto dal Ministro della giustizia ex art 10, legge 195/1958, sullo schema di decreto legislativo concernente: "Attuazione della decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio."* (delibera consiliare del 20 gennaio 2016), entrambi in www.csm.it.

⁷² In questo senso, F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 1.

⁷³ F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 6.

presenti al colloquio. Da ultimo, si è auspicata la possibilità di richiedere l'ordine europeo al fine di svolgere indagini preventive, consentite sul piano interno dall'art. 391 *nonies* c.p.p.⁷⁴

In tema di garanzie difensive, la direttiva non riconosce inoltre espressamente il diritto del difensore di partecipare all'atto d'indagine; il che, evidentemente, potrebbe compromettere l'utilizzabilità dell'atto nello Stato di emissione dell'ordine, qualora l'assistenza difensiva nel corso dell'atto sia prescritta dalla *lex fori*.

Al problema potrebbe sopperirsi, nell'ambito della procedura attiva, prescrivendo la presenza del difensore quale modalità di esecuzione dell'atto *ex art. 9 §2* della direttiva: tuttavia, l'accorgimento finisce per dipendere da una scelta discrezionale da parte dell'autorità procedente⁷⁵. In sede di attuazione della direttiva, sembra pertanto opportuno rendere obbligatoria tale indicazione.

9. Ordine europeo di indagine penale e regole di esclusione della prova.

Il più grave limite nell'impostazione seguita dalla direttiva sembra individuabile nella mancanza di regole generali circa l'utilizzabilità processuale negli Stati dell'Unione di prove raccolte attraverso l'ordine europeo di indagine penale⁷⁶.

Una particolare previsione di inutilizzabilità è ravvisabile unicamente nell'art. 31 della direttiva, in merito all'intercettazione di comunicazioni di un soggetto che si trovi sul territorio di un altro Stato membro la cui assistenza tecnica nelle operazioni intercettive non è necessaria.

Al di fuori di tali ipotesi, la direttiva sull'ordine europeo di indagine penale detta una disciplina probatoria a struttura aperta, necessariamente soggetta a concretizzazione da parte dell'autorità giudiziaria. Il riferimento, in particolare, è alle disposizioni che prescrivono il requisito della necessità e proporzionalità dell'ordine (art. 6), nonché il rispetto al contempo delle procedure indicate dall'autorità di emissione, dei principi fondamentali dell'ordinamento e dei diritti fondamentali delle persone (art. 9 §2, 11 §1 lett. *f*), 14 §7)⁷⁷.

Con la struttura aperta di tali norme dovrà fare i conti il legislatore al momento di disciplinare, in sede di attuazione della direttiva, l'utilizzabilità in Italia della prova acquisita all'estero tramite ordine europeo di indagine.

In dottrina, si sono individuate nel tessuto della direttiva divieti di ammissione impliciti, in grado di fulminare le prove assunte in elusione delle disposizioni dettate dal legislatore comunitario.

⁷⁴ Ancora F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 6-7.

⁷⁵ R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3295.

⁷⁶ L. CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. Pen. cont.*; L. CAMALDO – F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3256.

⁷⁷ In questo senso M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 8; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 10.

In particolare, ai sensi dell'art. 6 §1 lett. b), l'ordine può essere emesso solo qualora l'atto richiesto avrebbe potuto essere utilizzato in un caso interno analogo: se tale requisito non è rispettato, la prova deve ritenersi inutilizzabile. E ancora, poiché devono essere acquisite attraverso l'emissione dell'ordine anche le prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, dovrebbe ritenersi sanzionata dall'inutilizzabilità una trasmissione informale delle stesse tra gli Stati. Da ultimo, dall'art. 31 della direttiva potrebbe ricavarsi un divieto di instradamento delle intercettazioni⁷⁸.

Tali divieti probatori dovrebbero essere recepiti dalla normativa nazionale di trasposizione.

Più complesso il tema del regime di utilizzabilità della prova dipendente dalle modalità di acquisizione della stessa.

In dottrina, si è peraltro osservato come nel codice già esistano disposizioni preposte al vaglio di utilizzabilità della prova acquisita all'estero. Il riferimento, in particolare, è agli artt. 431 co. 1 lett. d) ed f)⁷⁹ e 512 bis c.p.p., nonché all'art. 78 disp. att. c.p.p.: criteri analoghi potranno trovare applicazione nel caso di prove acquisite all'estero a seguito di ordine europeo di indagine penale⁸⁰.

Si è altresì proposta un'estensione all'ordine europeo dei divieti probatori dettati in tema di rogatorie dall'art. 729 c.p.p.

In particolare, il co. 1 della disposizione in esame sanziona l'inosservanza delle «norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato» richiamate dall'art. 696 comma 1 c.p.p.: sarebbe così possibile dichiarare inutilizzabili prove assunte in violazione degli *standard* di necessità, proporzionalità e rispetto dei diritti di cui alla direttiva 2014/41/UE⁸¹.

L'art. 729 co. 1 bis c.p.p., viceversa, sarebbe estensibile all'ipotesi in cui l'autorità di esecuzione non ottemperi alle modalità acquisitive indicate dall'autorità di emissione, in violazione dell'art. 9 §2 della direttiva⁸².

10. La bozza di decreto legislativo predisposto dalla c.d. Commissione Marchetti.

Merita in questa sede dar conto dello schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva, predisposto dalla Commissione per la riforma del Libro XI Codice Procedura Penale, presieduta dalla prof.ssa Maria Riccarda Marchetti, sulla base della delega di cui alla legge n. 114 del 2015.

⁷⁸ M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 71-72.

⁷⁹ Come si vedrà a breve, un richiamo all'art. 431 c.p.p. è operato dall'art. 6 d.lgs. 15 febbraio 2016 n. 34, in materia di squadre investigative comuni: v. *infra*, §12.

⁸⁰ In questo senso, R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 19 ss.

⁸¹ In questa direzione, in particolare, M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 75; ID., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 19-20. L'Autore parla al proposito di una regola di esclusione discrezionale, che troverebbe fondamento nel principio eurounitario di proporzionalità (art. 52 §1 Carta di Nizza).

⁸² R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine penale e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 20.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

In sintesi⁸³, lo schema di decreto legislativo è suddiviso in quattro titoli, e segue la tradizionale distinzione tra procedura attiva e procedura passiva: in ogni caso, è prevista la trasmissione dell'OEI direttamente tra le autorità nazionali interessate.

Quanto alla procedura passiva, si è prevista la possibilità di indicare nell'ordine – da trasmettere al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui l'atto va compiuto (art. 7) – le specifiche modalità da seguire nell'esecuzione dell'ordine. È contemplata la possibilità di partecipazione da parte dell'autorità emittente, sempre che ciò non contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento. Si è altresì prevista la possibilità per l'autorità italiana di ricorrere ad un atto di indagine diverso o all'assunzione di un diverso mezzo di prova, salvo che per talune tipologie di atti specificamente elencati.

Quanto ai motivi di non riconoscimento dell'ordine – previsti in termini di obbligatorietà – si è recepita la deroga al principio di doppia incriminazione nei casi di cui all'all. D alla direttiva.

Alla possibilità di impugnazione di cui all'art. 14 della direttiva, si è proposto di dare attuazione mediante il ricorso allo strumento dell'incidente di esecuzione: se presentato prima del trasferimento degli esiti dell'atto, questo resta sospeso fino alla decisione; se presentato successivamente, l'esito favorevole dell'impugnazione è comunicato all'autorità procedente affinché ne tenga conto.

Le disposizioni sulla procedura attiva (titolo III dello schema di decreto) individuano anzitutto i soggetti legittimati ad emettere l'ordine europeo di indagine. Se l'ordine è emesso nella fase delle indagini preliminari, è competente il pubblico ministero o il giudice per le indagini preliminari, nell'ambito delle rispettive attribuzioni; successivamente all'esercizio dell'azione penale, è competente il giudice che procede.

Si è altresì prevista l'attuazione dell'art. 1 §3 della direttiva, ampliando peraltro il novero dei soggetti privati legittimati a richiedere l'emissione dell'ordine: al difensore dell'indagato o imputato, si affiancano infatti il proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione, la persona offesa e le altre parti private. Tali soggetti devono tuttavia rivolgersi all'autorità giudiziaria procedente, la quale in caso di rigetto provvede con decreto motivato.

In ossequio all'art. 9 §2 della direttiva, si è prevista la possibilità di richiedere specifiche forme e modalità di esecuzione dell'ordine, nonché la partecipazione dell'autorità emittente all'atto da compiere.

Si è altresì dettata una disciplina degli specifici atti di cui al capo IV della direttiva, nonché dei provvedimenti provvisori di cui all'art. 32 della direttiva.

Quanto alle operazioni di infiltrazione (art. 29 della direttiva)⁸⁴, rinominate nello schema di decreto «operazioni sotto copertura», si è ribadita la distinzione tra procedura attiva e passiva.

⁸³ V. più diffusamente M. R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma del libro XI c.p.p. (versione provvisoria)*, in www.studiosiprocessopenale.it, p. 1 ss.

⁸⁴ V. diffusamente F. NANNI, *Operazioni sotto copertura*, in www.studiosiprocessopenale.it, p. 1 ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

In tema di procedura passiva, si è previsto che l'ordine sia inoltrato al procuratore distrettuale, indicando i motivi di utilità della richiesta, nonché gli obiettivi investigativi perseguiti. L'autorità nazionale può rifiutare il riconoscimento dell'ordine se: *a)* l'operazione sotto copertura non è consentita in un caso interno analogo; *b)* l'esecuzione della operazione può recare pregiudizio ad attività investigativa in corso; *c)* non è stato possibile raggiungere un accordo con l'autorità di emissione sulle modalità di esecuzione. Si noti che il motivo di rifiuto di cui alla lett. *b)* non è contemplato dalla direttiva.

Per quanto riguarda la procedura attiva (articoli 45 e 46), la competenza ad inoltrare la richiesta è attribuita al procuratore titolare delle indagini, nei casi previsti dalla normativa nazionale. La direzione è il controllo delle operazioni spettano all'autorità straniera.

Con riguardo alle intercettazioni⁸⁵, lo schema di decreto – in ossequio all'impostazione della direttiva – distingue, oltre che tra procedura attiva e passiva, a seconda che sia o meno necessaria l'assistenza tecnica dello Stato destinatario dell'ordine.

Qualora si renda necessaria l'assistenza dello Stato italiano, l'autorità di emissione deve indicare la specifica rilevanza ed utilità dell'attività di intercettazione, nonché gli elementi probatori sulla base dei quali si ritenga sussistente l'ipotesi di reato (art. 30): si è così scelto di non richiedere la medesima entità del quadro indiziario prescritta dalla legislazione italiana⁸⁶. La richiesta è indirizzata al Procuratore della Repubblica competente, il quale la trasmette al giudice per le indagini preliminari: quest'ultimo può non dar corso alla richiesta qualora l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo, o subordinare la decisione di dar corso all'ordine alle condizioni applicabili in un caso interno analogo. In caso di urgenza, l'intercettazione può essere disposta dall'organo dell'accusa, con successiva convalida da parte del giudice per le indagini preliminari.

Qualora l'assistenza delle autorità italiane non si renda necessaria, lo Stato di intercettazione notifica il Procuratore della Repubblica nei termini di cui all'art. 31 §1 della direttiva. Successivamente ed entro novantasei ore, il giudice per le indagini preliminari, qualora l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo, può notificare allo Stato di intercettazione che: *a)* l'intercettazione non può essere effettuata, o si deve por fine alla medesima; *b)* gli eventuali risultati ottenuti non possono essere utilizzati, o possono esserlo solo a determinate condizioni.

Dal lato attivo, qualora sia necessaria l'assistenza dello Stato estero (art. 48 dello schema di decreto legislativo), il Procuratore della Repubblica richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione ad emettere l'ordine europeo: il vaglio del giudice è condotto sulla base degli artt. 266 ss. c.p.p. Qualora l'assistenza tecnica non sia necessaria, lo schema di decreto recepisce pianamente le indicazioni della direttiva.

⁸⁵ Sul punto, C. PARODI, *Il recepimento della direttiva 2014/41/UE: Le disposizioni in tema di intercettazioni*, in www.studiosiprocessopenale.it, p. 1 ss.

⁸⁶ In quanto ritenuti incompatibili con il principio del mutuo riconoscimento: v. C. PARODI, *Il recepimento della direttiva 2014/41/UE: Le disposizioni in tema di intercettazioni*, cit., p. 7 ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Lo schema di decreto disciplina altresì l'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni, tanto sul lato attivo quanto sul lato passivo.

11. Lo schema di decreto legislativo predisposto dall'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia.

È opportuno in questa sede dar conto altresì dello schema di decreto legislativo predisposto dall'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia: il contenuto dello schema non appare infatti del tutto coincidente con l'elaborato licenziato dalla c.d. Commissione Marchetti.

Lo schema di decreto mantiene la bipartizione tra procedura attiva e passiva.

In caso di ordine europeo di indagine proveniente dall'estero, il Procuratore della Repubblica competente provvede al riconoscimento non oltre sessanta giorni. L'esecuzione avviene nelle forme richieste dall'autorità di emissione, sempre che non contrastino con i principi fondamentali dell'ordinamento. Peraltro, si fa eccezione per le operazioni sotto copertura (art. 21) e il ritardo o omissione degli atti di arresto o sequestro, per i quali l'art. 4 co. 2 prescrive il rispetto della legge italiana.

Il profilo delle garanzie difensive è specificamente preso in considerazione dall'art. 9 co. 4: il decreto di riconoscimento dell'ordine è infatti comunicato al difensore dell'indagato o imputato, entro il termine stabilito per l'avviso contemplato dalla legge italiana per la tipologia dell'atto in questione. Qualora la legge italiana preveda soltanto il diritto del difensore di assistere all'atto senza previo avviso, il decreto è comunicato al momento dell'esecuzione dell'atto o immediatamente dopo.

L'art. 7 offre una definizione del criterio di proporzionalità dell'ordine: in particolare, quest'ultimo non è proporzionato qualora arrechi un sacrificio ai diritti e alle libertà individuali non giustificato dalla gravità, anche in concreto, dei reati per cui si procede. Secondo la Relazione al decreto legislativo, il riferimento alla gravità concreta del reato allude, fra l'altro, alla possibilità di ritenere sproporzionato l'ordine in caso di particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.* Nel caso in cui difetti il requisito della proporzionalità, l'autorità italiana può dare esecuzione all'ordine attraverso un atto diverso da quello richiesto, purché idoneo allo scopo (art. 9 co. 2).

I motivi di non riconoscimento dell'ordine sono previsti in termini di obbligatorietà (art. 10). La deroga al requisito della doppia incriminazione è confermata dall'art. 11, per reati particolarmente gravi o comunque espressivi di forme di criminalità associativa o transnazionale.

Quanto al diritto di impugnazione di cui all'art. 14 della direttiva, lo schema di decreto prevede la possibilità di esperire, davanti al giudice per le indagini preliminari, opposizione avverso il riconoscimento dell'ordine (art. 13). Il medesimo strumento è esteso al riconoscimento dell'ordine avente ad oggetto un sequestro: in tal caso, la decisione del giudice per le indagini preliminari è ricorribile in cassazione per violazione di legge.

Il capo II del titolo II dello schema di decreto regola gli atti d'indagine per i quali la direttiva detta una disciplina specifica.

Circa l'acquisizione di informazioni e documenti presso banche e istituti finanziari, di particolare interesse la disposizione di cui all'art. 20 co. 2, secondo cui all'acquisizione dei dati in tempo reale il Procuratore della Repubblica provvede mediante richiesta al giudice per le indagini preliminari *ex artt. 266 ss. c.p.p.*⁸⁷.

Quanto alle operazioni sotto copertura (art. 21) e il ritardo o omissione degli atti di arresto o sequestro (art. 22), lo schema di decreto sceglie di richiamare espressamente il rispetto dell'art. 9 legge 16 marzo 2006, n. 146. Come precisa la Relazione, può ricorrersi a tali strumenti solo per i delitti richiamati dalla normativa interna. In sintesi, trattasi di delitti di falso nummario; contraffazione; sequestro di persona; riciclaggio; delitti contro la personalità individuale o concernenti armi, munizioni ed esplosivi; favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; stupefacenti; delitti commessi con finalità di terrorismo o eversione.

Le intercettazioni telefoniche, in ossequio all'impianto della direttiva, ricevono una diversa disciplina a seconda che si renda o meno necessaria l'assistenza dello Stato italiano. Lo schema di decreto richiama la necessità che il reato per cui è emesso l'ordine rientri nei casi contemplati dall'art. 266 c.p.p.; non, invece, le soglie di gravità indiziaria richieste dalla normativa interna ai fini dell'autorizzazione alle intercettazioni.

In merito alla procedura attiva, l'art. 31, in ossequio all'art. 1 §3 della direttiva, prevede la possibilità per la difesa di richiedere l'emissione di un ordine europeo di indagine. Rispetto alle proposte della c.d. Commissione Marchetti, la legittimazione è tuttavia ristretta al solo difensore dell'indagato, imputato o proposto a misura di prevenzione. La richiesta di emissione dell'ordine deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione dell'atto d'indagine o di prova da eseguire, nonché i motivi che ne giustificano il compimento. L'autorità giudiziaria provvede con decreto motivato: come precisato dalla Relazione, il rigetto della richiesta non è impugnabile.

Lo schema di decreto non regola l'emissione di un ordine in relazione alle investigazioni difensive. Di grande interesse, peraltro, le ragioni dell'omissione: secondo la Relazione, il difensore può infatti recarsi all'estero a svolgere investigazioni difensive, a prescindere dall'emissione di un ordine europeo di indagine. L'assunto si pone in contrasto con la giurisprudenza di legittimità, secondo cui sono inutilizzabili gli atti raccolti dal difensore attraverso investigazioni all'estero, giacché l'acquisizione probatoria *ultra fines* dovrebbe passare attraverso rogatoria⁸⁸. Il tenore della Relazione potrebbe dunque offrire uno spunto a favore dell'ammissibilità delle indagini difensive all'estero, già sostenuta da parte della dottrina⁸⁹.

⁸⁷ Analogamente, in caso di procedura attiva volta all'acquisizione di tali dati, la Relazione precisa che dovranno trovare applicazione le norme dello schema di decreto dettate in tema di intercettazioni.

⁸⁸ Cass., sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, in Cass. pen., 2008, 12, 4707

⁸⁹ D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, p. 989; G. DARAIO, *Le rogatorie internazionali*, cit., p. 665; A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2010, p. 250; A. MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1249; N. NICOTRA, *Davvero giustificato il diniego per il difensore di "investigare" all'estero?*, in *Giust. pen.*, 2008, III, p. 654.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

L'art. 36 dello schema di decreto si occupa invece di offrire una compiuta disciplina dell'utilizzabilità degli atti acquisiti all'estero mediante ordine europeo di indagine. In particolare, si prevede l'ingresso nel fascicolo del dibattimento dei documenti e dei verbali degli atti irripetibili, nonché dei verbali degli atti cui i difensori abbiano potuto assistere ed esercitare le facoltà consentite dalla *lex fori*. Per le dichiarazioni rese nelle fasi precedenti il giudizio, si richiama inoltre l'art. 512 *bisc.p.p.*. Non si è, invece, proceduto ad un richiamo delle regole di esclusione di cui all'art. 729 *c.p.p.*

La disciplina sul lato attivo degli specifici atti d'indagine non sembra registrare scostamenti significativi rispetto alle previsioni della direttiva. Merita in ogni caso menzionare il richiamo all'art. 9 l. n. 146 del 2006, nell'ambito delle operazioni sotto copertura e dell'omissione o ritardo di arresti e sequestri (artt. 40-41).

12. Le squadre investigative comuni.

Come già evidenziato, la direttiva 2014/41/UE non si applica alle squadre investigative comuni (*joint investigation teams*), le quali continuano ad essere regolate dall'art. 13 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000, nonché dalla decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio del 13 giugno 2000, che ne riproduce il contenuto⁹⁰.

Con l'espressione *joint investigation teams*, si allude a squadre investigative cui partecipano, sotto un'unica direzione e in uno stretto rapporto di collaborazione, organi inquirenti e di polizia di più Stati.

Ai sensi dell'art. 13 §1 della Convenzione del 29 maggio 2000 e dell'art. 1 §1 della decisione quadro 2002/465, l'istituzione della squadra è possibile «a) quando le indagini condotte da uno Stato membro su reati comportano inchieste difficili e di notevole portata che hanno un collegamento con altri Stati membri; b) quando più Stati membri svolgono indagini su reati che, per le circostanze del caso, esigono un'azione coordinata e concertata negli Stati membri interessati».

È possibile la partecipazione alla squadra di funzionari di organismi quali l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), *Europol*, *Eurojust*. Tuttavia, essi risultano distinti dai componenti della squadra: le previsioni della Convenzione e della decisione quadro non si applicano infatti a tali persone, salvo che l'accordo istitutivo della squadra non preveda altrimenti (art. 13 §12 della Convenzione del 29 maggio 2000; art. 1 §12 decisione 2002/465/GAI).

⁹⁰ La ragione dell'emanazione della decisione quadro è dovuta essenzialmente al ritardo da parte degli Stati membri nel recepire la Convenzione. In argomento, G. DE AMICIS, *Le forme e gli strumenti della cooperazione*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. E. KOSTORIS, Milano, 2014, p. 227; S. PONTEDURO, *Le squadre investigative comuni sovranazionali: un nuovo strumento di cooperazione giudiziaria e di polizia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3567; A. VITALE, *Le squadre investigative comuni*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di L. Filippi, Padova, 2010, p. 69-70.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

L'accordo costitutivo della squadra individua lo Stato in cui saranno svolte le indagini o la maggior parte di esse: in quest'ambito, la squadra opera come se fosse un'autorità dello Stato, potendo compiere atti di ricerca e acquisizione di fonti di prova. La direzione della squadra è affidata ad un rappresentante dell'autorità dello Stato sul cui territorio vengono svolte le indagini, il quale agisce secondo le regole del proprio diritto nazionale e impartisce istruzioni agli altri membri.

Nel territorio individuato dall'accordo istitutivo, la squadra compie da sé attività di acquisizione probatoria. A fronte della necessità di effettuare misure investigative in un altro degli Stati che l'hanno costituita, si dovrà invece formulare un'apposita richiesta all'autorità nazionale competente, la quale decide alle medesime condizioni applicabili in un'indagine interna.

Gli atti compiuti dalla squadra devono rispettare il criterio della *lex loci*, ossia devono essere compiuti nel rispetto delle disposizioni dello Stato membro in cui si opera⁹¹. Né la Convenzione del 29 maggio 2000 né la decisione quadro 2002/465 dettano peraltro disposizioni specifiche circa l'utilizzabilità negli ordinamenti degli Stati membri di elementi raccolti dalle squadre investigative comuni nel territorio di un altro Stato membro.

Al riguardo, soccorrono unicamente l'art. 13 §10 della Convenzione e l'art. 1 §10 della decisione quadro. Ai sensi delle disposizioni in esame, le informazioni legalmente ottenute da un membro della squadra e non altrimenti disponibili per le autorità competenti dello Stato membro interessato possono essere utilizzate: *a)* per i fini previsti dall'accordo di costituzione, *b)* previo accordo dello Stato membro in cui le informazioni sono rese disponibili, per l'individuazione, l'indagine e il perseguimento di altri reati, *c)* per scongiurare una minaccia immediata e grave alla sicurezza pubblica, purché ciò non pregiudichi le indagini penali di un altro Stato membro interessato, e *d)* per altri scopi entro i limiti convenuti dagli Stati che hanno costituito la squadra. Si prevede inoltre che il consenso di cui alla lettera *b)* possa essere negato unicamente qualora l'uso della prova possa mettere in pericolo le indagini penali nello Stato membro interessato o qualora quest'ultimo potesse rifiutare l'assistenza giudiziaria ai fini di tale uso.

In attuazione della delega prevista dalla legge n. 114 del 2015, il legislatore italiano ha provveduto a dare attuazione, con d. lgs. 15 febbraio 2016 n. 34, alla decisione quadro in materia di squadre investigative comuni⁹². Pare dunque opportuno offrire una sintesi dei profili più significativi della disciplina in esame.

L'art. 2 disciplina l'ipotesi in cui l'iniziativa per la costituzione della squadra provenga dall'Italia: al riguardo, la competenza è attribuita al Procuratore della Repubblica.

⁹¹ G. DE AMICIS, *Le forme e gli strumenti della cooperazione*, cit., p. 228; A. MANGIARACINA, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in Cass. pen., 2004, p. 2196; A. VITALE, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 73.

⁹² In argomento, R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in Cass. pen., 2016, p. 3886 ss.; G. DE AMICIS, *I decreti legislativi di attuazione della normativa europea sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, ivi, 2016, p. 7 ss.; M. PERROTTI, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in Dir. pen. proc., 2016, p. 1006 ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Di particolare interesse la disciplina dei presupposti per la costituzione della squadra. L'art. 2 del decreto non richiama infatti soltanto «*l'esigenza di compiere indagini particolarmente complesse sul territorio di più Stati membri o di assicurarne il coordinamento*»: la squadra può altresì essere costituita su iniziativa italiana quando si proceda per indagini relative ai delitti di cui agli artt. 51, commi 3-bis, 3-quater e 3-quinquies, e 407, comma 2, lett. a) c.p.p., ovvero a delitti per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni.

Con riguardo a tali fattispecie di reato, il legislatore ha dunque operato una presunzione di complessità e transnazionalità delle indagini, tali da giustificare il ricorso ad una squadra investigativa comune⁹³.

Si è anzi sostenuto che la regolamentazione normativa delle squadre investigative comuni sia stata pensata proprio avendo riguardo all'attività della criminalità organizzata transnazionale, e che in tale ambito l'istituto troverà prevalentemente applicazione⁹⁴.

L'ipotesi di iniziativa proveniente dall'estero è disciplinata dall'art. 3. La richiesta è indirizzata al Procuratore della Repubblica: qualora quest'ultima preveda il compimento di atti espressamente vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, il Procuratore non può dar corso alla richiesta. Quest'ultima potrà peraltro essere rinnovata, a patto che sia resa conforme alle disposizioni e ai principi del nostro ordinamento⁹⁵.

Un ruolo fondamentale è giocato dall'atto costitutivo della squadra, il quale ne indica oggetto, finalità, componenti e durata (art. 4). Contrariamente alla decisione quadro, il decreto legislativo non ammette che della squadra possano far parte i rappresentanti di istituzioni quali OLAF, Europol e Eurojust⁹⁶. La scelta, motivata sulla base della necessaria segretezza delle indagini ex art. 329 c.p.p.⁹⁷, appare peraltro criticabile, alla luce del contributo che gli esponenti di tali organismi, specificamente dediti al coordinamento investigativo, avrebbero potuto apportare alle squadre⁹⁸.

La direzione della squadra, conformemente a quanto previsto dalla decisione quadro, è attribuita al rappresentante dell'autorità dello Stato in cui la squadra

⁹³ R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, cit., p. 3887; G. DE AMICIS, *I decreti legislativi di attuazione della normativa europea sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, cit., p. 8.

⁹⁴ M. PERROTTI, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, cit., p. 1008.

⁹⁵ In questo senso G. DE AMICIS, *I decreti legislativi di attuazione della normativa europea sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, cit., p. 10.

⁹⁶ Peraltro, Eurojust – che ai sensi della decisione quadro 2002/187/GAI è competente a finanziare le squadre investigative comuni – nel corso dell'anno 2016 ha dato impulso alla costituzione di otto squadre investigative comuni. V. *L'attività del desk italiano di Eurojust per l'anno 2016. Relazione del membro nazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 marzo 2017, p. 51.

⁹⁷ Così M. PERROTTI, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, cit., p. 1011.

⁹⁸ In questo senso R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, cit., p. 3888 – 3889; G. DE AMICIS, *I decreti legislativi di attuazione della normativa europea sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, cit., p. 10 – 11.

interviene. La legge da osservare nel corso delle operazioni di indagine è individuata in conformità al criterio della *lex loci* (v. art. 6 co. 1).

Rimediando alla genericità della decisione quadro, l'art. 6 offrire una organica disciplina dell'utilizzabilità degli atti compiuti dalla squadra e destinati a confluire in un procedimento penale italiano. Mentre i verbali degli atti irripetibili compiuti dalla squadra confluiscono nel fascicolo del dibattimento *ex art.* 431 c.p.p., agli atti ripetibili compiuti all'estero è attribuita la stessa efficacia dei corrispondenti atti compiuti secondo la legislazione italiana: pertanto, essi assumono una valenza essenzialmente interna alla fase delle indagini preliminari⁹⁹. Al di là dei fini per cui la squadra è istituita, le informazioni legittimamente ottenute potranno essere utilizzate nei casi di cui all'art. 6 co. 4, che riproduce le ragioni già individuate dalla decisione quadro.

13. Conclusioni.

Con specifico riguardo al contrasto alla criminalità organizzata, l'introduzione dell'ordine europeo di indagine penale è destinato ad apportare un sensibile miglioramento all'efficienza del sistema di cooperazione giudiziaria.

La direttiva sull'ordine europeo mette infatti a disposizione un sistema agile ed onnicomprensivo, valevole per ogni tipologia di prova. La deroga al principio di doppia incriminazione, dettata per reati riconducibili all'attività della criminalità organizzata transazionale, comporta una sensibile riduzione delle ipotesi di rifiuto di riconoscimento dell'ordine.

La direttiva offre inoltre un catalogo di atti d'indagine particolarmente pervasivi: basti pensare all'analitica disciplina delle intercettazioni telefoniche, delle acquisizioni bancarie e finanziarie anche in tempo reale, delle operazioni di infiltrazione.

Da ultimo, il contrasto alla criminalità organizzata trova nuova linfa nel recepimento dell'istituto delle squadre investigative comuni. In quest'ottica, spicca la previsione di cui all'art. 2 d.lgs. n. 34 del 2016, che consente in ogni caso il ricorso alla squadra per le indagini relative ai delitti di cui agli artt. 51, commi 3-*bis*, 3-*quater* e 3-*quinqües*, e 407, comma 2, lett. a) c.p.p., ovvero a delitti per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni. L'istituto della squadra investigativa comune trova così una corsia preferenziale nell'ambito dei delitti legati alla criminalità organizzata. Nell'ottica di un più proficuo coordinamento investigativo, sarebbe stato tuttavia opportuno consentire la partecipazione alla squadra di membri di OLAF, *Europol*, *Eurojust*.

Sia lo schema di decreto legislativo predisposto dall'Ufficio Legislativo in tema di ordine europeo di indagine, sia il d.lgs. n. 34 del 2016, si sono premurati di porre rimedio al vizio d'origine della direttiva 2014/41/UE e della decisione quadro

⁹⁹ Peraltro, essi dovranno ritenersi in ogni caso inutilizzabili, qualora contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento: in questo senso M. PERROTTI, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, cit., p. 1013.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

2002/465/GAI, consistente nel disinteresse per le regole di utilizzabilità della prova acquisita all'estero.

In merito all'ordine europeo di indagine penale, si è scelto tuttavia di non dettare una previsione analoga all'art. 729 c.p.p. La soluzione appare forse meritevole di un ripensamento: occorrerebbe quantomeno prevedere una norma analoga all'art. 729 co. 1 c.p.p., che consenta di dichiarare inutilizzabili le prove acquisite in violazione dei principi di proporzionalità e rispetto dei diritti inviolabili di cui alla direttiva 2014/41/UE.

Per quanto riguarda lo schema di decreto sull'ordine europeo di indagine, è da apprezzare la regolamentazione della partecipazione difensiva al compimento dell'atto, di cui all'art. 9 co. 4. Residuano tuttavia alcune zone d'ombra quanto alla tutela delle prerogative difensive.

In primo luogo, la non impugnabilità del rigetto della richiesta difensiva di emissione dell'ordine europeo ingenera una profonda disparità di trattamento tra difensore e pubblico ministero. Sembra dunque opportuno prevedere una forma di impugnazione del rigetto.

In secondo luogo, appare opportuna una espressa presa di posizione circa i rapporti tra ordine europeo di indagine ed investigazioni difensive.

Qualora poi – in linea con quanto affermato dalla Relazione allo schema di decreto – si ritenessero ammissibili le investigazioni difensive all'estero al di fuori del ricorso all'ordine europeo, dovrebbero prevedersi meccanismi analoghi all'art. 391 *bis* co. 10 e 11 c.p.p., per il caso in cui la persona residente all'estero rifiuti di rendere dichiarazioni o non si presenti al colloquio con il difensore. Si potrebbe pensare in tal caso all'emissione di un ordine europeo d'indagine su richiesta del difensore: in linea con quanto previsto dall'art. 391 *bis* co. 10 c.p.p., il pubblico ministero dovrebbe essere vincolato ad emettere l'ordine al fine di provvedere all'audizione.



CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E CRIMINALITÀ INFORMATICA ("CYBER-ORGANIZED-CRIME")*

di Roberto Flor e Luca Lupária

1. "Crimine organizzato" e "Crimine informatico": rapporti multiformi e "nuove" generazioni.

Sul piano criminologico¹⁰⁰, già alla fine degli anni '90 si affermava che i fenomeni criminali sembrano seguire lo sviluppo economico e sociale delle società moderne, riproducendone i complessi meccanismi. Conseguenza dell'aumento di questa complessità criminale era ed è certamente la diffusione di reti che collegano le organizzazioni criminali non solo tra loro stesse e con la criminalità comune, ma anche con le istituzioni, le professioni e il mondo economico¹⁰¹. In ogni caso, la caratteristica che sembra costituire il minimo comune denominatore della criminalità organizzata è rappresentata da un'organizzazione strutturata (gerarchica o flessibile) di persone, che collaborano per un periodo di tempo prolungato, finalizzata all'arricchimento, sia personale che dell'organizzazione, attraverso la commissione di reati.

All'esponentiale complessità del fenomeno della criminalità organizzata, che tenta di guadagnare terreno nel mercato europeo internazionale, senza tuttavia perdere il controllo del territorio d'origine, corrispondono maggiori difficoltà di una definizione comunemente accettata¹⁰².

Sul piano giuridico e nazionale è nota la progressiva astrazione generalizzatrice del modello normativo dell'associazione per delinquere che, nel corso del tempo, ha dovuto fare i conti con il processo di globalizzazione e la tendenziale erosione dei confini nazionali, a causa della stessa trasformazione dei gruppi criminali in organizzazioni transfrontaliere, con reti più o meno stabili¹⁰³.

Le caratteristiche strutturali di tali gruppi si basano, ad ogni modo, su una "organizzazione", non costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato o articolata in modo particolarmente complesso, duratura per un certo lasso di tempo, composta da tre o più persone – anche senza ruoli predefiniti o caratterizzata da

*Il presente lavoro costituisce la sintesi del report *"Criminalità organizzata e criminalità informatica"* (R. Flor – L. Lupária).

¹⁰⁰ V. fra tutti E. U. SAVONA, *"Criminalità organizzata"*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 1998, 422-436.

¹⁰¹ Cfr. ampiamente G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino, 2010.

¹⁰² Un esempio di attività criminale organizzata a livello imprenditoriale che opera nel mercato europeo, largamente sotto il controllo delle organizzazioni criminali in certe aree geografiche, è rappresentato dalle frodi al bilancio dell'Unione Europea. Così E. U. SAVONA, *"Criminalità organizzata"*, cit.

¹⁰³ Cfr. già V. MILITELLO, L. PAOLI, J. ARNOLD (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano-Freiburg, 2000.

una continuità nella composizione – che agiscono al fine di commettere uno o più reati, per ottenere direttamente o indirettamente un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale¹⁰⁴.

Tale premessa appare tanto scontata quanto necessaria, perché i rapporti fra crimine organizzato e crimine informatico, non ancora oggetto di un approfondito studio, risultano maggiormente complessi ed articolati per la presenza di fattori o elementi che, prima degli anni '90, erano sconosciuti.

Tali “connessioni” fra le due sfere di criminalità coinvolgono una variegata fenomenologia di attività criminali.

È indispensabile premettere che l'era del *cybercrime* non è più dominata da *hackers* che accedono a sistemi informatici solo per ricercare notorietà, divertimento o sfida, anche se nell'ambito di rigidi codici etici dell'*underground* informatico¹⁰⁵. Questi soggetti – c.d. *hacker* etici (*white hats*) – sono spinti dal desiderio e dal bisogno di verifica della sicurezza di una rete e/o dei sistemi che la compongono, al fine di delineare il livello effettivo di rischio cui sono esposti i dati, e proporre eventuali azioni correttive per migliorare il grado di protezione. Essi si distinguono dai c.d. *black hats*, che raggruppano diverse categorie di soggetti che realizzano attacchi informatici (in senso lato) con finalità illecite, in cui possono essere ricompresi anche i “mercenari” i quali, dietro corrispettivo economico, accedono abusivamente a sistemi informatici, svolgono attività di spionaggio o di danneggiamento dati, informazioni e sistemi informatici, realizzano furti di identità digitale o offrono piattaforme e strumenti per realizzare frodi¹⁰⁶.

Lo sviluppo delle *digital economy* e, al contempo, del *deepweb* e delle *darknet*, ha trasformato in modo ancor più radicale lo scenario.

Oggi il *cyberspace* costituisce uno spazio in continua espansione, che consente non solo la delocalizzazione delle risorse, anche grazie alla nuova dimensione del *cloud* e della “struttura” del *web*, ma altresì la detemporalizzazione delle attività, che possono essere pianificate e svolte attraverso operazioni automatizzate programmate dall'utente, che fanno venire meno l'esigenza di un “collegamento” o “contatto” fisico fra persona e sistema informatico, nonché la deterritorializzazione dell'utente, il quale può svolgere un'operazione complessa essendo “presente virtualmente” in più “luoghi-spazi informatici” anche nello stesso momento e attraverso più macchine-sistemi.

La rete conosciuta dalla quasi totalità degli utenti, inoltre, costituisce solamente la punta di un grande *iceberg*. La parte sommersa e più consistente è il c.d. *deepweb*, ossia uno spazio colmo di risorse informative del *World Wide Web* non segnalate o indicizzate dai normali motori di ricerca, a cui è possibile accedere solo tramite specifici *softwares* o *browsers* e all'interno del quale è possibile svolgere ogni tipo di attività – legale o illegale

¹⁰⁴ Cfr. la definizione accolta dall'art. 2, Convenzione di Palermo (2000). Si vedano, fra i numerosi contributi e senza pretesa di esaustività, E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007; V. PATALANO (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003.

¹⁰⁵ Cfr., per una distinzione fra diverse tipologie di soggetti riconducibili alla figura “*hacker*”, R. CHIESA, S. DUCCI, S. CIAPPI, *Profiling Hackers: The Science of Criminal Profiling as Applied to the World of Hacking*, Boca Raton, 2009.

¹⁰⁶ *Ibidem*, in specie 33 ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

– grazie alle potenzialità offerte dalle diverse forme di anonimato utilizzabili, anche tramite tecniche di dissimulazione dell'*ip-address*¹⁰⁷ che possono far apparire provenienze “territoriali” false o errate¹⁰⁸.

Solo fermandosi ben al di fuori delle “darknet”¹⁰⁹, i più recenti fatti di cronaca hanno diffuso il caso delle “cyber-spie”, collegate alla c.d. “Mafia capitale”, che assaltavano le *e-mail* dei potenti d'Italia (da quelle del Presidente del Consiglio a quelle del Presidente della Banca Centrale Europea).¹¹⁰ Si trattava propriamente di attività di “spionaggio” tramite strumenti tecnologici che per anni hanno contribuito a raccogliere notizie e informazioni riservate e segrete.

La comunicazione fra esponenti di gruppi criminali o fra gli stressi gruppi criminali attraverso strumenti non facilmente intercettabili, oppure attraverso scambi di informazioni nel *deep web* o nelle *darknet*, l'accessibilità a *tools*, *softwares* (*malware* e/o *trojan horses*) e *browsers* per operazioni illegali, che spesso non richiede elevate conoscenze tecnico-informatiche, nonché l'attività di monitoraggio di *social media* e *social network*, sono considerate “normali” e non necessitano di particolari “passaggi” complessi, costosi o altamente rischiosi. Esse possono costituire attività preparatorie per la realizzazione di molteplici illeciti di rilevanza penale.

Nel *deep web*, in particolare, le *darknet* e i *blackmarkets* costituiscono i punti privilegiati di aggregazione, in cui l'accesso al “gruppo” e l'attendibilità del partecipante sono verificati, verificabili e controllati e le “vie di fuga” sicure e anonime. In questi “cyberspaces” si incontrano domanda e offerta riguardanti le più svariate attività, fra cui: traffico di armi, traffico di droga, traffico di organi, commercio di identità digitali e/o documenti di identità falsi, *hacking*, *payment card frauds* e *phishing*, riciclaggio e *cyber-*

¹⁰⁷ Esistono molteplici modi per nascondere o rendere non tracciabile l'*ip-address* dell'attaccante reale, dall'utilizzo di *proxy* all'uso di *software* che garantiscono l'anonymato. Cfr. E. C. COUNCIL, *Ethical Hacking and Countermeasures: Attack Phases*, New York, 2010, 3-14; S. GHOSH, E. TURRINI, *Cybercrimes: A Multidisciplinary Analysis*, Berlin - Heidelberg, 2010, 56 ss. Per una indagine sul piano tecnico-informatico, vedi C. ELISAN, *Malware, Rootkits&Botnets A Beginner's Guide Malware*, McGraw-Hill, 2013.

¹⁰⁸ Per alcune informazioni sul web sommerso, accessibili all'opinione pubblica italiana, vedi, fra le più recenti indagini giornalistiche, quelle di Focus (2014) <http://www.focus.it/tecnologia/innovazione/cinque-cose-da-sapere-sul-deep-web>; del Corriere della Sera (2012) <http://www.corriere.it/inchieste/droga-armi-minori-killer-viaggio-deep-web-zona-web-senza-regole-morale-dove-tutto-possibile/44ed8fce-8935-11e1-a8e9-f84c50c7f614.shtml>; del Fatto Quotidiano (2015) <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/04/10/deep-web-vende-rete-invisibile-dalle-carte-credito-badge-polizia/1577620/>. Vedi anche C. FREDIANI, *Deep Web - La rete oltre Google - Personaggi, storie e luoghi dell'internet profonda*, Genova, 2014. Con riferimento all'uso del *deepweb* e, in particolare di *Tor*, nelle investigazioni informatiche cfr. T. G. SHIPLEY, A. BOWKER, *Investigating Internet Crimes: An Introduction to Solving Crimes in Cyberspace*, Waltham, 2014, in specie 219 ss.

¹⁰⁹ Un efficace esempio del ruolo di Internet e dei *social media* e *network* è stato recentemente evidenziato nella tratta di persone e nei fenomeni criminali organizzati nel traffico di migranti. Nelle conclusioni dello Special Meeting del Consiglio Europeo sul traffico di migranti del 23 aprile 2015, infatti, viene considerata come priorità dell'Unione Europea “l'utilizzo di EUROPOL per individuare e intimare la rimozione dei contenuti web usati dai trafficanti per attirare migranti e rifugiati, nel rispetto delle costituzioni nazionali”. Si veda A. DI NICOLA, G. BARATTO, E. MARTINI, *Surf and Sound. The role of the Internet in people smuggling and human trafficking*, Middlesbrough, 2017.

¹¹⁰ “«Fece affari con Buzzi». I legami tra la cyberspia e Mafia Capitale”, La Repubblica, 2 marzo 2017; “Cyberspionaggio, una società edile collega gli Occhionero a Mafia Capitale”, Il Fatto Quotidiano, 17 gennaio 2017; “Così spiavano l'Italia”, La Stampa, 11 gennaio 2017.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

laundering, reperibilità di *malware* o *hacking tools*, “compravendita” di informazioni privilegiate o segrete, pedopornografia, traffico di esseri umani e, persino, servizi quali *Hitman for Hire* (o *Assassination*) e “*rent an hacker*”. Alcune ricerche¹¹¹ hanno individuato almeno sei diversi “*cyber*” ecosistemi, riconducibili ad alcune “sensibilità” o “culture”, nel tentativo di individuarle anche territorialmente (Russia, Germania, Cina, Giappone, Brasile e Nord-America/USA), ma operanti in rete, ossia in uno spazio informatico a-territoriale, che hanno avuto come “*target*” anche l’Italia. In altri termini nel nostro Paese convivono sia i “fruttori” dei servizi offerti, sia gli obiettivi o le “vittime” delle attività criminali, che movimentano miliardi di dollari all’anno. Il *deepweb* assicura facile accessibilità, anonimato e protezione anche grazie all’uso di una “moneta”-valuta virtuale (*bitcoin*)¹¹² e a fattori contingenti quali, ad esempio, l’esponentiale crescita della “galassia” di questo “ambiente” senza confini, con i conseguenti riflessi problematici sul piano della giurisdizione, della competenza e della cooperazione fra *law enforcement agencies*.

Da tale premessa appare evidente come il collegamento fra crimine organizzato e crimine informatico sia caratterizzato da “elementi strutturali” complessi e in continuo cambiamento, soprattutto a causa del (grazie al) progresso tecnologico.

In primo luogo, la nozione di criminalità informatica, nonostante sia recente, ha già avuto una significativa evoluzione tutt’altro che conclusa. L’interesse a definirla il contenuto nasce altresì dal rilievo giuridico che ha assunto nel nuovo millennio, sino ad essere ricompresa fra i settori di criminalità particolarmente grave e transnazionale oggetto di competenza penale dell’Unione europea, *ex par.* 1, art. 83 TFUE.

¹¹¹ V. CIANCAGLINI, M. BALDUZZI, R. MCARDLE, M. RÖSLER, *Exploring the Deep Web*, Trend Micro, 2015; V. CIANCAGLINI, M. BALDUZZI, M. GONCHAROV, R. MCARDLE, *Deepweb and Cybercrime: It's Not All About TOR*, Trend Micro Research Paper, 2013. Cfr. altresì E. VIANO (ed.), *Cybercrime, Organized Crime, and Societal Responses*, Springer, 2017.

¹¹² *Bitcoin* (con “B” individua la rete) non fa uso di un ente centrale, ma utilizza i nodi della rete che tengono traccia delle transazioni, e sfrutta la crittografia per gestire gli aspetti funzionali come la generazione di nuova moneta e l’attribuzione di proprietà dei *bitcoin* (con “b” identifica la moneta, la quale è soggetta a vere e proprie quotazioni ed a tassi di cambio). La rete *Bitcoin* consente il possesso e il trasferimento anonimo delle monete. In ogni caso, i *bitcoin* possono essere trasferiti attraverso Internet verso chiunque disponga di un “indirizzo *bitcoin*”. La struttura peer-to-peer della “rete *Bitcoin*” e la mancanza di un ente centrale rende praticamente impossibile il blocco dei trasferimenti, il sequestro di *bitcoin* senza il possesso delle relative chiavi di decrittazione o la svalutazione dovuta all’immissione di nuova moneta. Per alcune riflessioni sul piano del diritto penale sostanziale vedi L. STURZO, [Bitcoin e riciclaggio 2.0](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2018, 19 ss.; F. DI VIZIO, [Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti. Lo statuto delle valute virtuali: le discipline e i controlli](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2018, p. 21 ss. Merita attenzione la Dir. (UE) 2018/843 (c.d. V direttiva) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018 – che modifica la Dir. (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, nonché le Dir. 2009/138/CE e 2013/36/UE – la quale prevede specifiche disposizioni relativamente alla definizione di valuta virtuale e alle attività di cambio con le valute legali, perseguendo l’obiettivo di coprire tutti i possibili usi (considerando n. 10) al fine di prevenire il riciclaggio ed il finanziamento al terrorismo. Già la Dir. (UE) 2015/849 ha invitato gli Stati ad applicare, ai medesimi fini, la disciplina da essa prevista anche alle attività dei soggetti obbligati che sono esercitate su Internet (considerando n. 18).



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

In secondo luogo, i “rapporti” fra crimine organizzato e crimine informatico devono essere interpretati tenendo presente almeno tre prospettive o “modelli”¹¹³:

- a. la criminalità organizzata (che per semplificazione terminologica potremmo definire) “tradizionale” si può avvalere delle nuove tecnologie o di Internet – compresi *deepweb* e *darknet* – per commettere reati o autonomamente realizzare attività preparatorie (ad esempio per finalità comunicative protette fra i diversi membri dell’organizzazione), ovvero per compiere operazioni al fine di investire e/o occultare proventi di origine delittuosa o le tracce del reato;
- b. la criminalità organizzata tradizionale si può avvalere dei servizi offerti da singoli “professionisti” (esperti) o gruppi criminali operanti nel *web* (soprattutto nel *deepweb*) per compiere diverse operazioni come, ad esempio, la compravendita di identità digitali¹¹⁴ o di nuovi documenti di identità, lo spionaggio o l’acquisizione di informazioni attraverso accessi illeciti a sistemi informatici o il monitoraggio dell’attività di determinate persone o enti tramite l’uso di *software* malevoli installati in qualsiasi *device* (*smartphone*, *tablet*, *laptop*), il danneggiamento di sistemi informatici o di dati e informazioni ivi archiviate,

¹¹³ È necessario osservare che «emergono sia un vasto assortimento di reati commessi dai gruppi criminali sia una gamma eterogenea di strutture organizzative che variano dai gruppi etnici e/o gerarchici alle formazioni più occasionali e meno definite, dai gruppi basati sulla territorialità a quelli “a connotazione imprenditoriale”. In taluni casi predomina una singola componente che contribuisce a caratterizzare il tipo di organizzazione. È questo il caso, ad esempio, delle associazioni basate sulla famiglia o di tipo mafioso [...]. In altri casi, i tratti che caratterizzano una determinata struttura conosciuta (es., l’associazione etnica e la gerarchia) si presentano in combinazione con le caratteristiche comuni ad altri modelli (es., le organizzazioni fondate su interessi imprenditoriali/di mercato). Inoltre, singole persone fisiche o giuridiche che non partecipano ad un determinato gruppo criminale ben definito possono sporadicamente o sistematicamente offrire assistenza o consulenza al gruppo, contribuendo in tal modo alla commissione di reati distinti. Pertanto, la componente umana complessiva di talune attività criminali può implicare qualcosa di più delle risorse umane stabili di un gruppo criminale organizzato [...]. Un’altra combinazione di modelli estrinseci si ravvisa in quei casi in cui gruppi criminali coinvolti in reati comuni sono anche gruppi terroristici e/o paramilitari [...]. Inoltre, quando le complesse attività criminali (ad es. nei traffici illeciti transnazionali) richiedono l’integrazione di ruoli distinti, i collegamenti fra i vari attori rivelano una varietà di modelli: ad esempio, l’intera azione può essere condotta da una sola banda, oppure da una combinazione di numerose “cellule”, più o meno indipendenti ma gestite da un unico coordinatore, oppure da una rete di entità autonome che agiscono insieme semplicemente sulla base di una transazione. In generale, l’esigenza di una vasta gamma di funzioni per eseguire un reato complesso non implica necessariamente la complessità strutturale del gruppo criminale [...]. Spesso una rete criminale è composta non da individui ma da gruppi criminali organizzati. Se la rete è intesa essa stessa come un’organizzazione, la compresenza di vari livelli di strutture organizzative può ingenerare confusione nella condivisione della conoscenza fra forze di polizia ed operatori della giustizia penale. Sotto questo profilo molti altri casi sono ugualmente interessanti; si osservi, tuttavia, che i casi presentati dagli esperti dei paesi di *common law* sono meno complessi, probabilmente per l’assenza o il ruolo ridotto dei reati relativi alla partecipazione ad un gruppo criminale organizzato diversi dalla *conspiracy*. La creazione di una precisa tassonomia della criminalità organizzata è un compito assai difficile, per non dire impossibile. Tali sono la varietà, le sfumature e la flessibilità del fenomeno che persino le più aggiornate proposte di classificazione rischiano di non essere sufficientemente descrittive o esaustive». Così *Digesto di casi di criminalità organizzata. Raccolta commentata di casi e lezioni apprese*, Nazioni Unite, New York, 2012, 14 ss.

¹¹⁴ Cfr. T. HOLT, O. SMIRNOVA, YI-TING (eds.), *Data Thieves in Action. Examining the International Market for Stolen Personal Information*, Palgrave Macmillan US, 2016

sino all'acquisizione di sistemi o piattaforme per realizzare frodi, commettere reati economici o *cyber laundering*¹¹⁵ e sfruttare le risorse del gioco d'azzardo *online* (comprese le scommesse clandestine);

- c. il c.d. “*Cyber-Organized-Crime*” (COC), ossia il crimine informatico organizzato: gruppi criminali che operano nel *cyberspace* e realizzano reati informatici in senso lato, o offrono i loro servizi a singoli o ad altri gruppi criminali per la commissione di tali reati. In questo caso la “struttura” e l’“organizzazione” sono strettamente legate alla tecnologia. Attraverso di essa e la rete tali gruppi si garantiscono la sopravvivenza, da un lato, realizzando direttamente, ad esempio, frodi o reati economici, anche tramite accessi non autorizzati a sistemi informatici o furti di identità, oppure sfruttando le risorse del gioco d'azzardo *online*; dall'altro lato offrendo le proprie “professionalità” o stringendo legami con gruppi criminali tradizionali e, persino, gruppi terroristici.

Questo ultimo modello di nuova generazione, pur essendo l’“organizzazione” formata da persone, sfugge alle tradizionali definizioni di “crimine organizzato”, basate su elementi “materiali” o “territorialmente” individuabili. Esso infatti nasce per operare nel *cyberspace*, ossia in un ambiente per natura privo di confini, globalizzato e “immateriale”, in cui la “manifestazione criminosa”, il “fenomeno criminale” o il “reato” assumono congenitamente una dimensione transnazionale.

2. La nozione di criminalità informatica e la sua rilevanza in prospettiva europea.

La disciplina giuridica in tema di “criminalità informatica” – inserita, come si è anticipato, fra i settori di criminalità particolarmente grave e transnazionale oggetto di competenza penale dell'Unione europea – è apparsa sin dall'origine alla rincorsa di fenomeni che, grazie al progressivo ed inarrestabile sviluppo tecnologico, sono in continua e rapida mutazione¹¹⁶.

Da un lato, è sorta l'esigenza di punire “fatti nuovi”, commessi attraverso le tecnologie e la rete, offensivi di tradizionali beni giuridici (si pensi al patrimonio, alla reputazione, agli interessi finanziari dell'Unione europea ecc.). Dall'altro lato, sono emersi nuovi e peculiari interessi meritevoli di protezione penale (ad esempio, la sicurezza informatica, la riservatezza informatica, la fede pubblica informatica ecc.)¹¹⁷.

Ancora oggi la “criminalità informatica” non consiste in una categoria definita giuridicamente, anche se compare in fonti europee e sovranazionali¹¹⁸. Allo stesso modo

¹¹⁵ Cfr., per alcune “coordinate” fenomeniche, D. ADEOYÉ LESLIE, *Legal Principles for Combatting Cyberlaundering*, New York (et al.), 2014; W. H. BYRNES, R. J. MUNRO, *Money Laundering, Asset Forfeiture and Recovery and Compliance – A Global Guide*, New York, 2018.

¹¹⁶ V. L. PICOTTI, *La nozione di criminalità informatica e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 827 ss.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. ampiamente R. FLOR, *Cyber-criminality: le fonti internazionali ed europee*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Cybercrime – Trattato Omnia. Diritto e procedura penale dell'informatica*, Torino, 2018-2019 (in corso di pubblicazione).

non si rinviene una definizione internazionalmente riconosciuta di “*computer crime*” o “*computer related crime*” o “*cybercrime*”.

Sul piano empirico, essa abbraccia una molteplicità di comportamenti lesivi di interessi penalmente rilevanti, riconducibili ai “*reati informatici*”, introdotti in molti ordinamenti nazionali.

Sul piano fenomenico si è assistito, dopo l’“esplosione” di Internet, al passaggio dalla dimensione “privata” o “individuale” del *computer* e delle delimitate reti di *computer* alla dimensione “pubblica” o “collettiva” dei sistemi, basati sull’interconnettività globale.

Nell’attuale società dell’informazione il fenomeno “criminalità informatica” risulta essere dunque flessibile ed aperto a fatti criminosi che possono essere commessi attraverso la rete o nel *cyberspace*.

Una parte della dottrina americana¹¹⁹ ritiene che la categoria “*cybercrime*” comprenda almeno tre sub-categorie: reati in cui il *computer* o il sistema informatico costituiscono l’obiettivo delle attività criminali; reati in cui il *computer* e, in generale, le nuove tecnologie ed Internet, rappresentano gli strumenti per commettere o preparare un reato; reati in cui il sistema informatico e la rete costituiscono solo un “aspetto incidentale” nella commissione dell’illecito.

In Europa e in Italia¹²⁰ è condivisa la tesi, sul piano del diritto penale sostanziale, che la “criminalità informatica” possa includere sia fattispecie legali costruite, sul piano della formulazione, con *elementi di tipizzazione* connessi a procedimenti di *automatizzazione* di dati o informazioni, ovvero legate a modalità, oggetti o attività di carattere tecnologico (reati informatici in senso stretto o reati informatici “propri”), sia tutte quelle fattispecie incriminatrici “comuni” che, pur *non* presentando espressamente elementi tipici caratterizzati dalla tecnologia, possono essere applicate a fatti commessi tramite la tecnologia, la rete o nel *cyberspace* (reati informatici in senso ampio o reati informatici “comuni”).

¹¹⁹ Vedi S. BRENNER, *Defining Cybercrime: A Review of Federal and State Law*, in R. D. CLIFFORD (ed.), *Cybercrime: The investigation, prosecution, and defense of a computer-related crime*, Carolina Academic Press, 2011, 15-104, 17, cui l’Autrice si chiede se la categoria “*cybercrime*” abbracci nuove forme di criminalità e di crimini, ovvero se non si tratti piuttosto di “vecchio vino in nuove bottiglie” (“*oldwine in new bottles*”). In verità questa espressione non è così distante da quella utilizzata da Barlow - “*Sellingwinewithoutbottles*” - con la quale quest’ultimo Autore intendeva rappresentare il nuovo scenario dominato dalla tecnologia, che ha determinato la trasformazione dell’architettura tipica su cui poggiava la tutela del diritto d’autore, e la crisi del sistema di tutela della proprietà intellettuale, dovuta alla proliferazione sia di fenomeni criminosi nuovi, che di “vecchi” fenomeni realizzati con nuovi strumenti [Internet]. Vedi J. P. BARLOW, *Selling Wine without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net*, in P. LUDLOW (ed.), *High Noon on the Electronic Frontier, Conceptual Issues in Cyberspace*, III ed., MIT, 1999, 9 e ss.

¹²⁰ Basti il rinvio, in questa sede, a U. SIEBER, *Computerkriminalität* e U. SIEBER, *Urheberstrafrecht*, in U. SIEBER, F. H. BRÜNER, H. SATZGER, B. VON HEINTSCHEL-HEINEGG (Hrsg), *EuropäischesStrafrecht*, Baden Baden, 2011, rispettivamente 393 e ss. e 435 e ss.; E. HILGENDORF, *Tendenzen und Probleme einer Harmonisierung des Internetstrafrechts auf Europäischer Ebene*, in A.J. SCHWARZENEGGER (Hrsg.), *Internet- Recht und Strafrecht*, 2005, 257 - 298; P. BRUNST, U. SIEBER, *Cybercrime Legislation*, in *German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law*, Washington, 2010, 759 e ss. Nella dottrina italiana si veda, fra tutti, L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di Internet*, Padova, 2004, in specie 21 ss.

In questo contesto assume rilevanza anche la distinzione fra reati cibernetici in senso stretto e reati cibernetici in senso ampio. Nei primi l'elemento tecnologico e specializzante è caratterizzato proprio dalla *connessione* in rete o dalla fruibilità del *cyberspace*. I secondi, invece, presentano modalità o possibilità di realizzazione concreta "in rete" e sono formulati in termini più generali ed elastici, tanto da essere realizzabili o concepibili a prescindere dall'informatica e dalla rete.

Questa impostazione teorica trova un riscontro nelle disposizioni di carattere processuale previste dalla Convenzione sulla criminalità informatica del Consiglio d'Europa del 2001, che si applicano non solo ai reati da essa previsti (artt. 2-11), ma anche a tutti gli illeciti commessi attraverso i sistemi informatici ed a quelli per il cui accertamento è necessaria la raccolta della prova elettronica (*ex* artt. 14 e 23 della Convenzione)¹²¹.

3. Gli strumenti globali ed europei di contrasto alla criminalità informatica.

La Convenzione sulla criminalità informatica di Budapest del 2001 (c.d. *Convenzione Cybercrime*)¹²² costituisce lo strumento internazionale più importante nella lotta alla criminalità informatica. Aperta alla firma a Budapest nel novembre 2001, vi hanno aderito, ad oggi, 53 Stati, mentre altri Paesi utilizzano le disposizioni ivi previste come linee guida per introdurre nei propri ordinamenti strumenti idonei a contrastare la criminalità informatica¹²³.

Essa segue le raccomandazioni del Consiglio d'Europa R (89) 9 e R (95) 13, nonché la Risoluzione n. 1 adottata dai Ministri della Giustizia Europei nel corso della XXI Conferenza (Praga, 10 e 11 Giugno 1997), la quale auspicava che il Comitato dei Ministri supportasse il lavoro svolto *in subiecta materia* dal Comitato Europeo sui Problemi Penali (CDPC) al fine di rendere le legislazioni dei singoli Paesi più simili tra loro e di consentire l'uso di sistemi pratici nelle indagini sui reati informatici, nonché la Risoluzione n. 3

¹²¹ Cfr., volendo, L. LUPÁRIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in G. GARUTI (a cura di), *Trattato di procedura penale*, VII, *Modelli differenziati di accertamento*, Torino, 2011, 369 ss.

¹²² In generale, prima della ratifica della Convenzione *Cybercrime* vedi L. PICOTTI, *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir. Internet*, 2005, 189 e ss.; in generale vedi anche P. CSONKA, *The Council of Europe's Convention on Cybercrime and other European initiatives*, in *IRPL*, 3-4, 2006, 473. Dopo la ratifica della Convenzione *Cybercrime* si veda L. PICOTTI, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2008, 700 e ss. Per una ricca raccolta di informazioni relative agli atti preparatori della Convenzione e agli atti preparatori della legge di ratifica italiana vedi ampiamente C. SARZANA, *Informatica, Internet e diritto penale*, III ed., Milano, 2010, p. 587 e ss.; 631 e ss.

¹²³ V. quanto emerso dalle conferenze "Octopus Interface 2008 – Cooperation against Cybercrime", "Octopus Interface 2009 - Cooperation against Cybercrime" ed "Octopus Interface 2010 - Cooperation against Cybercrime", in <http://www.coe.int>. Cfr., in particolare, il *draft paper* "National Legislation implementing the Convention on Cybercrime – Comparative Analysis and good practices", in <http://www.coe.int>. Sugli strumenti di lotta al crimine informatico, in prospettiva internazionale, vedi anche M. GERCKE, *National, Regional and International Legal Approaches in the fight against Cybercrime*, in *CRI*, 1, 2008, 7 e ss. Cfr. ampiamente R. FLOR, *Cyber-criminality: le fonti internazionali ed europee*, cit.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

adottata nella XXIII Conferenza dei Ministri Europei della Giustizia (Londra, 8 e 9 Giugno 2000) che incoraggiava le parti a proseguire nei loro sforzi volti a trovare soluzioni adeguate per consentire al maggior numero di Stati di divenire parti della Convenzione¹²⁴.

Sul piano del diritto penale sostanziale, il trattato prevede che ogni parte adotti le misure necessarie al fine di sanzionare penalmente diverse fattispecie, quali l'accesso illegale a sistemi informatici e telematici (art. 2 CoC), l'intercettazione illegale (art. 3 CoC), l'attentato all'integrità dei dati (art. 4 CoC), l'attentato all'integrità dei sistemi informatici (art. 5 CoC), l'abuso di dispositivi (art. 6 CoC), la falsificazione di dati (art. 7 CoC), la frode informatica (art. 8 CoC), le offese relative alla pornografia minorile (art. 9 CoC) nonché le violazioni del diritto d'autore (art. 10 CoC). L'art. 12 CoC, inoltre, prevede che tali illeciti siano oggetto anche della responsabilità da reato delle persone giuridiche.

In linea generale, almeno per quanto riguarda gli artt. 2-12 CoC, si è assistito ad una armonizzazione in Europa, salvo minime differenze sul piano della struttura delle fattispecie¹²⁵.

Anche il legislatore italiano ha ratificato la Convenzione di Budapest con la l. 18 marzo 2008, n. 48, che è intervenuta in quattro "macro settori": a) codice penale; b) codice di procedura penale; c) D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. "Codice Privacy"), oggi aggiornato dal D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101; d) D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ("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")¹²⁶.

¹²⁴ Si consideri che già il 26 maggio 1994 la Commissione Bangemann ha presentato, nell'ambito del Consiglio d'Europa, il Rapporto "L'Europe et la société de l'information planétaire – Recommandations au Conseil de l'Europe" e, il 2 giugno 1994, in Francia, la Commissione Sirinelli presentò il Rapporto "Industries culturelles et nouvelles techniques", con il compito di affrontare le problematiche sulla necessità di riformare il diritto d'autore in relazione alle nuove tecnologie. Le conclusioni raggiunte confermarono che la diffusione delle nuove tecnologie e della tecnica digitale avevano non solo favorito la diffusione legittima delle opere, ma anche comportamenti criminosi che ponevano problemi con riferimento sia ai modi di circolazione dell'opera tutelata che al momento stesso della sua creazione. Cfr. P. SIRINELLI, *Industries culturelles et nouvelles techniques*, [France. Ministère de la culture et de la francophonie](#), Paris, 1994. Cfr. altresì R. FLOR, *Cyber-criminality: le fonti internazionali ed europee*, cit.

¹²⁵ Council of Europe, [National legislation implementing the Convention on Cybercrime: comparative analysis and good practices](#), 2008.

¹²⁶ Sul piano del diritto penale sostanziale la legge, che costituisce il primo intervento organico dopo la l. n. 547 del 1993, ha operato su tre livelli, introducendo nuove fattispecie incriminatrici, abrogando alcune norme e modificandone altre. In verità, la dottrina più attenta ha già rilevato, da un lato, che l'inserimento e la modifica di taluni reati non appaiono "esecutivi della Convenzione", rispecchiando invece scelte autonome del legislatore italiano, dall'altro lato, che le norme propriamente "esecutive" presentano manchevolezze "tecniche e sistematiche". In particolare si è fatto riferimento, nel primo caso, ai nuovi artt. 495 bis c.p. (falsa dichiarazione o attestazione al certificatore di firma elettronica) e 640 quinquies c.p. (frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica) mentre, nel secondo caso, si sono avanzate riflessioni critiche sulle modifiche dell'art. 615 quinquies c.p. (diffusione di apparecchiature, dispositivi e programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico) e sulla "riscrittura" delle disposizioni relative al danneggiamento di dati e di sistemi (artt. 635 bis, 635 ter, 635 quater e 635 quinquies c.p.). Cfr. per tutti L. PICOTTI, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del*



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

A livello europeo, la direttiva 2013/40/UE del 12 agosto 2013 relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione (che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI), costituisce un importante segnale nella lotta alla criminalità informatica e, al contempo, evidenzia le strette connessioni con la criminalità organizzata.

Gli attacchi ai danni dei sistemi di informazione, in particolare gli attacchi connessi alla criminalità organizzata, sono una minaccia crescente a livello sia di Unione europea che mondiale, e la preoccupazione per la possibilità di attacchi terroristici o di matrice politica contro sistemi di informazione che fanno parte dell'infrastruttura critica degli Stati membri e dell'Unione è in aumento¹²⁷. Ciò costituisce una minaccia per la creazione di una società dell'informazione più sicura e di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e richiede pertanto una risposta a livello di Unione europea, nonché un migliore coordinamento e una migliore cooperazione a livello internazionale.

L'Unione europea, inoltre, ritiene opportuno prevedere sanzioni più severe quando un attacco contro un sistema di informazione è perpetrato da un'organizzazione criminale, quale definita nella decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata; quando un attacco informatico è condotto su larga scala, in tal modo colpendo un numero significativo di sistemi di informazione, anche quando è diretto alla creazione di una «botnet»; o quando un attacco informatico causa danni gravi, anche nel caso in cui sia perpetrato attraverso una «botnet». È altresì opportuno prevedere sanzioni più severe quando un attacco è condotto contro un'infrastruttura critica degli Stati membri o dell'Unione¹²⁸.

Gli Stati membri, in collaborazione con l'Unione, dovrebbero altresì cercare di migliorare la cooperazione internazionale relativamente alla sicurezza dei sistemi di informazione, delle reti informatiche e dei dati informatici. Qualsiasi accordo internazionale riguardante lo scambio di dati dovrebbe tenere debito conto della sicurezza del trasferimento e dello stoccaggio dei dati.

La preoccupazione per la connessione fra crimine informatico e crimine organizzato appare evidente anche dalla lettura dell'art. 9, co. 4, della direttiva: «Gli Stati

Consiglio d'Europa, cit., 700 e ss.; nonché L. LUPÁRIA (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime* (L. 18 marzo 2008, n. 48), Milano, 2009. Si consenta di rinviare inoltre, con riferimento ad alcuni settori su cui è intervenuta la legge di ratifica, a R. FLOR, *Phishing y delitos relacionados con el fraude de identidad: un world wide problem en el world wide web*, in AA.V.V., *Robo de identidad y protección de datos*, Navarra, 2010, 77 e ss.; ID., *La responsabilità da reato degli enti dopo la legge di ratifica della Convenzione Cybercrime. Profili di responsabilità penale dell'Internet Service Provider e rilievi critici sulle scelte politico criminali attuate dal legislatore italiano*, in G. BANA, L. CAMALDO (a cura di), *Responsabilità delle persone giuridiche per reati di frode e per crimini informatici*, Brussels, 2009, 341 e ss.; ID., *Frodi identitarie e diritto penale*, in *Riv. giur. ec. az.*, 4, 2008, 184 e ss. Con riferimento ai profili processuali della Convenzione e della relativa legge di recepimento cfr., volendo, L. LUPÁRIA, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2008, 717 e ss.; ID., *I correttivi alle distorsioni sistematiche contenute nella recente legge di ratifica della Convenzione sul cybercrime*, in S. LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, 63.

¹²⁷ V. considerando n. 3 della direttiva.

¹²⁸ V. considerando n. 13 della direttiva.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

membri adottano le misure necessarie ad assicurare che i reati di cui agli articoli 4 e 5¹²⁹ siano punibili con una pena detentiva massima non inferiore a cinque anni, qualora: a. siano commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale quale definita nella decisione quadro 2008/841/GAI, indipendentemente dalla sanzione ivi prevista».

La Risoluzione del Parlamento europeo del 10 settembre 2013 sul gioco d'azzardo *online* nel mercato interno, seguita dalla Raccomandazione della Commissione europea del 14 luglio 2014, considera il gioco d'azzardo un'attività economica non ordinaria, dati i suoi possibili effettivi negativi per la salute e a livello sociale, strettamente connessa alla criminalità organizzata, al riciclaggio di denaro e alla manipolazione degli incontri sportivi (partite truccate). Fenomeno preoccupante in quanto la criminalità organizzata si è decisamente infiltrata anche nell'organizzazione del gioco d'azzardo legale.

Sul versante della raccolta illegale delle scommesse *online* «le operazioni avvengono tramite i siti gestiti da operatori privi di concessione, sovente con sede legale in Paesi a fiscalità agevolata, e ovviamente sottratti ad ogni imposizione fiscale. Si tratta spesso di apparecchiature telematiche – posizionate tipicamente in esercizi che si presentano come meri *internet point* – le quali, attraverso il collegamento in rete, indirizzano automaticamente l'utilizzatore ad offerte di gioco illegali in quanto provenienti da un soggetto privo di concessione. Il cliente non apre un conto di gioco ma utilizza quello dell'esercente, che in tal modo realizza un'illecita intermediazione nel rapporto tra giocatore e operatore *online*, e di conseguenza viene meno l'identificazione del giocatore e la tracciabilità delle transazioni di gioco che avvengono invece per contanti»¹³⁰.

¹²⁹ Art. 4: Interferenza illecita relativamente ai sistemi – Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che l'atto di ostacolare gravemente o interrompere il funzionamento di un sistema di informazione mediante l'immissione di dati informatici, la trasmissione, il danneggiamento, la cancellazione, il deterioramento, l'alterazione o la soppressione di tali dati o rendendo tali dati inaccessibili, compiuto intenzionalmente e senza diritto, sia punito come reato almeno per i casi che non sono di minore gravità.

Art. 5: Interferenza illecita relativamente ai dati – Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che l'atto di cancellare, danneggiare, deteriorare, alterare, sopprimere dati informatici in un sistema di informazione, o di rendere tali dati inaccessibili, compiuto intenzionalmente e senza diritto, sia punibile come reato, almeno per i casi che non sono di minore gravità.

¹³⁰ V. Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, doc. XXIII n. 18, XVII legislatura, approvata dalla Commissione nella seduta del 6 luglio 2016, in cui si legge «L'operazione "New line" della DDA Napoli ha svelato l'esistenza di una struttura clandestina parallela a quella autorizzata, deputata alla raccolta delle scommesse sugli eventi sportivi, ed in particolare sugli incontri di calcio in diversi campionati nazionali ed esteri o su altre competizioni sportive. Attraverso piattaforme web illegali, create *ad hoc* da esperti informatici, l'organizzazione provvedeva alla raccolta clandestina di scommesse da banco, ossia segnando le quote su cui puntare per le varie combinazioni di risultati possibili e successivamente ricavando gli introiti derivanti dalle giocate provvedendo direttamente, nel caso, a coprire eventuali perdite. I soggetti che gestivano i siti web realizzati per la raccolta clandestina delle scommesse su eventi sportivi, erano organizzati gerarchicamente. Al vertice di ogni sito figuravano uno o più soggetti, indicati come "webmaster" (WB), ognuno dei quali ricavava delle provvigioni sul volume delle giocate degli altri soggetti dipendenti. Dai webmaster dipendevano i "master" (M), da questi, a loro volta, dipendevano ulteriori utenti denominati "agenzie" (A). Queste ultime corrispondevano ai gestori dei punti di raccolta delle scommesse, per lo più "corner" o agenzie di scommesse autorizzate. Le "agenzie", dislocate soprattutto nelle province di Caserta e Napoli, ma anche in Sicilia, in Calabria e in Puglia, erano numerosissime. Il volume delle giocate raccolte è stato quantificato in diverse



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Il 24 novembre è entrato in vigore il D.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, che ha dato attuazione alla direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea. La direttiva europea costituisce una ulteriore prova del collegamento fra criminalità organizzata e criminalità informatica. La sua *ratio*, infatti, si deduce dai medesimi considerando, per cui il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera, comprese le organizzazioni criminali di stampo mafioso, è il profitto economico. Fra gli ambiti applicativi delle disposizioni della direttiva rientrano anche i reati previsti dalla direttiva 2013/40/UE relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione¹³¹.

Con il nuovo inciso dell'art. 240 co. 2 n. 1 *bis* c.p. – così come ridisegnato dal D.lgs. n. 202 del 2016 – è stata introdotta una nuova ipotesi di confisca obbligatoria, diretta o –

migliaia di euro a settimana. L'aspetto preoccupante è anche in questo caso la commistione tra gioco legale e gioco illegale. Tali agenzie e ricevitorie erano, infatti, perfettamente inserite nel circuito legale, in quanto risultavano riferibili a concessionarie autorizzate dall'ADM alla raccolta delle scommesse legali. Gli scommettitori erano solitamente ignari di partecipare ad un circuito di scommesse clandestine, atteso che veniva loro consegnata una ricevuta con il logo dell'Agenzia contraffatto, del tutto analoga a quella originale. Non a caso veniva utilizzato questo espediente: il tal modo era reso più difficoltosa l'individuazione dell'illiceità in caso di controlli. Le attività investigative facevano anche emergere che sulle piattaforme informatiche illegali veniva persino manipolata la visualizzazione di alcuni eventi sportivi, in modo da alterare fraudolentemente le vincite e le perdite nel modo più conveniente. b) Vanno altresì ricordate, tra le altre, le indagini "Atlante" e "Repetitajuvant 2", condotte nei confronti delle famiglie mafiose di Caltanissetta e Gela, aventi ad oggetto la gestione di sale per concorsi pronostici a base sportiva clandestine, risultate fittiziamente intestate a prestanomi. Così pure le operazioni "Luce", "Idra 2", "Araba Fenice", condotte rispettivamente da Carabinieri, Guardia di finanza e Polizia di Stato, che a partire dall'anno 2011, hanno svelato il crescente interesse delle articolazioni mafiose palermitane nel settore delle scommesse sportive *online*. L'operazione "Antropos" del 2012 ha invece messo in luce come anche lo storico mandamento mafioso della Noce, connotato da antica alleanza con il capomafia Salvatore Riina, abbia investito le proprie risorse criminali nella gestione delle scommesse sportive»

¹³¹ Alle iniziative europee deve essere aggiunta anche la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale. Questo quadro può essere completato con il «documento di conclusioni che il Consiglio dei Ministri della Giustizia ha adottato nel giugno del 2016 e che impegna la Commissione ad un'attività conoscitiva attualmente in corso e che sfocerà, nel giugno 2017, nella presentazione da parte della Commissione degli esiti, che potranno comprendere sia misure operative di adattamento di misure esistenti (ad esempio, la possibilità di impiegare i moduli della ormai prossima Direttiva sull'ordine europeo dell'indagine penale per l'acquisizione transfrontaliera della prova elettronica, quindi con un sistema che permetta di richiedere queste prove anche elettronicamente, con uno scambio veloce di una prova che per sua natura è volatile e per la quale i tempi di acquisizione si rivelano determinanti), sia attraverso l'adozione di misure normative, laddove si dimostri necessario che l'approccio comune cui si ispirano queste Conclusioni abbia un supporto normativo – in particolare per quanto riguarda i criteri di collegamento per l'acquisizione di questi dati – che potrà, in un futuro a breve scadenza, essere oggetto di una nuova proposta della Commissione» (v. *audizione De Matteis*). Queste iniziative si fondano sulla necessità di «ripensare il collegamento tra un dato elettronico che funge da prova in un procedimento penale e il territorio, e quindi la giurisdizione, di uno Stato membro. Di fronte alla constatazione che parlare di collocazione territoriale nei confronti di dati elettronici è sempre più illusorio, bisogna valutare se possono esserci dei criteri diversi da quello territoriale sulla base dei quali considerare un certo dato elettronico collegato ad una giurisdizione ai fini della sua acquisizione, sia diretta che transfrontaliera» (v. *audizione De Matteis*). Si veda, inoltre, Circolare 26 ottobre 2017 – Attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo (Dipartimento per gli affari di giustizia, Direzione generale della giustizia penale).



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

se non è possibile procedere alla confisca diretta – per equivalente, dei beni che costituiscono il profitto o il prodotto dei reati informatici di cui agli artt. 615 *ter* (Accesso abusivo ad un sistema informatico), 615 *quater* (Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici), 615 *quinqüies* (Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico), 617 *bis* (Installazione di apparecchiature atte ad intercettare o impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche), 617 *ter* (Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche), 617 *quater* (Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche), 617 *quinqüies* (Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche), 617 *sexies* (Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche), 635 *bis* (Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici), 635 *ter* (Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità), 635 *quater* (Danneggiamento di sistemi informatici o telematici), 635 *quinqüies* (Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità), 640 *ter* (Frode informatica) e 640 *quinqüies* (Frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica).

4. Criminalità organizzata “tradizionale” e nuove tecnologie (casi *sub a.* e *sub b.*): profili di diritto penale sostanziale.

- a. Il crimine organizzato c.d. tradizionale può avvalersi delle nuove tecnologie o di Internet (compresi *deepweb* e *darknet*):
 - nelle *fasi preparatorie* alla commissione dei reati [uso di Internet per le comunicazioni fra i membri dell’organizzazione, anche tramite strumenti c.d. *voice over ip* (VoIP) o *app* di messaggistica protette da crittografia/cifratura *end to end* (ad es. *Signal*, *Wire* o *Dust*), acquisto di armi nel *deepweb* (anche attraverso *darknet*), utilizzo di sistemi di geo-localizzazione satellitare, utilizzo di sistemi di sorveglianza a distanza via *wifi* per il controllo del territorio]
 - per *commettere reati* realizzati dai membri dell’organizzazione [distribuzione di sostanze stupefacenti attraverso il *deepweb* (in *blackmarkets* simili, ad esempio, a *skill road*), riciclaggio di proventi illeciti (attraverso *blackmarkets* nel *deepweb* o in *darknet*), frodi tramite carte di credito (in *Tor blackmarkets*), operazioni “commerciali” di prodotti contraffatti, oro e preziosi¹³², gioco d’azzardo *online*]
 - per “*monitorare*” le attività di indagine attraverso il “*monitoraggio*” di testate giornalistiche *online*, *social media* e *social network*¹³³.

¹³² V. Ministero dell’Economia e delle Finanze GIPAF – Gruppo di Lavoro Interdisciplinare per la Prevenzione Amministrativa delle Frodi sulle Carte di Pagamento, 2015.

¹³³ In alcuni Stati, dopo episodi di criminalità grave (ad es. attentati terroristici) le autorità hanno invitato



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

- b. La criminalità organizzata tradizionale si può avvalere dei servizi offerti da singoli “professionisti” (esperti informatici) o gruppi criminali operanti nel *web* (soprattutto nel *deepweb*) per compiere diverse operazioni, fra cui:
- compravendita di identità digitali o di nuovi documenti di identità, anche contraffatti;
 - attività di spionaggio o di acquisizione di informazioni attraverso accessi illeciti a sistemi informatici o l’uso di *software* malevoli installati in qualsiasi *device* (*smartphone, tablet, laptop*);
 - danneggiamento di sistemi informatici o di dati e informazioni ivi archiviate;
 - acquisizione di sistemi o piattaforme per realizzare frodi *online* o per poter riciclare fondi di provenienza illecita;
 - fruire del supporto in *blackmarkets*, nel *deepweb* o in *darknet* per il traffico di armi ed esplosivi, la tratta di persone, il traffico di stupefacenti;
 - fruire del supporto in *blackmarkets*, nel *deepweb* o in *darknet* per il commercio di prodotti contraffatti (soprattutto in violazione dei diritti di proprietà industriale);
 - fruire del supporto in *blackmarkets*, nel *deepweb* o in *darknet* per il commercio di medicinali contraffatti¹³⁴;
 - gioco d’azzardo *online* e scommesse clandestine.

In questi casi il nostro ordinamento è dotato, formalmente, di strumenti penalistici di tutela, potendo configurarsi, astrattamente, fattispecie penali “comuni” (reati informatici c.d. impropri) in cui la tecnologia e la rete costituiscono uno dei modi per la commissione del reato. È il caso, ad esempio, del traffico di sostanze stupefacenti, dell’art. 648 *bis* c.p. (riciclaggio), dell’art. 497 *bis* c.p. (possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi), o degli artt. 482 e 483 c.p. (falsità commesse dal privato), ovvero dell’art. 494 c.p. (sostituzione di persona) se ne ricorrono i presupposti. Potrebbe trovare applicazione anche l’art. 640 c.p. (truffa) se, attraverso le tecnologie, la rete o altri espedienti di natura informatica (ad es. una falsa *e-mail* o un falso *form online*) una persona viene indotta in errore e convinta a comunicare credenziali di autenticazione per accedere a spazi informatici al fine di svolgere operazioni finanziarie *online* (c.d. *phishing*). Queste ultime possono essere effettuate dal *phisher* direttamente, “abusando” della identità digitale, oppure da una terza persona, che a sua volta potrebbe essere stata indotta in errore ed essere così convinta di adempiere ad un contratto (c.d. *financial manager*) in cui crede di svolgere operazioni finanziarie lecite in qualità di “intermediario”.

mezzi di stampa e cittadini a non diffondere informazioni sulle indagini in *social media* e *social network*, per non agevolare la fuga degli attentatori, che potrebbero trarre beneficio da tali informazioni (v. quanto accaduto dopo gli attacchi di stampo terroristico in Belgio ed in Francia).

¹³⁴ Si tratta, questo, di un settore di criminalità particolarmente in crescita (v. A. DI NICOLA, E. MARTINI, G. BARATTO, *FAKECARE – Developing expertise against the online trade of fakemedicines by producing and disseminating knowledge, counterstrategies and tools across the EU*, ECrime, Trento, 2015).

Merita alcune riflessioni l'art. 9, co. I, lett. a) del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, (*"disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province"*) – convertito con modificazioni dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119 – che ha inserito nell'art. 640 *ter* c.p. (frode informatica) un nuovo comma che sanziona la frode informatica commessa mediante sostituzione (*furto o indebito utilizzo*) *"dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti"*.

Sul piano della collocazione sistematica, una parte della dottrina¹³⁵ ritiene si tratti di una circostanza aggravante della frode informatica, argomentando sul tenore della disposizione, che utilizza i termini *"se il fatto è commesso con"*, anziché ridescriverlo o perlomeno usare la locuzione: *"se il fatto consiste in"*, rinviando necessariamente al contenuto tipizzato nell'ipotesi base di cui al co. 1 dell'art. 640 *ter*¹³⁶.

In verità sollevano maggiori dubbi le questioni relative alla formulazione tecnica della fattispecie e all'assenza di una definizione di *"identità digitale"* che possa essere rilevante almeno agli effetti della legge penale.

Sembra opportuno evidenziare che in sede di conversione del decreto legge, il Parlamento, anziché adottare l'originaria locuzione *«se il fatto è commesso con sostituzione dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti»*, ha optato per quella: *«furto o indebito utilizzo»*. Pur ritenendo apprezzabile la modifica del termine originario apparentemente troppo ambiguo¹³⁷, l'espressione *"furto"* d'identità digitale sembra richiamare (impropriamente) le condotte di sottrazione e impossessamento previste dall'art. 624 c.p., che sono tecnicamente riferite ad un oggetto fisico-materiale, espresso dal termine *"cosa"*.

L'identità digitale, però, anche se non definita normativamente, è chiaramente da intendersi quale entità immateriale¹³⁸ insuscettibile di sottrazione ed impossessamento. Anche se fosse *"incorporata"* in un supporto informatico, sarebbe quest'ultimo a rappresentare l'oggetto – la *res* – del *"furto"*¹³⁹.

Proprio le difficoltà sorte nel definire l'*"acquisizione abusiva"* dell'identità digitale, ha portato il legislatore a fare riferimento, in settori *extra* penalistici, alla nozione di *«impersonificazione»*, definita dall'art. 30 *bis* del D.lgs. 141/2010¹⁴⁰. Anch'essa, però,

¹³⁵ Cfr. G. MALGIERI, [La nuova fattispecie di "indebito utilizzo d'identità digitale": un problema interpretativo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 143 ss.; ID., *Il furto di "identità digitale": una tutela patrimoniale della personalità*, in D. FALCINELLI, R. FLOR, S. MARCOLINI (a cura di), *La giustizia penale nella "rete"*, Milano, 2015, 37 ss.; C. CRESCIOLI, [La tutela penale dell'identità digitale](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2018, 265 ss.

¹³⁶ G. MALGIERI, *La nuova fattispecie*, cit., 145.

¹³⁷ In tal senso L. PISTORELLI, *Relazione Ufficio del Massimario Cassazione*, n. III/01/2013 del 22 agosto 2013, p. 7; F. CAJANI, *La tutela penale dell'identità digitale alla luce delle novità introdotte dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119)*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 2014, 1103.

¹³⁸ R. FLOR, *Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, n. 2-3, 899 ss.

¹³⁹ Ibidem 910; *contra* D. FALCINELLI, *Tempi moderni e cultura digitale: il valore patrimoniale dell'identità umana "on line"*, in *Ind. pen.*, 2015, 297 ss.

¹⁴⁰ Si tratta del decreto di attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori

ammesso che possa costituire un utile parametro ermeneutico di ordine sistematico, appare inidonea a chiarire la distinzione, introdotta dal legislatore penale, fra “furto” e “utilizzo”¹⁴¹.

Nemmeno la condotta di “indebito utilizzo” è, infatti, di facile interpretazione¹⁴².

Se l'identità digitale costituisce un profilo abilitativo “personale” per la fruizione di (o l'accesso a) determinati spazi informatici o servizi nel *cyberspace* – vale a dire attraverso i sistemi informatici ed Internet – il suo “utilizzo” appare confondersi con il “trattamento” di *dati personali*, di cui al Codice *privacy* (D.lgs. 196/2003, come modificato dal D.lgs. 101/2018 di attuazione del Regolamento 2016/679/UE, c.d. GDPR).

Infatti, ai sensi dell'art. 4, n. 2, del Regolamento europeo, il “trattamento” consiste in qualsiasi operazione od insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali od insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione.

Tale nozione di “trattamento” è riferita però soltanto ai “dati personali”. Ed occorre precisare che non sempre è a questi riconducibile l'identità digitale, in quanto essa potrebbe invece costituire una “misura di sicurezza” adottata per la “protezione” dei dati e dei sistemi. Un suo “indebito utilizzo”, in tal caso, comporterebbe una – o costituirebbe un'attività prodromica alla – violazione delle misure di sicurezza per l'accesso al sistema o per l'acquisizione di dati e informazioni.

Una parte della dottrina¹⁴³ ha ritenuto che potrebbe essere maggiormente coerente con le intenzioni del legislatore richiamare la distinzione tra *unauthorized access* (accesso non autorizzato a sistemi altrui / possesso non autorizzato di dati altrui) e *unauthorized use* (uso non autorizzato di dati altrui lecitamente posseduti)¹⁴⁴ e, dunque, la nozione di «sostituzione dell'identità digitale», ne rappresenterebbe generalmente l'effetto o la conseguenza.

Seguendo questa impostazione ermeneutica il «furto» dovrebbe essere interpretato alla stregua di un'apprensione illecita dell'identità digitale (o delle sue “componenti” essenziali come, ad es., nome utente e *password*), mentre l'«indebito utilizzo» dovrebbe essere inteso quale “uso abusivo” dell'identità digitale¹⁴⁵.

creditizi. (10G0170) (GU n. 207 del 4-9- 2010 - Suppl. Ordinario n. 212). L'art. 30 *bis*, co. 1, prevede che: “Ai fini del presente decreto legislativo per furto d'identità si intende: a) l'impersonificazione totale: occultamento totale della propria identità mediante l'utilizzo indebito di dati relativi all'identità e al reddito di un altro soggetto. L'impersonificazione può riguardare l'utilizzo indebito di dati riferibili sia ad un soggetto in vita sia ad un soggetto deceduto; b) l'impersonificazione parziale: occultamento parziale della propria identità mediante l'impiego, in forma combinata, di dati relativi alla propria persona e l'utilizzo indebito di dati relativi ad un altro soggetto, nell'ambito di quelli di cui alla lettera a)”.

¹⁴¹ G. MALGIERI, *La nuova fattispecie*, cit., 146.

¹⁴² *Ibidem*, 144.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Così G. MALGIERI, *La nuova fattispecie*, cit., 147; D. FALCINELLI, *Tempi moderni*, cit., 297 ss.; entrambi rinviano a M. WASIK, *Crime and the computer*, Oxford, 1991.

¹⁴⁵ Così G. MALGIERI, *La nuova fattispecie*, cit., pp. 147, 151.

In ogni caso, pur tentando con estrema difficoltà, con riferimento alle condotte tipiche, di fornire soluzioni interpretative nei limiti imposti dal divieto di estensione analogica *in malam partem*, rimane irrisolto il problema definitorio dell'«identità digitale», che come già è emerso sopra, potrebbe essere intesa, da un lato, in senso restrittivo, ossia quale “profilo abilitativo” o “credenziali di autenticazione”¹⁴⁶; dall'altro lato, potrebbe essere ricondotta nell'ambito del più complesso sistema di protezione dei “dati personali”.

Una parte della dottrina ha proposto la distinzione fra «identità digitale», «impronta digitale» e «ombra digitale»¹⁴⁷.

Un'altra parte della dottrina sembra impiegare il termine “identità digitale” per designare l'«insieme delle informazioni e delle risorse concesse da un sistema informatico ad un particolare utilizzatore», le quali «di norma, sono protette da un sistema di autenticazione» mediante «parola chiave (*password*), caratteristiche biologiche (iride, impronta digitale, impronta vocale, riconoscimento del volto, ecc.) o attraverso un particolare oggetto (tessera magnetica, *smart card*, ecc.)»¹⁴⁸.

Si tratta di tentativi definitori che, comunque, da un lato, sembrano ruotare attorno alla c.d. fase autenticativa – piuttosto che a quella riconoscitiva – collegata a condotte di “furto” d'identità digitale, in cui il fulcro del disvalore sociale è incentrato sulla acquisizione o sulla sottrazione dei dati riservati, ossia di dati e informazioni di autenticazione o di abilitazione che afferiscono ad un'ampia area di riservatezza del titolare; dall'altro lato, non sembrano poter ovviare all'assenza di una definizione *giuridica* di identità digitale, che sarebbe auspicabile almeno agli “effetti della legge penale”, per evitare il rischio di operazioni ermeneutiche eccessivamente late, se non funamboliche, ovvero eccessivamente restrittive.

Un'ulteriore questione che fa emergere l'incriminazione del “furto o indebito utilizzo di identità digitale” è rappresentata dalla sua collocazione sistematica (al comma 3 dell'art. 640 *ter* c.p.), vale a dire quale ipotesi aggravata di frode informatica.

Se si ritiene, infatti, che si tratti di una circostanza aggravante, né il furto, né l'indebito utilizzo di identità digitale possono di per sé assumere rilevanza penale, che è

¹⁴⁶ In questo senso R. FLOR, *Phishing, identity theft*, cit., p. 903. In relazione ai fenomeni criminali come il *phishing*, però, l'Autore ha distinto *identity abuse*, *identity theft* e *identity related fraud*. In giurisprudenza vedi Cass. pen., Sez. II, 6 marzo 2013, n. 13475, in *CED Cass. pen.*, 2013; Cass. pen., Sez. II, 15 marzo 2011, n. 17748, in *CED Cass. pen.*, 2011.

¹⁴⁷ L'identità digitale sarebbe «costituita dall'insieme di dati che permettono di ricollegare un documento informatico ad una macchina e quindi al soggetto (fisico o giuridico) che lo possiede»; «essa consta al minimo dell'*user id* (nome utente) e di una *password*» Per «impronta digitale» dovrebbe intendersi invece il «complesso delle informazioni fornite consapevolmente da ognuno al sistema telematico, per distinguersi dagli altri»; mentre l'«ombra digitale [sarebbe] composta dall'insieme delle informazioni relative alla vita di ogni individuo, quali i documenti cartacei, fotografici e di altro genere, che derivano dalla frequentazione dell'individuo con l'ambiente (reale e virtuale) che lo circonda». Si veda P. CIPOLLA, *Social network, furto di identità e reati contro il patrimonio*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2012, 2675; D. FALCINELLI, *Tempi moderni*, cit., 308 s.

¹⁴⁸ C. FLICK, *Falsa identità su internet e tutela penale della fede pubblica degli utenti e della persona*, in *Dir. Inf.*, fasc. 4-5, 2008, 530.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

condizionata alla dimensione patrimoniale dell'altrui danno con ingiusto profitto per sé od altri¹⁴⁹.

Appare evidente che la discussione sul bene giuridico protetto dall'incriminazione dell'illegittima acquisizione ed/od abusiva fruizione dell'identità digitale altrui non possa essere ridotta alla sola tutela del patrimonio, di fronte a fenomeni criminosi ormai estremamente diffusi, che vanno ben oltre le truffe e le frodi informatiche commesse attraverso l'abuso di identità digitale.

Ulteriori e gravi profili d'offesa di diritti anche fondamentali ed interessi meritevoli di protezione (penale) nel *Cyberspace* sono ravvisabili in tali fenomeni, a partire dalle conseguenze anche psicologiche sofferte dalle vittime¹⁵⁰, fino all'eventuale pregiudizio all'onore ed alla reputazione subito dalla persona offesa¹⁵¹, in ogni caso potendo essere coinvolte lesioni alla sfera più intima della riservatezza e dell'autodeterminazione informativa¹⁵², accanto a profili di sicurezza e di certezza nel traffico giuridico informatizzato, di interesse di tutta la collettività nell'attuale dimensione globale della Rete.

Ulteriori ipotesi possono riguardare l'applicazione del reato di "abuso di carte di credito o di pagamento" (*ex art. 55, co. 9, D.lgs. n. 231 del 2007*). In questo ultimo caso è stato necessario ricorrere ad interpretazioni "evolutive" per poter ricondurre il fatto concreto nell'area di punibilità della fattispecie incriminatrice.

Recentemente tale disposizione è stata abrogata dall'art. 7, D.lgs. n. 21/2018 (*"Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'art. 1, co. 85, lett. q), della legge 23.6.2017, n. 103"*), il quale, nell'ambito della delega della c.d. "riserva di codice" ha introdotto il nuovo art. 493 *ter* c.p. (indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento), che riprende sostanzialmente tutti gli elementi costitutivi delle precedenti fattispecie.

La condotta di "utilizzo" faceva riferimento, in origine, all'uso del supporto (ossia la carta di credito e di pagamento). Con la diffusione dei pagamenti *online* hanno assunto rilevanza i dati incorporati nel supporto (e non il supporto di per sé) e le credenziali di autenticazione per poter fruire della carta. Pertanto viene ricondotto ora al concetto di "utilizzo" anche l'uso indebito di quei dati attraverso un sistema di pagamento *online*.

In altre ipotesi sorgono, invece, limiti interpretativi insuperabili. La condotta di "detenzione", infatti, non è assimilabile a quella di "accesso" a determinati contenuti *online*. La distinzione risulta essere di rilevanza pratica ed essenziale. Nel primo caso si tratta di "avere la disponibilità" di un contenuto, in quanto conservato o archiviato in

¹⁴⁹ Una parte della dottrina ha cercato di ampliare la portata della fattispecie in esame, tentando di includere nella definizione di "danno" anche il "lucro cessante". Cfr. i riferimenti, su questo punto, di G. MALGERI, *Il furto di identità digitale*, cit., 48 ss.; C. CRESCIOLI, *La tutela penale*, cit. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. II, 11 settembre 2013, n. 37170; Cass. pen., Sez. II, 16 settembre 2009, n. 40790.

¹⁵⁰ Si pensi all'abuso di identità digitale che comporti il caricamento, su canali personali di *social media* o social network, di video a sfondo sessuale che vedono come protagonista la persona offesa.

¹⁵¹ Si pensi alle ipotesi di abuso di identità digitale con cui vengono caricati, ad es. sul profilo personale di Facebook, frasi offensive, ovvero *post* con contenuti razzisti o aventi ad oggetto diverse forme di apologia.

¹⁵² Si fa riferimento ai casi in cui l'abuso dell'identità digitale comporta l'accesso a spazi informatici riservati, contenenti dati personali, se non intimi o segreti.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

un supporto fisico (ad es. un *hardware*). Nel secondo caso, invece, lo stesso contenuto potrebbe trovarsi in un ambiente virtuale (*web* o *cloud*) rispetto al quale non è possibile collegare un ambito fisico e/o territoriale. Semplificando, si pensi alla detenzione di materiale pedopornografico, punibile nel caso in cui vengano trovate immagini o parti di immagini nella memoria non temporanea di un *device* dell'imputato. Non sarebbe punibile, invece, il mero accesso a quelle stesse immagini pedopornografiche, ad esempio solamente visitando una pagina *web* o accedendo a spazi *online* (*host*) anche in *cloud*.

Potrebbero altresì configurarsi reati informatici c.d. propri come, ad esempio, l'art. 615 *ter* c.p. (accesso abusivo a sistemi informatici), gli artt. 635 *bis*-635 *quinquies* (danneggiamenti informatici), ovvero gli artt. 617 *quater*-617 *sexies* c.p., in caso di intercettazioni abusive, impedimenti o interruzioni illeciti di comunicazioni informatiche, oppure di applicazione di dispositivi atti ad intercettare o, ancora, di falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche. Nelle ipotesi di "compravendita" di "identità digitali", ossia nei casi di chi abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo, potrebbe trovare applicazione l'art. 615 *quater* c.p.

Per quanto riguarda il gioco d'azzardo e le scommesse clandestine, il quadro è assai complesso. Un'indagine condotta dalla Direzione distrettuale antimafia del tribunale di Salerno, denominata "operazione JammJamm"¹⁵³, ha evidenziato l'esistenza

¹⁵³ Le risultanze dell'indagine - in cui sono state indagate 64 persone, di cui 57 accusate del reato di associazione per delinquere di tipo mafioso - hanno determinato l'emanazione da parte del GIP distrettuale del tribunale di Salerno di un'ordinanza di custodia cautelare nei confronti di 18 persone, oltre numerose perquisizioni e i sequestri, tra gli altri, di 23 attività commerciali e di 11 siti internet illegali oscurati. V. Relazione sulle infiltrazioni mafiose e criminali nel gioco lecito e illecito, Doc. XXIII n. 18, XVII leg., 39 ss. (in cui si richiama altresì relazione del Raggruppamento Operativo Speciale Carabinieri, "Il rischio di infiltrazione della criminalità organizzata nel settore delle scommesse sportive e dei giochi on line", depositata all'esito dell'audizione del comandante terzo Reparto ROS in data 8 marzo 2016). Al punto 4.3. - Gioco online - si legge: «Sul fronte del gioco *on line* sono risultate estremamente diffuse le condotte illecite che consistono nell'operare tramite siti illegali gestiti da società straniere, i cui *server* sono collocati in paesi a fiscalità agevolata (siti che presentano un'estensione ".com" o comunque diversa da ".it"). Si tratta di un circuito clandestino in cui tautologicamente è assente qualsiasi controllo ed impossibile imporre regole di tracciabilità. Evidenti sono da un lato le opportunità che il sistema offre alla criminalità organizzata sul fronte delle operazioni di riciclaggio, consentendo lo spostamento anche di ingenti somme di denaro in assenza di qualsiasi tipo di controllo, dall'altro il rischio per i giocatori di vedersi clonate le carte di credito o di subire un furto di identità elettronica [...]. L'attività di contrasto al gioco illegale a distanza, gestito da siti *web*, ha portato negli ultimi anni ai provvedimenti di inibizione di ben 5.834 siti di giochi sprovvisti di autorizzazione. La lotta all'illegalità risulta compromessa in ragione del grado di sofisticazione tecnologica di cui il mercato illegale può beneficiare. È stato evidenziato a tal fine che "l'inibizione all'accesso ai siti illegali è facilmente aggirabile dai giocatori e non prevede la rimozione fisica dei contenuti, in quanto questi risultano legali in altre giurisdizioni; le istruzioni sono agevolmente reperibili su internet; i gestori dei siti illegali, non appena la *black list* viene aggiornata, provvedono a pubblicare un nuovo indirizzo internet e lo comunicano ai giocatori. I banner pubblicitari che promuovono i siti illegali rimandano sempre ad un indirizzo non ancora incluso nella *black list*" (v. Relazione dell'ADM depositata nel corso dell'audizione alla Commissione parlamentare antimafia del 5 aprile 2016)». All'esito dell'indagine nota come "Imitation Game", diretta dalla Direzione distrettuale



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

di un sodalizio criminale operante sull'intero territorio nazionale, in particolare in Campania, Basilicata e Calabria, con proiezioni internazionali in Canada, nel Regno Unito, nonché a Malta e nel Montenegro, dedito all'esercizio del gioco *online* con piattaforme illegali di siti *web* esteri, abusivamente attive in Italia in assenza della prescritta autorizzazione. I siti di gioco erano stati alterati in modo da rendere impossibile per il giocatore effettuare vincite apprezzabili. L'organizzazione poteva realizzare le proprie finalità illecite grazie anche alla complicità dei gestori di esercizi commerciali che "ospitavano" le piattaforme di gioco e di raccolta delle scommesse clandestine.¹⁵⁴

antimafia di Roma, è stata eseguita nel gennaio 2016 un'ordinanza di custodia cautelare in carcere nei confronti di undici persone, cui è stata contestata l'associazione a delinquere a carattere transnazionale volta a commettere una serie indeterminata di reati attraverso una rete illegale del gioco *on line*, aggirando, in tal modo, la normativa di settore e omettendo fraudolentemente il versamento di tributi erariali per la concessione del gioco, al fine di realizzare plurime truffe ai danni dello Stato». V. Relazione sulle infiltrazioni mafiose e criminali nel gioco lecito e illecito, cit. La stessa relazione conferma, per quanto riguarda il settore delle scommesse, facendo riferimento all'operazione "New line" della DDA Napoli, l'esistenza di una «struttura clandestina parallela a quella autorizzata, deputata alla raccolta delle scommesse sugli eventi sportivi, ed in particolare sugli incontri di calcio in diversi campionati nazionali ed esteri o su altre competizioni sportive. Attraverso piattaforme *web* illegali, create *ad hoc* da esperti informatici, l'organizzazione provvedeva alla raccolta clandestina di scommesse da banco, ossia segnando le quote su cui puntare per le varie combinazioni di risultati possibili e successivamente ricavando gli introiti derivanti dalle giocate provvedendo direttamente, nel caso, a coprire eventuali perdite. I soggetti che gestivano i siti *web* realizzati per la raccolta clandestina delle scommesse su eventi sportivi, erano organizzati gerarchicamente. Al vertice di ogni sito figuravano uno o più soggetti, indicati come "webmaster" (WB), ognuno dei quali ricavava delle provvigioni sul volume delle giocate degli altri soggetti dipendenti. Dai *webmaster* dipendevano i "master" (M), da questi, a loro volta, dipendevano ulteriori utenti denominati "agenzie" (A). Queste ultime corrispondevano ai gestori dei punti di raccolta delle scommesse, per lo più "corner" o agenzie di scommesse autorizzate».

¹⁵⁴ Secondo la normativa vigente non possono ottenere licenze, autorizzazioni, concessioni o ne decadono di diritto: 1) le persone alle quali sia stata applicata, con provvedimento definitivo, una misura di prevenzione, nonché a coloro che risultano condannati con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, ma confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, c.p.p., e dall'art. 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti); 2) le persone nei cui confronti sono stati adottati provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che hanno riportato condanna anche non definitiva per taluno dei delitti di cui agli artt. 629, 644, 648 bis, e 648 ter c.p., o dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. L'informazione antimafia è altresì richiesta nei confronti di chi sia stato destinatario della proposta o del provvedimento di applicazione di taluna delle misure di cui agli artt. 2 bis, 2 ter, 3 bis e 3 quater della legge 31 maggio 1965, n. 575, e nei confronti dei soggetti residenti nel territorio dello Stato, che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa; 3) le persone condannate, anche con sentenza non definitiva, ovvero imputate o indagate, per uno dei delitti previsti dagli artt. 416, 416 bis, 648, 648 bis e 648 ter c.p. ovvero, se commesso all'estero, per un delitto di criminalità organizzata o di riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite. Sulla scorta di tale interpretazione, la Corte di Cassazione ha più volte ribadito che la raccolta di scommesse da effettuare con diverse società, sia italiane che straniere, svolta in difetto dell'autorizzazione richiesta dal TULPS da parte del gestore di un *internet point* costituisce reato di esercizio abusivo di attività organizzata per l'accettazione e la raccolta di scommesse sportive (Cass. pen., Sez. III, 8 giugno 2011, n. 29523; Cass. pen., Sez. III, 4 marzo 2015, n. 26728; Cass. pen., Sez. III, 19 febbraio 2015, n. 27137; Cass. pen., Sez. II, 24 marzo 2016, n. 573). La Corte di giustizia ha affermato che, secondo una giurisprudenza costante, le restrizioni alle attività dei giochi d'azzardo possono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, quali la tutela dei consumatori nonché la prevenzione delle frodi e dell'incitamento dei cittadini a spese eccessive legate al



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

La “partecipazione” o la “collaborazione” di uno o più soggetti esterni all’attività dell’organizzazione criminale può porsi su almeno due livelli.

Da un lato, infatti, l’apporto tecnico di un soggetto esterno o di più soggetti esterni all’organizzazione potrebbe configurarsi quale ipotesi di concorso esterno in associazione mafiosa (artt. 110 e 416 *bis* c.p.).

Dall’altro lato, guardando al comportamento delle “vittime” (soggetti passivi), pur essendovi situazioni in cui tale comportamento non contribuisce alla commissione del reato (ad es. nelle ipotesi di attacchi informatici ed accessi non autorizzati a sistemi protetti da misure di sicurezza), sussistono altri casi in cui l’utente non rispetta le norme elementari di sicurezza o non tiene un comportamento prudente ed esigibile nell’utilizzo del *computer*, dello *smartphone* o della rete (ad es. nelle ipotesi di frode informatica, truffa comune, abuso di identità digitale). Tali *device*, infatti, potrebbero essi stessi essere utilizzati quali “zombie”, ossia all’insaputa dell’utente essere compromessi e infettati in modo tale da permettere a persone non autorizzate di assumerne in parte o per intero il controllo. Generalmente divengono parte di una *botnet* (una rete composta da numerosi altri *computer* o *devices*, tutti infettati) che può venire utilizzata per compiere attacchi verso terze parti.

Fra i casi italiani ad oggi noti¹⁵⁵ è possibile riportare quello in cui numerosi falsi messaggi di posta elettronica sono stati inviati a dipendenti del Ministero degli Esteri e di altri uffici pubblici. L’indirizzo del mittente è stato falsificato ed i messaggi di posta sono stati formulati in maniera da sembrare affidabili. Tuttavia, essi contenevano un *trojan horse* che ha captato le credenziali di autenticazione degli utenti, successivamente inviate ad un *server* straniero da dove potevano essere utilizzate o cedute illegalmente. I reati contestati sono stati: l’accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico e detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso (art. 615 *ter* e 615 *quater* c.p.); diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico (art. 615 *quinquies* c.p.); frode informatica (art. 640 *ter*); intercettazione abusiva di informazioni e comunicazioni (art. 617 e seg. c.p.). Questo caso ha, di fatto, ridimensionato sostanzialmente il ruolo di singoli *hacker* o di attività illegali estemporanee, prive di una struttura organizzativa. In realtà, infatti, è emerso un piano criminoso elaborato, che richiede organizzazione di mezzi, tecnologie e risorse umane, se non un ambito di connessione con il crimine organizzato.

Tale connessione appare evidente anche in ulteriori tre casi noti¹⁵⁶: nel primo, due principali organizzatori di un gruppo composto da circa 30 persone fornivano legalmente servizi di *server* e *hosting* a numerosi soggetti privati ed associazioni di imprese. Attraverso questa attività lecita occultavano centinaia di “*smswarez*” (espressione che designa il commercio illegale di contenuti protetti da *copyright*

gioco e che per quanto riguarda la normativa italiana in materia di giochi d’azzardo, l’obiettivo attinente alla lotta contro la criminalità collegata a tali giochi è idoneo a giustificare le restrizioni alle libertà fondamentali derivanti da tale normativa (Sentenza Biasci e a., C-660/11 e C-8/12, EU:C:2013:550).

¹⁵⁵ Digesto, cit., 118 ss.

¹⁵⁶ Tutti riportati da Digesto, cit., 118 ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

attraverso pagamenti via SMS), 'smswebs' (pagine *web* da cui è possibile scaricare contenuti protetti da *copyright* tramite pagamenti via SMS) e "torrents"; nel secondo, gli organizzatori e i loro complici facevano uso di *spam* per pubblicizzare i servizi illeciti.

Alla fine sono stati sequestrati 48 *server* illegali della dimensione di 200-250 *terabyte* ed altro materiale ad alta tecnologia in 16 diversi locali. Secondo l'esperto ungherese "è stata smantellata una organizzazione criminale basata su Internet con rapporti professionali in tutto il Paese. La gravità dell'attività illecita trova conferma nel fatto che, in base alle informazioni disponibili, il volume dei dati illeciti sequestrati in tutto il mondo è pari a 45 *terabyte*". Nel terzo caso, il gruppo criminale utilizzava una rete di *computer* alla quale avevano accesso e che avevano infettato con *malware* appositamente scritto all'insaputa dei proprietari. Da questi *computer* il gruppo poteva lanciare attacchi distribuiti DDoS, all'insaputa degli utenti. I ruoli assegnati ai membri dell'organizzazione criminale richiedevano tutti conoscenze e competenze informatiche specializzate (ad esempio, preparare uno speciale modulo di programma per la gestione di programmi autoreplicanti e lo sfruttamento dei punti deboli del sistema operativo *Windows* al fine di acquisire il controllo di *computer* remoti all'insaputa dell'utente; monitorare un attacco mentre vengono colpiti i *server* e porre rimedio ad eventuali errori o malfunzionamenti; studiare nuovi *virus* informatici per un successivo utilizzo da parte del gruppo). Per occultare le proprie attività illecite, i criminali utilizzavano *server proxy* anonimi, servizi di rete privata virtuale (VPN), *server* di posta anonimi ed altre tecniche. Il denaro estorto veniva inviato, tramite le reti internazionali di pagamento, a persone residenti in Lettonia, le quali provvedevano al successivo inoltro nella Federazione russa. Le vittime dell'estorsione erano società di allibratori la cui attività dipendeva interamente dall'accesso costante ad Internet, in quanto le scommesse avvenivano esclusivamente *online*. Ad esempio, in un attacco DDoS il *server* della società presa di mira è stato inondato da circa 425 indirizzi IP univoci stabilendo oltre 600.000 connessioni simultanee con il *server web* della società, con l'invio di richieste di informazioni ad oltre 70 MB al secondo (in condizioni normali il *server web* avrebbe ricevuto richieste a 2 MB al secondo). L'attacco ha provocato la disconnessione del sito della società da Internet ed i criminali hanno chiesto ed ottenuto l'importo di 40.000 \$ USA minacciando che, qualora la loro richiesta non fosse stata accolta, avrebbero continuato i loro attacchi sino alla completa rovina della società¹⁵⁷.

A tali casi possono aggiungersi le operazioni "Luce", "Idra 2", "Araba Fenice", «condotte rispettivamente da Carabinieri, Guardia di finanza e Polizia di Stato, che a partire dall'anno 2011, hanno svelato il crescente interesse delle articolazioni mafiose palermitane nel settore delle scommesse sportive *online*»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Si veda ampiamente Digesto, cit.

¹⁵⁸ V. Relazione sulle infiltrazioni mafiose e criminali nel gioco lecito e illecito, cit., 40 ss.

5. *Cyber Organised Crime* – COC (caso sub c.).

Il grado di complessità raggiunto dalle attività criminali nel *cyberspace* ha portato una parte della dottrina a parlare di “*cybercrime* organizzato” e a utilizzare la “narrativa” tipicamente legata alla criminalità organizzata per descrivere anche il *cyber organised crime*¹⁵⁹. Altri autori rimangono più cauti per timore di evocare strutture, *modus operandi* e caratteristiche della criminalità organizzata non sempre adattabili al *cyberspace*¹⁶⁰.

Ciò premesso è pur vero che numerose attività criminali che si realizzano attraverso la rete o nella rete necessitano di una stretta connessione fra i membri del gruppo criminale, di una struttura ben coordinata e di competenze tecniche. I risultati di alcuni *reports* di ricerca¹⁶¹ hanno identificato tre principali tipi di gruppi criminali (I, II e III) e sei sottotipi (*swarm*, *hubs*, *extended hybrids*, *clustered hybrids*, *aggregates*, e *hierarchies*)¹⁶², concludendo che l’80% dei reati informatici (in senso lato) può definirsi “organizzato”.

¹⁵⁹ K. K. R. CHOO, R. G. SMITH, *Criminal exploitation of online systems by organised crime groups*. Asian Journal of Criminology, 3(1), (2007), 37–59; M. MCGUIRE, *Organised crime in the digital age*, John Grieve Centre for Policing and Security and BAE Systems Detica, 2012.

¹⁶⁰ J. LUSTHAUS, *How organized is organised cybercrime?*, in *Global Crime*, 14(1), 2013, 52–60; A. LAVORGNA, *Organised crime goes online: realities and challenges*, in *Journal of Money Laundering Control*, 18(2), 2015, 153–168; EAD., *Exploring the cyber-organised crime narrative: The hunt for a new bogeyman?*, in P. C. VAN DUYNE (Ed.), *Organising fears, crime & law enforcement new horizons and trends in Europe & beyond*, Oisterveijk: Wolf Legal Publishers, 2016.

¹⁶¹ V. A. HUTCHINGS, *Crime from the keyboard: organized cybercrime, co-offending, initiation and knowledge transmission*, in *Crime, Law and Social Change*, 62(1), 2014, 1–20; R. BROADHURST, P. GRABOSKY, M. ALAZAB, S. CHON, *Organizations and Cyber crime: An Analysis of the Nature of Groups engaged in Cyber Crime*, in *International Journal of Cyber Criminology*, Vol 8, Issue 1, January - June 2014, 1-20; P. OLSON, *We Are Anonymous: Inside the Hacker World of LulzSec*, in *Anonymous, and the Global Cyber Insurgency*, London: Little, Brown, 2012.

¹⁶² V. R. BROADHURST, P. GRABOSKY, M. ALAZAB, S. CHON, *Organizations and Cyber crime*, cit., che distinguono: «Swarmssshare many of the features of networks and are describedas ‘disorganizedorganizations [with] common purposewithout leadership.’ Typicallyswarmshaveminimalchains of command and may operate in viralforms in ways reminiscent of earlier ‘hactivist’ groups. Swarmsseem to be mostactive in ideologicallydriven online activitiessuchashatecrimes and politicalresistance. [...] Hubs, likeswarms, are essentiallyactive online but are more organized with a clearcommandstructure. They involve a focal point (hub) of core criminalsaroundwhichperipheralassociatesgather. Their online activities are diverse, includingpiracy, phishingattacks, botnets and online sexualoffending. Marketsthat trade in credit card details and narcoticsbazaarssuchasSilk Road wouldalsofitthis model. [...] In a clusteredhybrid, offendingisarticulatedaround a small group of individuals and focusedaroundspecificactivities or methods. They are somewhatsimilar in structure to hubs, butmove seamlesslybetween online and offline offending. A typical group willskim credit cards, then use the data for online purchases or onsell the data throughcarding networks. [...] Groups of the extendedhybridform operate in similar ways to the clusteredhybridsbut are a lotlesscentralized. Theytypically include manyassociates and subgroups and carry out a variety of criminalactivities, butstillretain a level of coordinationsufficient to ensure the success of theiroperations. [...] Hierarchiesare best describedastraditionalcriminalgroups (e.g. crime families), which export some of theiractivities online. For example, the traditionalinterest of some mafia groups in prostitutionnowextends to pornographywebsites; otherexamples include online gambling, extortion, and blackmailthroughthreats of shutting down systems or accessing private records via malware attacks or hacking. [...] Aggregate groups are looselyorganized, temporary, and oftenwithoutclearpurpose. They make use of digitaltechnologies in an ad hoc manner, whichnevertheless can inflict harm. Examples include the use of Blackberry or mobile phones to coordinate gang activity or public disorder, asoccurredduring the 2011 UK riots or the Sydney riots in September 2012. [...]». Cfr. M. MCGUIRE, *Organised Crime in the digital age*, cit.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Esempi di gruppi criminali conosciuti sono DrinkOrDie, DarkMarket e DNSChanger¹⁶³. Il primo, fondato a Mosca nel 1993, era costituito da un gruppo di persone che riproducevano e distribuivano *softwares*, *games* e *movies* in Internet. Si trattava di un gruppo organizzato e tecnologicamente sofisticato, con competenze in *security*, *programming* e *Internet communication*. Il gruppo fu scoperto nel 2001 e 20 dei suoi membri arrestati in diverse parti del mondo (UK, Australia, Finlandia, Norvegia, Svezia e U.S.A.). Il secondo, fondato nel 2005, forniva le infrastrutture per creare un punto di incontro fra venditori e compratori di carte di credito e credenziali di autenticazione (identità digitali) per accedere a servizi bancari e finanziari. I dati venivano recuperati con molteplici metodologie illegali, come l'accesso abusivo a sistemi informatici, *skimming* o *phishing attacks*. Tale gruppo, organizzato in modo complesso ed efficace, era composto da più di 2500 membri di paesi diversi (UK, Canada, U.S.A., Russia, Turchia, Germania e Francia). Ciascun membro doveva provare di essere in possesso di dati e informazioni reali e utilizzabili e l'accesso al gruppo / *market* era protetto da misure di sicurezza elevate. Il gruppo è stato scoperto grazie al lavoro di un infiltrato dell'FBI. Il terzo era un gruppo di 6 membri specializzato in *DNS Changer malware* che permetteva il controllo di *DNS servers*. Il *malware*, diffuso tramite tecniche di *social engineering*, consentiva di attuare frodi su larga scala attraverso il *redirecting* degli utenti su *server* controllati dal gruppo o affiliati ad esso, che ospitavano *fake websites* i quali promuovevano anche prodotti contraffatti e talvolta persino pericolosi.

Carberp era un gruppo specializzato in *malicious software* realizzati per carpire fraudolentemente dati ed informazioni bancarie. I membri lavoravano da remoto da diverse località ucraine e, utilizzando le informazioni carpite abusivamente o fraudolentemente, trasferivano consistenti somme di denaro su conti correnti stranieri controllati dal gruppo medesimo. Nel 2012 i membri di Carberp hanno postato *messages* su *underground Russian cyber crime forums* offrendo una nuova versione del programma, anche in formato *kit* per circa 40.000 dollari al mese.

Koobface, invece, era un *worm-based malware* che aveva come obiettivo i *social networks*. Esso spediva messaggi ad altri utenti ("amici" in Facebook) provenienti da un *account* infettato. In tal modo, inducendo gli utenti ad effettuare un *download Adobe Flash Player*, il *malware* prendeva il controllo del *computer's search engine* reindirizzando gli utenti verso varie forme di *website* che offrivano falsi investimenti, *fake AV programs*, *fakes dating services*. I proventi derivavano dal sistema *pay-per-install* e *pay-per-click fees*. Il gruppo, inoltre, era in grado, in brevissimo tempo, di fornire versioni aggiornate del programma¹⁶⁴.

Elemento comune di tutte queste "organizzazioni" era, senza dubbio, la finalità di lucro e/o di profitto. Ad esso deve aggiungersi il carattere transnazionale delle operazioni, che coinvolgevano membri di paesi diversi, ed avevano come *target* enti, istituzioni o persone di provenienza diversa.

¹⁶³ Tutti riportati da R. BROADHURST, P. GRABOSKY, M. ALAZAB, S. CHON, *Organizations and Cyber crime: An Analysis of the Nature of Groups engaged in Cyber Crime*, cit.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

Le caratteristiche del *cyber organised crime*, però, si distinguono da quelle proprie della criminalità organizzata tradizionale. Anzi, non vi sono nemmeno solide ed attendibili evidenze per poter tentare di effettuare una analogia¹⁶⁵.

Anzitutto, le “reti criminali” finora conosciute, che operano nel *cyberspace* o attraverso il *cyberspace*, non sono tutte strutturate gerarchicamente. Esse sono denotate da una interdipendenza di relazioni, ciascuna con propri ruoli funzionali. Nella maggior parte dei casi hanno dei “core members”, che coordinano l’attività ed il *network*, degli “enablers”, che offrono e forniscono i servizi e le attività tecniche necessarie per commettere i reati – e non necessariamente operano per un solo gruppo criminale – e, infine, i *money mules*, facilmente “replicabili” o intersostituibili, i quali hanno il compito di trasferire i proventi illeciti. Si tratta di snodi, non sempre fondamentali, delle reti del crimine informatico, che mettono a disposizione identità per aprire conti correnti e/o carte di credito sui quali transitano fondi illegali, o proventi di frodi informatiche, truffe o attacchi a sistemi finanziari o bancari¹⁶⁶.

In secondo luogo, il *cyber organised crime* è connotato da una certa “flessibilità” e “fluidità” organizzativa, ossia nella inter scambiabilità di relazioni e *networks* che non necessariamente hanno lunga durata, che può avvalersi di soggetti esterni in grado di operare fuori dal *cyberspace* per porre in essere determinate attività criminali (ad es. il *security manager* di un istituto bancario, un dipendente infedele di un’impresa ecc.) e che sono “reclutati” per singole operazioni (ad es. per installare ed attivare “fisicamente” *key loggers* su alcuni *device* o all’interno di un *server*).

In terzo luogo, i membri del *network*, come avviene per le reti criminali tradizionali, sono legati da relazioni sociali pre-esistenti, nate e cresciute anche *off line*. In molti casi, però, la rete e la fiducia nasce e viene costruita *online* (in *blackmarkets*, *forum* o *chat* protette, *social network* o *blackcontact point*) e su solide basi legate alla “fama”, all’affidabilità e alle “imprese” del gruppo o dei singoli membri. Essa però non necessariamente rispecchia una “cultura” o un’“origine geografica” o “storica” comuni. L’accordo e la relazione, anche solo fra *core members*, potrebbero essere costruiti per specifici *cyber attacks*, ovvero per offrire determinati servizi a singoli o organizzazioni criminali tradizionali, ovvero ad altri *network* criminali operanti nel *cyberspace*.

¹⁶⁵ V. J. LUSTHAUS, *How organized is organised cybercrime?*, cit.; A. LAVORGNA, *Organised crime goes online: realities and challenges*, cit., e *Exploring the cyber-organised crime narrative: The hunt for a new bogeyman?*, cit.; R. LEUKFELDT, *Organised cybercrime and social opportunity structures: a proposal for future research directions*, in *The European Review of Organised Crime*, 2(2), 2015, 91–103. Cfr. D. WALL, *Dis-organised crime: towards a distributed model of the organisation of cybercrime*, in *The European Review of Organised Crime*, 2(2), 2015, 71–90.

¹⁶⁶ Circa 700 *money mules* sono stati individuati in Europa, e 81 arrestati, grazie alla prima operazione congiunta di questo tipo, la European Money Mules Action (EMMA), condotta dal 22 al 26 febbraio 2016 dal servizio di Polizia postale e delle comunicazioni in collaborazione con diverse Forze di polizia europee, con il coordinamento di Europol-European Cybercrime Centre e il supporto di Eurojust e della Federazione bancaria europea. Nel corso dell’operazione, resa possibile anche grazie al supporto di 70 istituti bancari, sono state individuate oltre 800 transazioni bancarie fraudolente, e sequestrato denaro per oltre 1 milione e mezzo di euro, più il ritrovamento di droga (2 kg di hashish) e molti documenti falsi. EMMA, spiega il comunicato dell’Europol, è un progetto pilota nell’ambito del Cybercrime Payment Fraud Operational Action Plan, finalizzato a contrastare le frodi informatiche di questo tipo, e si basa sulla cooperazione tra Forze di polizia e tra queste e il settore bancario. V. <http://www.interno.gov.it/>.

I *contact points online* sono retti da regole rigide e l'entrata o la partecipazione in *forum*, *chat* chiuse o *blackmarkets* potrebbero richiedere l'approvazione o la sponsorizzazione di un garante, solitamente ritenuto affidabile nel *cyberspace* o nell'*underground* informatico di riferimento¹⁶⁷.

Infine, le attività realizzate dal gruppo hanno natura congenitamente transnazionale e, per quanto riguarda i proventi, spesso vengono implementate su *business model* utilizzati dal *legal business sector*¹⁶⁸.

Una prima classificazione delle tipologie di *cyber organized crime* potrebbe essere costruita, dunque, tenendo conto della natura o delle caratteristiche delle attività criminali, che possono essere suddivise in almeno tre macrocategorie:

1. reati commessi dal gruppo criminale per ottenere profitti economici (attacchi informatici a sistemi bancari o a sistemi informatici di singoli utenti, utilizzo indebito di carte di credito o di pagamento, frodi informatiche – anche tramite *phishing attacks* – traffico di sostanze stupefacenti, traffico di armi, traffico di organi, scommesse clandestine e giochi d'azzardo *online*) e reati commessi dal gruppo criminale per occultare o riciclare i proventi illeciti;
2. offerta di servizi a terzi (singoli o gruppi criminali) anche in *deepweb* e *darknet* (traffico di sostanze stupefacenti, traffico di armi e esplosivi, traffico di organi, ausilio al *cyber* terrorismo – compresa l'organizzazione di viaggi o le istruzioni per raggiungere determinati luoghi – traffico di prodotti contraffatti, scommesse illegali e infiltrazioni del gioco *online*, legale e illegale);
3. offerta di servizi ad alto contenuto tecnologico (*softwares*, *malware*, piattaforme logiche e *kit* per frodi informatiche o *phishing attacks*, *hacker team* e *cyber attack* mirati, servizi di comunicazione criptati e *black contact point*).

Una seconda classificazione, che si può far risalire ad un contributo del 2008¹⁶⁹, si potrebbe basare in modo più specifico sul ruolo della tecnologia, anche combinato alla "finalità" del gruppo criminale nel porre in essere determinate operazioni:

1. gruppi tradizionali (criminalità organizzata tradizionale) che utilizza le ICTs per realizzare attività criminali "terrestri" (*rectius*: fisiche e nel mondo "reale");
2. *cyber organised crime* che opera esclusivamente *online* o nel *cyberspace*;
3. gruppi organizzati motivati da ideologie o propositi politici che utilizzano le tecnologie per supportare o facilitare le loro attività illegali.

¹⁶⁷ T. J. HOLT, E. LAMPKE, *Exploring stolen data markets online: products and market forces*, in *Criminal Justice Studies*, Vol. 23, Iss. 1, 2010; T. J. HOLT, *Exploring the social organisation and structure of stolen data markets*, in *Global Crime*, Vol. 14, Iss. 2-3, 2013. Cfr. anche R. LEUKFELDT, A. LAVORGNA, E.R. KLEEMANS, *Organised Cybercrime or Cybercrime that is Organised? An Assessment of the Conceptualisation of Financial Cybercrime as Organised Crime*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2016, 1-14. Di rilievo altresì le questioni poste da R. LEUKFELDT, *Organised Cybercrime and Social Opportunity Structures: A Proposal for Future Research Directions*, cit., 91-103.

¹⁶⁸ V. T. TROPINA, *Cybercrime and Organized Crime*, in *Freedom From Fear Mag.*, UniCri, Max PlanckGesellschaft, Issue 7, 2016.

¹⁶⁹ K.-K. R. CHOO, *Organised crime groups in cyberspace: A typology*, in *Trends in Organized Crime*, 11, 2008, 270-295. Tale distinzione è in parte accolta anche da R. BROADHURST, P. GRABOSKY, M. ALAZAB, S. CHON, *Organizations and Cyber crime*, cit.



6. Diritto penale e investigazioni a contenuto tecnologico. Criticità e raccomandazioni.

6.1. Diritto penale sostanziale.

Sul piano del diritto penale sostanziale l'attuazione, formale o di fatto, della Convenzione *Cybercrime*, almeno in Europa, ha portato ad una armonizzazione delle normative interne nel settore della criminalità informatica. In Italia, come in altri importanti Stati europei, le “*core offences*” costituiscono reato: accesso abusivo a sistemi informatici; interferenze illecite relativamente ai sistemi ed ai dati (danneggiamenti informatici); intercettazioni illecite di comunicazioni fra sistemi; la fabbricazione, la vendita, l'approvvigionamento per l'uso, l'importazione, la distribuzione o la messa a disposizione in altro modo intenzionali di uno dei seguenti strumenti, compiuti senza diritto e con l'intenzione di utilizzarli al fine di commettere uno dei reati di cui agli articoli da 3 a 6 (sopra descritti) della direttiva europea, siano punibili come reato, almeno per i casi che non sono di minore gravità: un programma per *computer*, destinato o modificato principalmente al fine di commettere uno dei reati di cui agli articoli da 3 a 6; una *password* di un *computer*, un codice d'accesso, o dati simili che permettono di accedere in tutto o in parte a un sistema di informazione.

Il nostro ordinamento, inoltre, è dotato di strumenti penalistici di tutela quando le tecnologie o la rete costituiscono solo uno dei mezzi per la commissione del reato, ma non un elemento essenziale, ovvero l'oggetto passivo.

Ad essi si aggiunge l'apparato sanzionatorio di cui al D.lgs. 231/2001, che include fra i reati presupposto anche i reati informatici c.d. propri.

Appare applicabile ai gruppi criminali di “nuova generazione” l'art. 416 c.p., considerando che l'organizzazione, la promozione o la costituzione dell'associazione può avvenire anche solo interamente *online*.

Sul piano sanzionatorio sarebbe auspicabile tener conto di tali tipi di modelli di associazione, che possono essere diretti alla commissione, o al concorso nella commissione, sia di reati informatici c.d. propri che di reati informatici c.d. impropri. Un aumento di pena potrebbe essere previsto per quelle attività illecite che, sulla base dei risultati empirici e degli studi criminologici, vengono realizzate interamente dal *cyber organised crime* o da questo offerte a singoli o a organizzazioni criminali c.d. tradizionali.

Potrebbe risultare altresì utile tenere presente i diversi elementi strutturali del *cyber organised crime*, in specie la a-territorialità e/o transnazionalità, che non lo identificano in una cultura o *sub cultura*, ovvero in una dimensione storica o territoriale, ma che possono perseguire scopi “corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso” (art. 416 *bis* c.p.).

Rimane irrisolta la questione relativa alla responsabilità del fornitore del servizio (*Internet Service Provider, Host Provider, Cloud Provider, Social Network/Media Provider* ecc.).

Il ruolo del *provider* è divenuto sempre più importante nella società dell'informazione, a seguito dello sviluppo di Internet e della rivoluzione digitale¹⁷⁰. Molti enti ed aziende svolgono funzioni di fornitori di servizi, che possono esercitare anche in modo non esclusivo, offrendo al contempo un ampio ventaglio di servizi aggiuntivi rispetto a quello del mero accesso alla rete o di *hosting*.

Le categorie di *service providers* previste dalla direttiva 2000/31/Ce e dal D.lgs. di attuazione n. 70, che *de jure condito* devono essere tenute in conto, selezionano, in verità, tipologie oggettive di attività che possono essere svolte dai fornitori di servizi, le quali non sono di per sé sufficienti a rappresentare il variegato panorama attuale, che abbraccia una serie di servizi che vanno oltre quelli legati alla mera fornitura di accesso ad Internet, di un *host* o alla memorizzazione di dati¹⁷¹.

Nell'attuale società dell'informazione oltre alle attività "tradizionali" sono presenti, ad esempio, soggetti qualificabili come *Network providers* (che offrono le strutture di interconnessione) e *Cloud providers* (che offrono diversi servizi, anche di *server* virtuali, *storage* e applicazioni complete, principalmente "pay-per-use"). Fra gli stessi *host providers* si rinvencono molteplici *business models*¹⁷² e fra i *content providers* si assiste alla presenza di figure c.d. attive e passive¹⁷³.

La definizione di *service provider* accolta dalla Convenzione Cybercrime (art. 1, lett. c)¹⁷⁴ è del resto ampia, in quanto fa riferimento a qualsiasi soggetto pubblico o privato che consente agli utenti del suo servizio la possibilità di comunicare tramite un sistema informatico, nonché qualsiasi altro soggetto che tratta o archivia i dati informatici per conto di servizi di comunicazione o degli utenti di un servizio.

¹⁷⁰ L. LUPÁRIA, *Le scienze penalistiche nella "tempesta" digitale: quali approdi?*, in Arch. Pen., 2013, 3, 879 ss.

¹⁷¹ Per una puntuale esemplificazione delle diverse tipologie di ISPs (in particolare *Host*) vedi J. B. NORDEMANN, *Liability for Copyright Infringements on the Internet: Host Providers (Content Providers) – The German Approach*, JIPITEC, 2011, 36 e ss. Cfr. per uno specifico caso americano esemplificativo delle questioni sulla responsabilità degli ISPs, vedi S. T. RADBOD, *Craigslist-a case for criminal liability for online service providers?*, in Berkeley Technology Law Journal, 25, 2010, 597 e ss.

¹⁷² A titolo esemplificativo si pensi a: *User-generated content sites; Usenet providers; Index hosts; Link referrers; Link-sharing sites*. In merito vedi ancora J. B. NORDEMANN, *Liability for Copyright Infringements*, loc. ult. cit.

¹⁷³ Quest'ultima distinzione si ricava anche dal noto caso italiano c.d. Google/Vividown (Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, in Dir. inf., 2010, 474 e ss.). Si vedano altresì i riferimenti in F. CAJANI, *Quella Casa nella Prateria: gli Internet Service Providers americani alla prova del caso Google Video*, in L. PICOTTI, F. RUGGIERI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, Torino, 2011, 216 e ss., in specie 233 e ss.

¹⁷⁴ Per una breve introduzione alla convenzione cfr. R. FLOR, *La responsabilità da reato degli enti dopo la legge di ratifica della Convenzione Cybercrime. Profili di responsabilità penale dell'Internet Service Provider e rilievi critici sulle scelte politico criminali attuate dal legislatore italiano*, in AA. VV., *Responsabilità delle persone giuridiche per reati di frode e per crimini informatici*, Bruylant, 2009, 341-378. Su passato e futuro della convenzione a più di dieci anni dall'apertura alla firma basti il rinvio a A. SEGER, *The Budapest Convention 10 Years on: Lessons Learnt*, in S. MANACORDA (ed.), R. FLOR (coord.), J. OH JANG (coord.), *Cybercriminality: finding a balance between freedom and security*, Milano, 2012, 167 e ss. Sulla legge italiana di ratifica della convenzione basti il rinvio, per tutti, a L. PICOTTI, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in Dir. pen. proc., 6, 2008, 700 ss.; L. LUPÁRIA, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili processuali*, cit., 717 e ss. Cfr. anche L. LUPÁRIA (a cura di), *Internet Provider e giustizia penale*, Milano, 2012.

Da un lato, nel nostro ordinamento, anche dopo la legge di ratifica della Convenzione *Cybercrime* (l. n. 48 del 2008) non sono presenti mezzi quali quelli recentemente disciplinati a livello europeo dalla direttiva in materia penale relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (direttiva 2011/93/UE). In sintesi, il semplice blocco dei D.N.S. (*domain name system*: sistema dei nomi a dominio) e l'ordine ai *providers* italiani non sono, di fatto, strumenti efficaci a contrastare o prevenire violazioni che, se realizzate in Internet o attraverso la rete, hanno nella quasi totalità dei casi carattere transnazionale. Dovrebbero piuttosto essere attivate procedure di collaborazione fra settore pubblico e settore privato attraverso misure specifiche, almeno a livello europeo, di blocco di accesso a siti e/o di rimozione dei materiali illeciti, sulla base del modello previsto dalla direttiva in materia di lotta alla pedopornografia, nonché attraverso la adozione di codici di autoregolamentazione che prevedano procedure di controllo trasparenti, delle quali l'utente possa essere pienamente ed efficacemente informato già al momento dell'accettazione del contratto con il fornitore del servizio.

Dall'altro lato, la questione maggiormente delicata riguarda la possibile attribuzione di una posizione di garanzia in capo al *provider* e la configurabilità di una responsabilità penale *ex art. 40, co. 2, c.p.*¹⁷⁵.

Vi è da premettere che la “parte generale” della direttiva europea sul commercio elettronico, recepita dal D.lgs. n. 70 del 2003, trova applicazione anche con riferimento alle limitazioni della responsabilità dei prestatori di servizi, escludendo che possa essere prevista come obbligatoria l'attività di controllo generale e preventivo dei dati e di ricerca di informazioni o materiali di natura illecita¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Sulla responsabilità penale degli ISPs basti rinviare già alle prime riflessioni di S. SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 71 ss.; U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer*, *Le nuove sfide di Internet* (trad. it. a cura di M. Sforzi), in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 743 ss. e 1193 ss.; L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service Providers in Internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 379 e ss.; ID., *La responsabilità penale dei Service Providers in Italia*, *ibidem*, 501 ss. Vedi anche A. ALBAMONTE, *La responsabilità penale dell'Internet provider tra libertà di comunicazione e tutela dei singoli*, in *Quest. Giust.*, 2010, 184 e ss.; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 347 e ss.; V. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giur. mer.*, 2010, pp. 2232 e ss.; A. INGRASSIA, *La decisione d'Appello nel caso Google vs Vivi Down: assolti i manager, ripensato il ruolo del provider in rete*, in *Corriere del merito*, 2013, 766 e ss. (nota alla sentenza d'appello del caso Google/Vividown). In altri settori, e più in generale, cfr. D. DE NATALE, *Responsabilità penale dell'Internet Service Provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 308 ss.; A. INGRASSIA, *Il ruolo dell'Isp nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Risposte attuali e scenari futuri di una responsabilità penale dei provider nell'ordinamento italiano*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, cit., 47 e ss. Cfr. altresì R. FLOR, *Social Networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 647-694, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, nonché S. SEMINARA, *Internet (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, 567 e ss.

¹⁷⁶ Cfr. l'art. 15, co. 1, della direttiva 2000/31/Ce. In merito alla sua attuazione in Italia, con riferimento ai profili penalistici, vedi D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via Internet*, Napoli, 2004, 192 e ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

La direttiva ha tentato di trovare un delicato punto di equilibrio fra interessi contrapposti, per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso ad esse non appena possibile, senza impedire lo sviluppo e l'uso di sistemi tecnici di protezione e di identificazione, nonché strumenti di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale, nei limiti fissati dalla normativa europea in materia di tutela dei dati personali.

Il testo sovranazionale ha dunque lasciato liberi gli Stati di stabilire se i prestatori di servizi della società dell'informazione debbano essere tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte specifiche attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati. La *ratio* dell'intervento del legislatore europeo è ricavabile dal considerando n. 40, in cui si prende atto delle divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, i quali hanno il dovere, in taluni casi, di agire per evitare o per porre fine alle attività illegali.

L'art. 17 D.lgs. n. 70 del 2003 ha recepito il divieto di imporre un obbligo generale di vigilanza. Il co. 2 impone in ogni caso al prestatore di servizi di: a) informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. La lett. b) introduce, quindi, degli obblighi specifici di collaborazione per la comunicazione di dati o informazioni alle autorità competenti, anche al fine di impedire gli accessi a determinati siti o spazi contenenti materiali illeciti o per la rimozione di questi ultimi¹⁷⁷. Ex co. 3 del medesimo articolo il prestatore di servizi è responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicuri l'accesso, non abbia provveduto ad informarne l'autorità competente.

L'art. 16 riguarda in modo specifico la responsabilità nell'attività di *hosting*, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, per cui il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta

¹⁷⁷ La limitazione dei doveri del prestatore di servizi di collaborare con le autorità, come sostiene una parte della dottrina, è accompagnata "dall'esclusione di un dovere generalizzato di controllo" e "costituisce certamente uno degli aspetti più positivi della direttiva", anche se vi è una scarsa "definizione di alcuni aspetti descritti dalle norme". Vedi D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via Internet*, cit., 196 e ss.

l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. Similmente alle precedenti disposizioni quest'ultima norma prevede che l'autorità giudiziaria (o amministrativa) competente possa esigere che il prestatore impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

Date queste premesse è dunque escluso un generalizzato obbligo di controllo preventivo rispetto a qualsiasi attività illecita di rilevanza penale, il cui divieto trova base giuridica nella normativa vigente¹⁷⁸.

Da una parte è vero che il nostro ordinamento non prevede una norma più specifica in materia, che non può certo essere desunta da un'estensione analogica *in malam partem* degli artt. 57 e 57 bis c.p.¹⁷⁹ In secondo luogo, non può essere ravvisabile in capo al *provider* una posizione di protezione, né tantomeno di controllo *ab origine* rispetto a rischi o fonti di pericolo che non sarebbero comunque riconducibili ad una sua sfera di signoria¹⁸⁰. In terzo luogo, vi sarebbe un'impossibilità, oltre che giuridica, anche tecnica di un efficace controllo generale del traffico telematico e del suo contenuto. In altri termini, si tratterebbe di attività che non rientrerebbero facilmente nell'ambito del "normale" potere di organizzazione e disposizione del *provider*, se non tramite una forte ingerenza nella sfera riservata e personale degli utenti. Sul piano tecnico la "struttura aperta"¹⁸¹ di Internet consente una pluralità di connessioni e di collegamenti che generano un ampio flusso di dati e informazioni che transitano sui *servers*,

¹⁷⁸ La stessa AssoProvider (l'associazione che raccoglie i rappresentanti dei *provider*), nell'audizione del marzo 2009 presso il Comitato Tecnico contro la Pirateria Digitale e multimediale ha ribadito che gli *Internet Service Providers* sono dei meri trasportatori di dati, senza "poteri" di polizia o di giudizio sull'operato dei cittadini in Internet (vedi Il Quotidiano IPSOA, 19.03.2009).

¹⁷⁹ Vedi D. PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via Internet*, cit., 196; L. PICOTTI, *Fondamento e limiti*, cit., 379 e ss.; ID., *La responsabilità penale*, cit., 501 e ss.; R. FLOR, *Social Networks e violazioni penali*, cit., 647 e ss.; S. SEMINARA, *Internet*, cit., 547 e ss. Sull'esclusione dell'applicabilità degli artt. 57 e 57 bis c.p., in giurisprudenza vedi Cass. pen., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, in *Dir. pen. cont.*, 17 novembre 2010, con nota di S. TURCHETTI, [L'art. 57 c.p. non è applicabile al direttore del periodico on line](#); in *Giust. pen.*, parte II, 2011, 261 e ss., con nota di V. SPAGNOLETTI, *La responsabilità penale del provider tra applicazione della normativa sulla stampa ed esigibilità del controllo sui contenuti di internet*; si veda poi Cass. pen., Sez. V, 28 ottobre 2011, n. 44126, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2011, con nota di S. TURCHETTI, [Un secondo "alt" della Cassazione all'applicazione dell'art. 57 c.p. al direttore del periodico on line](#). Sul sequestro di siti *web* ed il parallelismo con le testate giornalistiche, nonché sull'applicabilità delle garanzie previste dall'art. 21 Cost., deve essere almeno segnalata, in questa sede, la sentenza Cass. pen., SS. UU., 29 gennaio 2015, Pres. Santacroce, Rel. Milo, Ric. Fazzo e altro.

¹⁸⁰ Non sarebbe sostenibile la tesi del "precedente esercizio" di un'attività pericolosa da parte del fornitore di servizi. Quest'ultima, infatti, non può essere ravvisata nella mera fornitura di accessi alla rete o nell'offerta di spazi o *hosts*, che consistono non solo in attività legittime, ma anche rispondenti ad un interesse collettivo espressivo dell'esercizio di una o più libertà costituzionalmente garantite. Si pensi in tal senso alle libertà di iniziativa economica o di manifestazione del pensiero. Cfr. D. PETRINI, *La responsabilità penale*, cit., 98. In altre parole, come sostiene una parte della dottrina, si tratta di "garantire in un quadro di certezza giuridica per operatori e utenti la piena possibilità di esplicazione delle libertà di comunicazione e manifestazione del pensiero fondamentali per una democrazia pluralista" ed altresì "un'efficace tutela di altri beni ed interessi di non minore importanza o rilevanza costituzionali facenti capo alla collettività ed ai singoli individui, riconducibili in specie alla categoria dei diritti inviolabili dell'uomo" (così L. PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità*, cit., 379 e ss.; ID., *La responsabilità penale*, cit., 501 e ss.).

¹⁸¹ Cfr. L. PICOTTI, *Fondamento e limiti*, cit., 380.

congenitamente e materialmente incontrollabili, stante l'automazione necessaria della trasmissione, idonea a garantire proprio la richiesta velocità e interscambiabilità delle informazioni.

D'altra parte, però, a fronte dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza o di controllo "preventivo", sono già state introdotte nuove norme in settori specifici, come nella lotta alla pedopornografia *online*, che prevedono puntuali doveri in capo al *service provider*, suscettibili di essere posti a fondamento di una responsabilità omissiva, sia autonoma, *ex art. 40 cpv. c.p.*, che concorsuale, *ex art. 110 c.p.*, per contributo omissivo di partecipazione¹⁸².

Ciò è avvenuto anche con la nuova disciplina antiterrorismo. Dall'interpretazione sistematica di queste ultime disposizioni con quelle di cui all'art. 16 del D.lgs. n. 70 del 2003, sono ricavabili obblighi di fonte normativa, anche se limitati, in specie l'obbligo di inibire l'accesso, su richiesta dell'autorità giudiziaria, ai siti contenuti nella *black list*, nonché, a seguito di decreto motivato del pubblico ministero, di rimozione del materiale illecito e, infine, di interdire l'accesso a domini Internet¹⁸³.

¹⁸² Si fa riferimento alla L. 6 febbraio 2006, n. 38, ed ai nuovi artt. 14 *ter* e 14 *quater* da essa introdotti nella L. 3 agosto 1998, n. 269. La prima disposizione impone ai fornitori dei servizi resi attraverso reti di comunicazione elettronica di segnalare al *Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete*, qualora ne vengano a conoscenza, le imprese o i soggetti che, a qualunque titolo, diffondono, distribuiscono o fanno commercio, anche in via telematica, di materiale pedopornografico, nonché a comunicare senza indugio al *Centro*, che ne faccia richiesta, ogni informazione relativa ai contratti con tali imprese o soggetti. I fornitori dei servizi, inoltre, per l'effetto della segnalazione, devono conservare il materiale oggetto della stessa per almeno quarantacinque giorni. Salvo che il fatto costituisca reato, la violazione di tali obblighi comporta una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 a euro 250.000. La seconda disposizione, invece, che è espressamente richiamata dall'art. 2 del d.l. n. 7 del 2015, obbliga il *provider* ad utilizzare strumenti tecnici per impedire l'accesso ai siti che diffondono materiale pedopornografico segnalati dal *Centro*. La violazione di questo obbligo è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 a euro 250.000. Cfr. in merito L. PICOTTI, *Commento all'art. 600 ter, III comma c.p.*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Padova, 2006, 175 e ss e 267 e ss. Cfr. L. PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in Internet* (L. 6 febbraio 2006, n. 38) – parte I, in *Studium Iuris*, 10, 2007, 1059 e ss. e parte II, *ivi*, 11, 2007, p. 1277 ss.; D. DE NATALE, *Responsabilità penale dell'internet service provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, cit.

¹⁸³ Cfr. il caso YouTube – Google Inc., Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2009 e per il reclamo Trib. Roma, 11 febbraio 2010, entrambi in *Dir. inf.*, 2010, 268 e ss. Quest'ultimo ha dichiarato legittimo il provvedimento cautelare con cui è stato ordinato al provider di rimuovere i contenuti illeciti dai propri server, nel caso in cui questi non si sia prontamente attivato per rimuovere tali contenuti a seguito della segnalazione del titolare dei diritti. Per un altro caso italiano si veda il decreto del 7 gennaio 2013, con cui il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano ha ordinato agli Internet Service Providers operanti sul territorio nazionale il blocco dei D.N.S. con conseguente inibizione dell'accesso a siti Internet che avrebbero abusivamente immesso e trasmesso online alcuni programmi televisivi ed eventi calcistici messi in onda da R.T.I. attraverso le emittenti nazionali appartenenti al gruppo Mediaset. Egli, inoltre, ha disposto il sequestro preventivo dei siti Internet, dei relativi alias e nomi di dominio presenti e futuri rinviati ai siti medesimi, nonché degli indirizzi IP che risultano associati ai predetti nomi di dominio e ad ogni ulteriore indirizzo IP statico associato ai nomi stessi nell'attualità e in futuro (vedi Trib. Milano, Ufficio del G.I.P., 7 gennaio 2013). Cfr. R. FLOR, [Sequestro preventivo di siti web e abusiva trasmissione telematica di programmi televisivi](#), in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2013.

Rimane ad ogni modo fermo l'obbligo, per il prestatore del servizio, di informare l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio, nonché di fornire, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui abbia accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

In altre parole, l'assenza di obblighi generali di sorveglianza non giustifica un atteggiamento di disimpegno da parte del fornitore.

A tal fine dovrebbe essere rinvenibile un modello ingiunzionale e una procedura al cui esito sia emesso un provvedimento giurisdizionale che impone la rimozione di contenuti o il blocco dell'accesso ad un *website* o a un dominio Internet o, ancora, a determinati materiali.

Il prestatore del servizio, dunque, se il citato provvedimento è preciso, non solo viene così a conoscenza dell'illecito o messo concretamente in grado di riconoscerlo, ma è altresì dotato di effettivi poteri di interdizione, impeditivi o direttamente legati ai processi da cui derivano i rischi¹⁸⁴ (se non preventivi di ulteriori violazioni), essendo in condizione di riconoscere la situazione di pericolo o di rischio, ed avendo l'immediata disponibilità di mezzi gestibili ed utilizzabili autonomamente per il raggiungimento dello stesso fine preventivo.

La questione coinvolge anche la legittimazione di possibili "strumenti" di intervento rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, compresa la libertà di impresa, risultando innegabile il riconoscimento, esplicito o implicito, del ruolo essenziale dei *service providers*, che possono svolgere attività anche di rilevanza pubblica¹⁸⁵.

Parzialmente diversa potrebbe risultare la posizione di altri soggetti "che comunque forniscono servizi di immissione e gestione, attraverso i quali il contenuto relativo alle medesime attività è reso accessibile al pubblico". In tal caso la lettera della disposizione appare insuperabile, salvo una interpretazione evolutiva e, forse, estrema, dell'attuale disciplina.

Ad ogni modo, gli obblighi di rimozione degli effetti derivanti da "fatti" già realizzati (artt. 14, co. 3, 15, co. 2 e 16, co. 3, D.lgs. n. 70/2003) e quelli di segnalazione di illeciti (art. 17, co. 2, D.lgs. n. 70/2003)¹⁸⁶, nonché la medesima disposizione che vieta un

¹⁸⁴ La giurisprudenza aveva evidenziato, in verità, non tanto la titolarità di poteri operativi, ma piuttosto di controllo, riferibili all'esercizio della vigilanza periodica e a quella "a sorpresa" (vedi, in questo senso, Trib. Milano, 20 novembre 2004, in *Foro it.*, I, 2005, 560 e ss., Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Foro it.*, I, 2004, 317 e ss.).

¹⁸⁵ L'importanza del ruolo dell'ISP e della necessità di tutela dei diritti fondamentali è rinvenibile anche nelle linee guida *Human rights guide lines for Internet service providers*, sviluppate dal Council of Europe in cooperazione con l'European Internet Services Providers Association – (EuroISPA). Vedi <http://www.coe.int>. Cfr., inoltre, R. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica*, cit., 418 e ss.

¹⁸⁶ Nello stesso senso vedi D. DE NATALE, *Responsabilità penale dell'Internet Service Provider per omesso impedimento e per concorso nel reato di pedopornografia*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 308 ss. Di opinione contraria L. PICOTTI, *Commento all'art. 600-ter, III comma, c.p.*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4. ed., Padova, 2006, 207 ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

obbligo generale di sorveglianza, fanno riferimento a “violazioni” ed “attività illecite” e non a “reati”. Pertanto esse presuppongono certamente (ad esclusione dell’ultima norma citata) “attività”, come detto, già verificatesi. Ma tali attività non necessariamente costituiscono già un reato o un “fatto” di rilevanza penale.

Essi individuano, dunque, “situazioni di rischio”, se non violazioni, che possono anche avere rilevanza penale, ma che non necessariamente, però, costituiscono già un reato perfezionato.

Si tratta comunque di attività che si svolgono sotto l’autorità o il controllo del *provider* (o del gestore), rispetto alle quali è dotato di un effettivo potere / dovere di interferenza – in quanto viene a conoscenza dell’illecito o è messo concretamente in grado di riconoscerlo, ossia in condizione di riconoscere la situazione di pericolo o di rischio – per impedire sia la prosecuzione delle violazioni, che la realizzazione di reati, se le condizioni di rischio sono specificatamente individuate e definite dai provvedimenti ingiunzionali.

In conclusione, da un lato, dovrebbe escludersi la previsione di una onerosa e generale sfera di obblighi “preventivi” di attivazione per scoprire o impedire la commissione di reati, ovvero di obblighi “generici”, a causa della indeterminatezza oggettiva e soggettiva dell’ambito applicativo della norma. Dall’altro lato, dovrebbero essere individuati gli autonomi e specifici obblighi di cooperazione, nonché di intervento successivo all’ordine dell’autorità giudiziaria.

Tale disciplina dovrebbe però essere completata con la revisione della direttiva sul commercio elettronico, che consideri il nuovo panorama di attività che i fornitori di servizi possono porre in essere nel *public web* e nel *deep web*. Sarebbe auspicabile, dunque, un intervento a livello europeo che prenda almeno atto dell’attuale variegato e multiforme panorama dei fornitori di servizi.

Infine, non sono di secondo piano le questioni di giurisdizione e di competenza¹⁸⁷.

È necessario segnalare che il Decreto Legislativo n. 29 del 2016 ha attuato la decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali. Il provvedimento introduce uno strumento volto a “prevenire” la violazione del divieto del *ne bis in idem* attraverso meccanismi procedurali diretti a evitare che, nei confronti della medesima persona e in relazione allo stesso fatto, vengano avviati, dinanzi alle diverse autorità nazionali europee, più procedimenti penali.

Nel settore oggetto di analisi e, in particolare, con riferimento alla criminalità organizzata di “nuova generazione”, vi è da considerare che nella generalità dei casi si tratta di attività a carattere congenitamente transnazionale, i cui effetti possono ricadere in specifici ambiti territoriali.

Con riferimento alle attività criminali realizzate nel *cyberspace* o tramite la rete si è assistito, nel nostro paese, a decisioni giurisprudenziali contraddittorie. Le Sezioni

¹⁸⁷ Cfr. R. FLOR, *La legge penale nello spazio, fra evoluzione tecnologica e difficoltà applicative*, in *Cybercrime – Trattato Omnia*, cit.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Unite della Cassazione hanno affermato che in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, il luogo di consumazione del delitto di cui all'art. 615 *ter* c.p. coincide con quello in cui si trova l'utente che, tramite elaboratore elettronico o altro dispositivo per il trattamento automatico dei dati, digitando la "parola chiave" o altrimenti eseguendo la procedura di autenticazione, supera le misure di sicurezza apposte dal titolare per selezionare gli accessi e per tutelare la banca-dati memorizzata all'interno del sistema centrale ovvero vi si mantiene eccedendo i limiti dell'autorizzazione ricevuta¹⁸⁸. In verità, tale decisione ha contribuito ad evidenziare le criticità patologiche che investono non solo le regole giuridiche che governano le questioni di competenza nel *cyberspace*, ma anche l'approccio ed il "metodo" interpretativo giurisprudenziale, che trova notevoli difficoltà di adattamento, anzitutto "culturale", al mutato contesto tecnologico della società di Internet. Il reato di cui all'art. 615 *ter* c.p. si consuma, in caso di accesso non autorizzato, con l'instaurazione del dialogo logico con il sistema informatico o telematico del titolare e, in caso di mantenimento abusivo, con la violazione delle disposizioni del titolare. L'azione umana penalmente rilevante si manifesta esteriormente non tanto con la digitazione di comandi sulla tastiera, bensì dopo la mediazione di processi logici di automazione e di "intermediari" tecnici che consentono la produzione degli effetti di quella attività. In altri termini il dialogo logico e la violazione delle disposizioni del titolare possono realizzarsi dopo l'autenticazione da parte del sistema di destinazione. Non rileva tanto l'"ambito territoriale", bensì il legame fra il titolare, lo "spazio informatico" ed il bene giuridico protetto, quale nuova manifestazione del diritto fondamentale alla riservatezza, a prescindere dalla collocazione fisica del sistema, che potrebbe o meno corrispondere con quella in cui è situato il *server*, ma potrebbe anche non essere determinabile. Questa tesi¹⁸⁹ – ed esigenza interpretativa, anche in prospettiva di ulteriori considerazioni *de jure condendo* – rafforza la proposta di «ripensare il collegamento tra un dato elettronico che funge da prova in un procedimento penale e il territorio, e quindi la giurisdizione, di uno Stato membro. Di fronte alla constatazione che parlare di collocazione territoriale nei confronti di dati elettronici è sempre più illusorio, bisogna valutare se possono esserci dei criteri diversi da quello territoriale sulla base dei quali considerare un certo dato elettronico collegato ad una giurisdizione ai fini della sua acquisizione, sia diretta che transfrontaliera»¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Cfr. Cass. pen., SS.UU., 24 aprile 2015, (c.c. 26 marzo 2015), n. 17325, in *CED Cass. pen.*, 2015, la quale ha specificato che il sistema telematico per il trattamento dei dati condivisi tra più postazioni è unitario e, per la sua capacità di rendere disponibili le informazioni in condizioni di parità a tutti gli utenti abilitati, assume rilevanza il luogo di ubicazione della postazione remota dalla quale avviene l'accesso e non invece il luogo in cui si trova l'elaboratore centrale.

¹⁸⁹ R. FLOR, *I limiti del principio di territorialità nel cyberspace. Rilievi critici alla luce del recente orientamento delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1296.

¹⁹⁰ V. audizione De Matteis.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

6.2. Diritto processuale penale¹⁹¹.

A. Sequestro preventivo.

Nel caso in cui vi sia la necessità di impedire l'accesso a determinati *websites* o di cancellare contenuti illegali, il nostro ordinamento ammette il ricorso alla misura cautelare reale del sequestro preventivo.

Tale strumento, però – complice forse il tentativo, sul piano ermeneutico, di adattarlo al mondo della rete e delle tecnologie – si riduce a un ordine agli *Internet Service Provider* operanti sul territorio nazionale di bloccare i D.N.S. con conseguente inibizione dell'accesso a siti Internet, avente ad oggetto anche gli indirizzi IP associati ai nomi di dominio dei siti. Si tratta, purtroppo, di una misura originariamente non pensata per il *cyberspace* e per i dati e le informazioni, di natura intrinsecamente immateriali. Inoltre, la sua efficacia territorialmente limitata lo rende, di fatto, inefficace in quanto rimarrebbe possibile raggiungere i medesimi contenuti *online* attraverso ISP diversi con sede fuori dal territorio nazionale.

Basti rilevare che nel nostro ordinamento non sono presenti strumenti quali quelli (più recentemente) disciplinati a livello europeo dalla direttiva in materia penale relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (direttiva 2011/93/UE). Essa ha previsto, all'art. 15, co. 3, che gli Stati adottino tutte le misure necessarie per assicurare che le investigazioni, in questo settore, avvengano con mezzi adeguati ed effettivi, "al pari della lotta alla criminalità organizzata o ad altri gravi reati". Il successivo co. 4 dispone, inoltre, che gli Stati assicurino l'individuazione degli autori dei reati e delle vittime anche tramite l'analisi di immagini o prodotti audio-video trasmessi o resi disponibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

L'art. 25 della stessa direttiva prevede, infine, che gli Stati adottino le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione delle pagine *web* contenenti immagini pedopornografiche, che abbiano *host* nel proprio territorio, ma con la possibilità di richiedere la stessa misura anche al di fuori dei limiti territoriali.

Gli Stati, inoltre, possono adottare misure di blocco di accesso degli utenti alle pagine *web* contenenti materiali pedopornografici.

La direttiva dispone che la disciplina di tale strumento debba prevedere una procedura trasparente e delle *safeguards* per garantire che la restrizione sia limitata, necessaria e proporzionata, con il diritto dell'utente ad essere informato del motivo della restrizione. Tale procedura dovrebbe altresì garantire il ricorso giudiziario avverso al provvedimento che dispone il blocco dell'accesso.

In sintesi, si tratta di strumenti specifici, predisposti per la lotta al fenomeno della pedopornografia *online*, adattabili alle esigenze repressive e preventive di attività criminose che trovano nel *cyberspace* l'ambiente esclusivo ed ideale di manifestazione.

¹⁹¹ Per recenti lavori di più ampio respiro si rinvia a S. SIGNORATO, *Le indagini penali informatiche*, Torino, 2017; nonché a M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017.

B. Captatore informatico.

Le c.d. perquisizioni *online*¹⁹², ovvero le attività investigative poste in essere tramite *software/malware* (c.d. *Trojan*) rappresentano un istituto di natura ibrida e di difficile inquadramento giuridico, oggetto di crescente attenzione a livello europeo ed internazionale.

L'innovazione-rivoluzione tecnologica offre anche nuovi strumenti e mezzi per la ricerca delle prove, e consente di perseguire altresì fini "preventivi". La concreta esigenza di misure efficaci di contrasto a gravi forme di criminalità vale anche rispetto a reati "tradizionali", che trovano nelle nuove tecnologie un essenziale ausilio per la loro realizzazione.

Il primo tentativo, in Europa, di disciplinare il c.d. captatore informatico, è avvenuto in Germania.

Con la sentenza del 27 febbraio 2008 il Bundesverfassungsgericht ha dichiarato incostituzionale il § 5 co. 2, n. 11, della Legge sulla protezione della Costituzione del *Nord Rhein Westfalia* (*Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen – VSG* – come modificato il 20 dicembre 2006), in materia di raccolta e trattamento dei dati degli utenti, in specie in/da sistemi informatici ed attraverso la rete.

Il citato § 5 co. 2, n. 11 autorizza un organismo di *intelligence* a "protezione della Costituzione" (*Verfassungsschutzbehörde*)¹⁹³ ad effettuare due tipi di misure d'indagine: in primo luogo, il monitoraggio e la ricognizione segreti di Internet ("alternativa 1") e, in secondo luogo, l'accesso segreto a sistemi informatici ("alternativa 2")¹⁹⁴.

Questa norma, che costituisce la base giuridica per definire la c.d. *Online Durchsuchung* e, in particolare, l'ultima parte, è stata oggetto di un vivace dibattito in quanto costituirebbe il primo caso di conferimento ad una autorità tedesca di un esplicito potere di impegnarsi in una *Online Durchsuchung*¹⁹⁵.

¹⁹² La letteratura è ormai sterminata. Basti il rinvio a L. PARLATO, *Perquisizione on-line*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, 601 ss.; nonché a L. CUOMO, *La prova digitale*, in G. CANZIO e L. LUPÁRIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2018, 669 ss. in specie 722 ss.

¹⁹³ Si tratta di un organismo [*intelligence Agency*] "a tutela della Costituzione" afferente al Ministero dell'Interno che ha il compito di raccogliere ed analizzare anche le informazioni personali, notizie e documentazione, fra gli altri, su fenomeni criminosi contro la libertà e l'ordine democratico, nonché la sicurezza della Federazione o di un *Land*, volti all'interferenza illecita degli organi costituzionali, della Federazione o di un *Land* o dei suoi membri; ovvero atti riferiti all'uso della forza o atti preparatori di fronte a un pericolo per gli affari esteri della Germania. Vedi § 2 e § 3 *Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen*.

¹⁹⁴ Di fatto, i compiti della *Verfassungsschutzbehörde* riguarderebbero, come specificato dai Giudici costituzionali, il monitoraggio segreto o la ricognizione di Internet, come la partecipazione nelle *communication facilities*, e la ricerca, nonché l'accesso segreto alle informazioni contenute in sistemi informatici, che possono coinvolgere anche il dispiegamento di misure tecniche.

¹⁹⁵ Si veda quanto ripreso dalla stessa Corte Costituzionale (su *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen – BGHSt* – 51, 211). Vedi BVerfG 370/07, 7. *Online Durchsuchung* può essere tradotta in inglese in *online search* o *online surveillance (supervision)*. In verità, quest'ultima locuzione identifica una "*clandestine long-time monitoring of the computer system*", ossia un monitoraggio prolungato di un sistema informatico (effettuato, per ipotesi, tramite *key-logger software*). *Online search*, invece, è una misura più

Essa può essere eseguita con opzioni tecniche diverse, che possono comportare la violazione delle misure di sicurezza e, di conseguenza, concreti pericoli per la riservatezza, l'integrità e la sicurezza del sistema e dei dati.

In particolare tali rischi possono derivare da fattori: temporali (se si tratta di un monitoraggio a lungo termine); preselettivi (in quanto lo strumento investigativo potrebbe non permettere una selezione tecnica dei dati, in base alla loro natura, da trattare ed archiviare) ed invasivi (che potrebbero comportare la manipolazione delle informazioni o l'accesso non autorizzato da parte di terzi).

Si tratta comunque di mezzi di ricerca della prova che, dovessimo proporre un paragone con il sistema processuale italiano, non trovano una loro contro figura definita, nemmeno dopo la L. n. 48 del 2008, di ratifica della Convenzione *Cybercrime*¹⁹⁶.

I giudici hanno rilevato che l'uso di sistemi di "sorveglianza" o di "monitoraggio" dell'attività degli *users* possono portare alla profilazione dell'utente. Per tale motivo emerge la necessità di proteggere i diritti fondamentali riconducibili all'art. 1, co. 1, *Grundgesetz* (*postea*: GG) – la dignità umana è inviolabile ed il suo rispetto e la sua protezione costituiscono un dovere da parte delle autorità statali – all'art. 2, co. 1, GG – ogni individuo ha diritto al libero sviluppo della sua personalità, nella misura in cui non viola i diritti degli altri e l'ordine costituzionale o la legge morale – e, quali manifestazioni del diritto generale della personalità (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*), all'art. 10 GG – segretezza della corrispondenza e delle [tele]comunicazioni (*Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich*) – ed all'art. 13 GG – inviolabilità del domicilio (*Die Wohnung ist unverletzlich*).

Vengono in rilievo, inoltre, due diritti fondamentali, espressione del diritto alla personalità.

Il primo è il *diritto di autodeterminazione informativa* (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), che va oltre la tutela della *privacy* e non si limita ad informazioni sensibili per loro natura, ma conferisce alla persona, in linea di principio, il potere di determinare, in sé, la divulgazione e l'utilizzo dei suoi dati personali, anche se connotati da un contenuto informativo minimo, che amplia la tutela della libertà della vita privata in termini di diritti fondamentali¹⁹⁷.

riferibile alla *one-time copy* dei dati informatici che si trovano in un determinato momento in un sistema informatico. Questa nuova forma di "investigazione *online*" può essere realizzata quindi, sia "da vicino", ossia tramite l'installazione fisica di strumenti atti a monitorare le attività di un sistema informatico o ad avervi accesso, sia "da lontano", attraverso l'uso di *software* e sfruttando le potenzialità della rete e delle innumerevoli *utilities*, che consentono simili operazioni. Vedi R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009; R. FLOR, *La tutela dei diritti fondamentali della persona nell'epoca di Internet. Le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională su investigazioni ad alto contenuto tecnologico e data retention*, in L. PICOTTI, F. RUGGIERI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011.

¹⁹⁶ Per un approfondimento sulla distinzione rispetto alla perquisizione, all'ispezione informatica ed alle intercettazioni, comprese quelle informatiche e quelle preventive, vedi R. FLOR, *Brevi riflessioni*, cit. Sugli artt. 19, 20 e 21 CoC, vedi L. LUPÁRIA, *La ratifica della Convenzione cybercrime del Consiglio d'Europa. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 717 e ss.

¹⁹⁷ Sul *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* vedi anche BVerfGE 65, 1 <43>; 84, 192 <194>, richiamata dalla

Il secondo è il *diritto fondamentale alla garanzia della riservatezza e dell'integrità dei sistemi informatici*, applicabile se il potere conferito ad invadere riguarda i sistemi che, da soli o in rete, possono contenere dati personali della persona in misura e diversità tali da facilitare la conoscenza di parti significative della sua vita o rivelare un'immagine della sua personalità. Può riguardare, quindi, strumenti utilizzati non solo per fini privati, ma anche nell'esercizio di attività economiche. Il diritto generale della personalità, in questa sua particolare manifestazione, offre una tutela contro l'accesso segreto, per mezzo del quale i dati disponibili nel sistema possono essere "spiati" e/o trattati nella loro interezza o in gran parte.

La Corte Costituzionale ammette, però, che il diritto fondamentale alla garanzia della riservatezza e l'integrità dei sistemi informatici *non è illimitato*.

Limitazioni a tale diritto possono essere giustificate sia per fini di prevenzione che per il perseguimento di reati. L'individuo deve accettare solo tali restrizioni del suo diritto, che si basano su un fondamento costituzionale.

Considerate le manifestazioni del diritto generale della personalità di rilevanza costituzionale, i Giudici hanno ritenuto le disposizioni impugnate non conformi ai *principi di chiarezza [precisione]¹⁹⁸ e determinatezza*, che trovano le basi negli artt. 20 e 28, co. 1, GG, anche con riguardo al generale diritto di personalità nelle sue diverse forme di manifestazione¹⁹⁹.

Inoltre, a parere dei Giudici il § 5, co. 2, n. 11 ("alternativa 2") VSG non è conforme nemmeno al *principio di proporzionalità*, il quale richiede che la compressione dei diritti fondamentali dovrebbe perseguire uno scopo legittimo ed essere idonea, necessaria ed opportuna quale mezzo per il raggiungimento di questo scopo²⁰⁰.

La sicurezza dello Stato, intesa come potere di garantire la pace e l'ordine costituzionali, la sicurezza della popolazione da pericoli per la vita, l'incolumità fisica e la libertà, rappresenta un valore di rango costituzionale, che deve essere valutato e considerato nel bilanciamento con altrettanto alti valori e contro-interessi²⁰¹.

Corte.

¹⁹⁸ Il "principio di chiarezza" può essere tradotto in "principio di precisione", quale espressione della riserva di legge comportante l'obbligo, per il legislatore, di disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali in modo da circoscrivere gli spazi di discrezionalità dell'autorità giudiziaria.

¹⁹⁹ I requisiti di *chiarezza[precisione]* e *determinatezza* assicurano che l'interessato possa comprendere la disciplina giuridica e regolare di conseguenza la sua condotta e le misure da adottare. Il legislatore, quindi, deve determinare casi, finalità e limiti delle restrizioni del diritto fondamentale, in modo che sia chiara e precisa, in termini di formulazione, la "zona" di intervento. Si veda il rinvio della Corte alla decisione: BVerfG, 13 giugno 2007 – 1 BvR 1550/03 u.a., in NJW, 2007, 2464.

²⁰⁰ Vedi i riferimenti che la Corte Costituzionale fa a: BVerfG, 13 giugno 2007 – 1 BvR 1550/03, cit.

²⁰¹ In questo contesto è espresso il riferimento ad attività terroristiche. La Corte afferma, infatti, che lo Stato, con il suo mandato costituzionale, contrasta i pericoli del terrorismo [o di altre gravi attività criminali]. Una parte della dottrina italiana si è posta la questione, in particolare con riferimento ai reati di terrorismo, se i diritti fondamentali e la giurisdizione penale fossero da intendersi quali garanzie contro l'uso del "diritto come arma" o piuttosto come giustificazione per tale uso. Tale questione deve necessariamente essere ripresa, in particolare se si considera che lo stesso *Bundesverfassungsgericht* si è trovato, da un lato, a dover giudicare norme modificate dal recente "pacchetto sicurezza" tedesco contro il terrorismo, dall'altro lato e relativamente a misure investigative fortemente invasive della sfera riservata dell'individuo, a portare quale esempio di attività preventiva legittima, se rispondente a rigidi presupposti, proprio la lotta contro il

In particolare, il § 5, co. 2, n. 11 (“alternativa 2”) VSG non è conforme al principio di proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), che presuppone che la gravità della restrizione del diritto fondamentale, in una valutazione generale, non possa essere sproporzionata rispetto alla gravità dei motivi che la giustificano. In questo senso le misure previste dalla norma in esame incidono sui diritti fondamentali in modo intenso e sproporzionato rispetto al pubblico interesse alle indagini effettuate tramite l’accesso segreto, che può essere realizzato anche neutralizzando misure di sicurezza (quali la crittografia) adottate dallo stesso titolare per la sicurezza del sistema e dei dati.

La compressione dei diritti fondamentali è ulteriormente determinata dalla *segretezza* dell’accesso, e deve costituire un’eccezione in uno Stato di diritto, dovendo essere necessaria una specifica giustificazione²⁰².

Dalla motivazione della Corte appare evidente che la compressione dei diritti fondamentali nel contesto di *un obiettivo di prevenzione* soddisfa il requisito di adeguatezza solo se determinati fatti costituiscano un pericolo, nel singolo caso concreto, per un prevalente bene giuridico, benché possa non essere ancora accertato e non si possa quindi stabilire con sufficiente probabilità che il pericolo si concretizzerà in un prossimo futuro.

Per i Giudici se la rilevanza degli interessi da proteggere è tale da giustificare di per sé la compressione di diritti fondamentali dell’individuo, le norme costituzionali richiedono che siano specificati i principi di tali interventi, in conformità al principio di proporzionalità.

La possibilità di effettuare un accesso segreto, dunque, è costituzionalmente ammissibile solo se tale misura risulta essere necessaria per la protezione di *importanti e predominanti beni giuridici*, quali possono essere la vita, l’incolumità fisica e la libertà dei singoli, nonché quelli della collettività (“*Güter der Allgemeinheit*”), la cui minaccia tocca le fondamenta dello Stato o il suo mantenimento o la base dell’esistenza umana, fino a comprendere anche la possibilità di funzionamento delle parti essenziali dei servizi di pubblica utilità.

Un punto fondamentale della motivazione riguarda la riserva della decisione all’autorità giudiziaria. Le attività di indagine in esame, infatti, devono essere contro bilanciate da idonee precauzioni procedurali, riservando la misura ad un *ordine del giudice* che svolga un controllo preventivo, che dovrebbe avere la funzione di “compensazione di rappresentanza” (“*kompensatorischen Repräsentation*”) degli interessi della persona interessata al procedimento²⁰³.

La Corte Costituzionale ha però precisato che un’eccezione al controllo preventivo può essere ammessa nel caso di urgenza, per esempio in caso di pericolo imminente, se è garantito che l’organismo neutrale possa effettuare un esame successivo.

terrorismo per la tutela di predominanti beni giuridici.

²⁰²Se i soggetti destinatari della misura sono informati prima della sua esecuzione possono difendere i loro interessi sin dall’inizio (ricorrendo ai mezzi di ricorso previsti, oppure mettendo a disposizione i dati). In questo senso vedi il rinvio della Corte anche a: BVerfG, 13 giugno 2007 – 1 BvR 1550/03, cit.

²⁰³Vedi: BVerfGE 110, 33 – 67; nonché SächsVerfGH, 14 maggio 1996 – Vf.44-II-94, in JZ, 1996, 957 e ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Con riferimento, infine, al monitoraggio di comunicazioni in Internet o dell'uso del sistema, i Giudici hanno precisato che l'agenzia per la protezione della Costituzione può continuare a eseguire le azioni di ricognizione di Internet, nella misura in cui queste non comportino la compromissione dei diritti fondamentali.

Nella sentenza si legge, infatti, che il diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici di informazione, garantito dal diritto generale della personalità, non viene intaccato se il monitoraggio segreto di Internet è limitato ai dati che il titolare del sistema ha fornito tramite comunicazioni in Internet, in quanto tale soggetto ha, in termini tecnici, "aperto" il suo sistema²⁰⁴.

La Corte, infatti, ha considerato che, in linea di principio, allo Stato non è negata la possibilità di ottenere informazioni accessibili al pubblico come, ad esempio, nel caso in cui raccolga i contenuti di comunicazioni disponibili in Internet ed afferenti ad un gruppo di persone, o in ipotesi in cui venga effettuato un collegamento con una pagina Web e l'iscrizione ad una *mailing list* o ad una *chat room* "aperta".

La declaratoria di incostituzionalità non riguarda, pertanto, i nuovi mezzi "di carattere tecnologico" in quanto tali ed in termini assoluti, ma i loro modi di utilizzo, i presupposti ed i limiti, anche temporali, per la loro adozione. In altre parole, il legislatore avrebbe dovuto determinare i casi, le finalità ed i confini della compressione del diritto fondamentale, in modo da rendere chiara e precisa, in termini di formulazione legislativa, la "zona" di intervento riferita a gravi reati a tutela di importanti beni giuridici, nel rispetto del principio di proporzionalità, nonché prevedere la riserva all'autorità giudiziaria sul controllo di tali requisiti.

La Corte Costituzionale tedesca è tornata ad affrontare il tema dei limiti alle investigazioni compiute con strumenti di sorveglianza occulta ed in particolare dell'impiego di mezzi informatici che permettono l'acquisizione di dati "da remoto"²⁰⁵.

La Corte, con la sentenza del 20 aprile 2016, ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge federale denominata "*Bundeskriminalamtgesetz – BKAG*", che disciplina i compiti e l'attività della forza di polizia federale, il "*Bundeskriminalamt – BKA*", e la cooperazione in materia penale tra i Governi statali e quello federale e con i Paesi terzi. Si tratta, in particolare, di disposizioni contenute nella sottosezione della legge dedicata alla prevenzione delle minacce terroristiche internazionali ("*Unterabschnitt Abwehr von Gefahrendes internationalen Terrorismus*"), nei paragrafi da 20a a 20x, introdotte il 25 dicembre 2008 con efficacia dal 1° gennaio 2009.

La Corte ha affermato che l'autorizzazione alla polizia federale criminale a ricorrere a misure di sorveglianza occulte ("*covert surveillance measures*") contro le minacce del terrorismo internazionale, in linea di principio, è compatibile con i diritti

²⁰⁴ I giudici riportano diversi casi, riconoscendo che il "monitoraggio" segreto di Internet contrasta con l'art. 10, co. 1, GG se l'attività è svolta utilizzando chiavi di accesso acquisite senza autorizzazione oppure contro la volontà dei soggetti coinvolti nelle comunicazioni. Le conseguenze, inoltre, non riguardano solo il destinatario determinato della misura, ma anche i suoi interlocutori nella comunicazione.

²⁰⁵ Bundersverfassungsgericht, I Senato, 20 aprile 2016 – 1 BVR 966/09, 1 BVR 1140/09. V. A. VENEGONI, L. GIORDANO, [La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici](#), in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2016.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

fondamentali riconosciuti all'individuo dalla Costituzione. Sotto taluni specifici aspetti, però, la disciplina dei poteri investigativi viola il principio di proporzionalità in base al quale i poteri investigativi che incidono in maniera profonda sulla vita privata vanno limitati dalla legge alla tutela di interessi rilevanti nei casi in cui sia prevedibile un pericolo sufficientemente specifico a detti interessi.

In primo luogo, la decisione si è soffermata sul paragrafo 20g, da 1 a 3, della BKAG, che prevede disposizioni relative all'uso di mezzi speciali di sorveglianza in luoghi diversi dal domicilio ("*outside of homes*"), come l'osservazione, la registrazione audio-video, l'applicazione di dispositivi di localizzazione o l'uso di informatori della polizia. Con riferimento a questi strumenti investigativi, la Corte ha ritenuto che i poteri attribuiti alla polizia federale non sono sufficientemente limitati dalla legge. In particolare:

- l'uso di simili mezzi al fine di prevenzione dei reati e non solo per la protezione da specifiche minacce è consentita dalle norme costituzionali, se la legge rispetta taluni limiti. Occorre che sia prevedibile uno specifico fatto-reato, almeno per quanto riguarda la sua natura, o, in alternativa, che il comportamento di una persona compri la probabilità specifica che egli possa commettere reati terroristici nel prossimo futuro. La mancanza di queste limitazioni nelle disposizioni non garantisce il rispetto della proporzionalità e non permette il controllo delle misure applicate da parte dell'autorità giudiziaria cosicché le stesse si trovano a ricoprire una sfera di applicazione eccessivamente estesa;

- le disposizioni censurate, nel consentire la raccolta e l'analisi dei dati personali, non prevedono misure per assicurare il rispetto dello spazio assolutamente riservato, caratterizzante la vita privata, precluso all'ingerenza pubblica;

- per il monitoraggio a lungo termine o per l'ascolto di conversazioni non pubbliche, in alcuni casi le disposizioni non prevedono la necessità di una preventiva autorizzazione giudiziaria, mentre in altri casi la richiedono, ma solo dopo un mese dall'inizio della misura.

La decisione afferma che il paragrafo 20k del BKAG, che consente l'accesso ai sistemi informatici da remoto non assicura una protezione sufficiente del nucleo profondo della vita privata.

Quasi contemporaneamente alla sentenza tedesca, la Corte di Cassazione italiana, a Sezioni Unite, ha avuto modo di pronunciarsi sull'utilizzo del c.d. captatore informatico (vedi *infra*).

Recentemente la Spagna, con la *Ley Orgánica* 13/2015, di modifica della *Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* ha introdotto il c.d. *Registros remotos sobre equipos informáticos* (art. 588 *septies* a), che permette al giudice competente di autorizzare l'applicazione di un *software* specifico che consenta l'accesso segreto ad un sistema informatico purché venga utilizzato per il perseguimento dei gravi reati indicati dalla stessa disposizione, fra cui sono previsti quelli a stampo terroristico. Il co. 2 della stessa

disposizione prevede le specifiche garanzie da adottare ed i contenuti del provvedimento del giudice²⁰⁶.

Di particolare interesse risulta essere la lett. B, che impone ai prestatori di servizi (oltre agli altri soggetti di cui all'art. 588 *ter*) degli obblighi di collaborazione con le autorità investigative, per facilitare l'accesso a sistemi o dati, ovvero a fornire la necessaria assistenza.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, come anticipato, le c.d. perquisizioni *online* rappresentano un istituto di natura ibrida e di difficile inquadramento giuridico. Esse non sono disciplinate nell'ordinamento giuridico italiano, tuttavia è opportuno segnalare due casi affrontati dalla giurisprudenza di legittimità in cui si è fatto uso di tecniche di indagine in senso lato assimilabili alla *Online Durchsuchung*. Il primo riguarda l'utilizzo di un c.d. "captatore informatico", in grado di acquisire in remoto copia dei *files* esistenti sul *computer* e di registrare in tempo reale i *files*²⁰⁷. Il secondo riguarda il c.d. caso Ryanair, avente ad oggetto la perquisizione *ex art.* 247 c.p.p. e successivo sequestro delle credenziali di accesso al sistema *online* di prenotazione dei voli della suddetta compagnia aerea²⁰⁸. In entrambe le ipotesi, l'uso di strumenti tipici si tramutava nell'accesso e/o nel monitoraggio del sistema informatico oggetto di indagine²⁰⁹.

In estrema sintesi, nel nostro sistema questo tipo di attività di indagine, da un lato, non è riconducibile ad alcuno degli strumenti tipici di ricerca della prova e, dall'altro lato, presenta caratteri di innovatività ed "originalità" tali da non poter effettuare un "parallelismo", nemmeno per analogia, con i mezzi tipici di ricerca della prova. Essa infatti non è riconducibile né alla disciplina delle perquisizioni, né a quella delle ispezioni, né infine a quella delle intercettazioni, configurando piuttosto un *tertium genus*. Anche dopo le modifiche introdotte con la legge di ratifica della Convenzione *Cybercrime*, l'art. 247 c.p.p. non pare applicabile a questo innovativo strumento di indagine in quanto si limita a rendere possibili le tradizionali perquisizioni, volte alla ricerca del corpo del reato o di cose pertinenti al reato anche in ambiente informatico, autorizzando la perquisizione di sistemi informatici o telematici «quando vi è motivo di ritenere che ivi si trovino dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque

²⁰⁶ Si riporta di seguito, per completezza espositiva, il testo in lingua originale. 2. *La resolución judicial que autorice el registro deberá especificar:* a) *Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida.* b) *El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información.* c) *Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.* d) *La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos.* e) *Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso.*

²⁰⁷ Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, in *CED Cass. pen.*, n. 246954. Cfr. S. ATERNO, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. merito*, 2013, 955 ss.

²⁰⁸ Cass. pen., Sez. IV, 17 aprile 2012, n. 19618, in *Cass. pen.*, 2013, 1523 ss.

²⁰⁹ Cfr. F. IOVENE, [Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3-4/2014, 329 ss.; S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, 760 ss.

pertinenti al reato». Non sembra potersi applicare nemmeno la nuova disposizione che disciplina le ispezioni informatiche, novellata con la legge di ratifica della Convenzione *Cybercrime* (l. 48 del 2008). Esse, infatti, sono destinate a fotografare la realtà esistente, senza alcuna apprensione di dati²¹⁰. Il carattere segreto della perquisizione *online* potrebbe indurre ad applicabile la disciplina dell'intercettazione informatica o telematica (art. 266 *bis* c.p.p.). In verità, le intercettazioni hanno ad oggetto l'apprensione occulta e in tempo reale di comunicazioni, che comporta uno scambio di dati digitali determinato da un'attività umana, ossia un'attività di comunicazione o di altro genere riconducibile ad una persona²¹¹. Ne deriva che lo strumento in esame può essere utilizzato per l'apprensione di messaggi scritti come le *e-mail*, di conversazioni via *chat*, ovvero per la captazione di collegamenti con siti *web* o l'attivazione della *webcam* o del microfono di un *device* (*laptop*, *smartphone* ecc.), ma non certo per monitorare le attività dell'utente o per effettuare ricerche da remoto nel sistema oggetto di indagine.

Alla luce dunque della impossibilità di considerare queste attività di indagine a contenuto tecnologico un mezzo atipico di ricerca della prova – dato il loro carattere innovativo e originale che le distingue dai mezzi tipici previsti dal nostro ordinamento – dovrebbe essere compito del legislatore intervenire, dettando una disciplina *ad hoc*, che raggiunga un equo bilanciamento, alla luce del principio di proporzionalità, tra diritti fondamentali, anche nelle loro nuove manifestazioni (riservatezza informatica e sicurezza informatica) ed il perseguimento di un interesse generale legato ad esigenze penali (probatorie, repressive e preventive). Tale disciplina dovrebbe individuare i presupposti, i casi e i modi dell'intromissione in un sistema informatico come, ad esempio, l'elenco di gravi reati presupposto, il tipo di provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria – del giudice su richiesta del pubblico ministero – le possibili modalità dell'intromissione e di svolgimento dell'attività di indagine, nonché i parametri tecnici da osservare anche in relazione alla tipologia di *software*. Dovrebbero essere introdotte specifiche garanzie a tutela dei dati personali irrilevanti per le indagini e apposite sanzioni di inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito illegittimamente o irrilevante. Inoltre, sarebbe opportuno stabilire se il ricorso a tale strumento possa essere consentito anche per finalità preventive²¹².

²¹⁰ Così S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni online (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, 2855 ss. Vedi già, R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit., 695 ss.

²¹¹ Vedi F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online*, cit., 329 e ss.; S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico*, cit., 760 e ss. nonché già R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 695 ss.

²¹² Quanto all'individuazione di tali gravi forme di criminalità, anche in considerazione del possibile utilizzo di codesto strumento nell'ambito di indagini a carattere transnazionale, si può senz'altro fare riferimento a quanto stabilisce l'art. 83 TFUE con riferimento all'ambito di intervento dell'Unione nel settore del diritto penale sostanziale, ossia: «terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata». La stessa Corte di Giustizia nella sentenza sulla *c.d. data retention* ha individuato nella lotta contro gravi forme di criminalità, tra cui il terrorismo e la criminalità organizzata, un obiettivo di carattere generale che può essere realizzato attraverso l'uso di strumenti di indagine ad alto contenuto tecnologico, purché nel rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta (8 aprile 2014, C-293/12, C-594/15, *Digital RightsIreland Ltd.*, cit.). Vedi



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

L'esigenza di introdurre questo nuovo strumento investigativo è ancor più sentita nella lotta a fenomeni criminali gravi, come quelli legati alla criminalità organizzata ed al *cyber organised crime*.

La nostra Cassazione Penale, Sezioni Unite, 1° luglio 2016 (ud. 28 aprile 2016), n. 26889 chiamata ad intervenire, ha espresso i seguenti principi di diritto:

– «deve escludersi la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen., con il mezzo indicato in precedenza, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità organizzata di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, convertito in legge n. 203 del 1991, non potendosi prevedere, all'atto dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto, previsto dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., che in detto luogo «si stia svolgendo l'attività criminosa»;

– «è invece consentita la captazione nei luoghi di privata dimora *ex art.* 614 cod. pen., pure se non singolarmente individuati e se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, per i procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, secondo la previsione dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991»;

– «per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli elencati nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen. nonché quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato».

Il tema dell'uso del captatore informatico è stato già affrontato nel corso dei lavori parlamentari per la conversione del decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, "*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale*", convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015, n. 43. In quell'occasione è stata proposta una norma con la quale si voleva modificare l'art. 266 *bis* cod. proc. pen., inserendo nella disposizione le parole "anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico", ossia per realizzare «l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi». Successivamente, è stato proposto un emendamento che mirava a circoscrivere l'area operativa del nuovo strumento alle indagini per i delitti di cui agli artt. 270 *bis*, 270 *ter*, 270 *quater* e 270 *quinquies* del codice penale commessi con le finalità di terrorismo di cui all'art. 270 *sexies* del codice penale. Queste proposte non sono state approvate.

Il 2 dicembre 2015 è stata depositata alla Camera dei Deputati la proposta di legge C. 3470 "*Modifica all'articolo 266-bis del codice di procedura penale, in materia di intercettazione e di comunicazioni informatiche o telematiche*". Con tale proposta si intenderebbe garantire l'adeguamento tecnologico del sistema delle intercettazioni, prevedendo che le Forze di polizia possano utilizzare programmi informatici che consentano l'accesso ai *computer* da remoto, per acquisire dati presenti in un sistema informatico ritenuti utili alle indagini connesse al perseguimento di reati con finalità terroristiche.

ampiamente R. FLOR, *Nuove tecnologie e giustizia penale in Europa*, cit.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Il 20 aprile 2016 è stata depositata alla Camera dei Deputati la proposta di legge C. 3762 *“Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in materia di investigazioni e sequestri relativi a dati e comunicazioni contenuti in sistemi informatici o telematici”*. Nella relazione vi è un tentativo di definire il c.d. «captatore legale», nonché di adeguare la disciplina delle intercettazioni al progresso tecnologico in tema di comunicazioni, di disciplinare le perquisizioni a distanza, almeno nei casi in cui si procede per i reati di cui all'art. 51, commi 3-bis, 3-quater e 3 quinquies, cod. proc. pen., all'art. 407, comma 2, cod. proc. pen. e ai delitti di cui al capo I, titolo II, libro secondo, del codice penale (delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione). L'art. 3 della proposta andrebbe a modificare l'art. 266 bis cod. proc. pen., disciplinando l'uso dei captatori legali per compiere l'intercettazione di flussi di dati e per determinare la localizzazione geografica del dispositivo. Gli strumenti informatici, a pena di inutilizzabilità, devono possedere le caratteristiche tecniche da stabilirsi con un apposito decreto ministeriale, emanato all'esito di un procedimento al quale deve prendere parte anche l'Autorità garante per la protezione dei dati personali.

Il disegno di legge n. 2067 *“Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena”*, in discussione al Senato, all'art. 35 prevede proprio la regolamentazione dell'impiego nelle indagini del captatore, riprendendo le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni unite, ma anche tenendo conto delle valutazioni critiche che sono state manifestate. Ad esempio, tra le prescrizioni della legge delega vi è la precisazione che l'accensione del microfono deve avvenire per mezzo di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico nel dispositivo bersaglio; la registrazione deve essere avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell'art. 348, comma 4, cod. proc. pen.; il trasferimento delle registrazioni deve essere effettuato soltanto verso il *server* della Procura così da garantire originalità ed integrità delle registrazioni; l'attivazione del dispositivo deve essere sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater cod. proc. pen.; fuori da tali casi, nei luoghi di cui all'art. 614 cod. pen., soltanto qualora ivi sia in corso l'attività criminosa. Da tale ultima indicazione deriva che s'intende consentire il ricorso a questo strumento anche fuori dai casi di reati di criminalità organizzata, seppur l'uso è circondato da ulteriori opportune cautele: il decreto autorizzativo del giudice, in particolare, deve indicare le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini. Anche in questo disegno di legge, pertanto, ritorna la centralità del provvedimento del Gip, che deve garantire il contemperamento dei diritti fondamentali confliggenti²¹³.

In data 29 dicembre 2017 è stato approvato il decreto legislativo n. 216 che introduce *“Disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, in*

²¹³ Cfr. L. GIORDANO, [Dopo le Sezioni Unite sul “captatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 177 ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

attuazione della delega di cui all'art. I, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d), ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103" (c.d. Riforma Orlando).

Il legislatore, per il vero, si è limitato, da un lato, a disciplinare l'utilizzo del captatore informatico solamente per le intercettazioni tra presenti, non intervenendo in modo alcuno sulla disciplina dell'art. 266 *bis* c.p.p., la quale consente «l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi»; dall'altro lato, ha stabilito che la peculiare modalità captativa possa avvenire esclusivamente con l'installazione del captatore in un dispositivo elettronico dotato del carattere della "portabilità" («dispositivo elettronico portatile» art. 266, comma 2, primo periodo, c.p.p.).

L'art. 4 del citato decreto introduce *"Modifiche al codice di procedura penale in materia di intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico"* quale mezzo di ricerca della prova, prevedendo, all'art. 266, comma 2, c.p.p. che l'attività di intercettazione di conversazioni o di comunicazioni possa essere "eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile".

La nuova formulazione dell'art. 267 c.p.p., fine periodo, dispone che "il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per i delitti diversi da quelli di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono".

In altre parole, se si tratta di intercettazione ambientale domiciliare, essa è consentita solo qualora vi sia fondato motivo di ritenere che all'interno dei luoghi indicati nell'art. 614 c.p. si stia svolgendo l'attività criminosa, ovvero se si proceda per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.

Il comma 3 dell'art. 6 D.lgs. 216/2017 dispone, infatti, che «l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa».

Inoltre nei casi in cui si proceda per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni, potranno effettuarsi:

- intercettazioni telefoniche e ambientali – queste ultime al di fuori dei luoghi di privata dimora – qualora sussistano sufficienti indizi di reato e il particolare strumento di ricerca della prova sia necessario ai fini della prosecuzione delle indagini per un periodo iniziale di 40 giorni, prorogabile di 20;
- intercettazioni ambientali "tradizionali" nei luoghi di privata dimora, anche in assenza di un fondato motivo per ritenere che all'interno si stia svolgendo l'attività criminosa, qualora sussistano sufficienti indizi di reato e il particolare strumento di ricerca della prova sia necessario ai fini della prosecuzione delle indagini per un periodo iniziale di 40 giorni, prorogabile di 20;

- intercettazioni ambientali disposte con captatore informatico all'interno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p., solamente nel caso in cui vi sia un fondato motivo di ritenere che all'interno si stia svolgendo l'attività criminosa, qualora sussistano sufficienti indizi di reato e il particolare strumento di ricerca della prova sia necessario ai fini della prosecuzione delle indagini per un periodo iniziale di 40 giorni, prorogabile di 20.

Con riferimento al regime di utilizzabilità dei dati e delle registrazioni raccolti con l'utilizzo del virus *trojan*, oltre ai casi già precedentemente iscritti nell'art. 271 c.p.p., il legislatore ha introdotto un nuovo comma 1 *bis* all'articolo citato, il quale prevede due differenti ipotesi di inutilizzabilità: 1) i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico, quali, per esempio, le prove tecniche precedenti all'effettivo inizio delle operazioni; 2) i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo.

Un'ulteriore causa di inutilizzabilità dei dati raccolti per la prova di reati diversi da quello per cui si procede, è prevista dall'art. 1, comma 84, lett. e, n. 7, l. 103/2017 secondo cui «i risultati intercettativi così ottenuti poss[o]no essere utilizzati ai fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo e poss[o]no essere utilizzati in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale».

L'art. 270, comma 1 *bis*, c.p.p. ha tradotto tale indicazione disponendo che «i risultati delle intercettazioni tra presenti con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza».

Nei casi di urgenza, inoltre, limitatamente ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., il pubblico ministero potrà procedere autonomamente, senza attendere la previa autorizzazione del giudice e sempre che sia impossibile attendere il provvedimento dello stesso, ma con l'onere di richiederne la convalida. Anche in questo caso vi è una discrasia tra i principi direttivi del delegante e quanto effettivamente trasposto in legge dal delegato, dal momento che l'art. 270, comma 2 *bis*, c.p.p. impone al PM di indicare «le ragioni di urgenza» che rendono impossibile attendere l'autorizzazione del giudice; al contrario, la legge delega poneva in capo al pubblico ministero un doppio onere motivazionale ben più stringente, consistente nell'indicazione: 1) delle «specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice» e 2) delle «ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini». Infine, il pubblico ministero dovrà richiedere la convalida al GIP con le modalità e gli effetti di cui all'art. 270, comma 2, c.p.p., ossia dovrà trasmettere immediatamente a quest'ultimo – e comunque non oltre 24 ore – il decreto con il quale ha disposto le intercettazioni itineranti. Il giudice è tenuto a decidere entro 48 ore dalla ricezione della comunicazione.

Per quanto, invece, attiene all'individuazione dei requisiti tecnici dei programmi informatici, nonché alle modalità di esecuzione, in dettaglio, delle operazioni, l'art. 7 del Decreto, in attuazione dell'art. 81, comma 84, lettera e), n. 5), della legge di delega,



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

demanda la definizione, in dettaglio, ad un decreto ministeriale. Il regolamento tecnico di cui all'art. 7 del Decreto, da emanarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore, si presenta, allo stato, come un documento estremamente rilevante: dovrà fornire maggiori dettagli ed occuparsi, in particolare, degli aspetti operativi.

Il decreto del Ministero della Giustizia del 20 aprile 2018 avrebbe dovuto specificare le caratteristiche dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante captatore informatico su dispositivo portatile. In verità, si limita a prevedere principi o regole generali, statuendo, ad esempio, un obbligo di periodico adeguamento dei programmi a *standard* di funzionalità ed operatività "in linea con l'evoluzione tecnologica". Sono altresì generali gli obblighi di sicurezza e i requisiti tecnici dei captatori.

Alla luce di quanto argomentato *supra* rimangono questioni aperte che il nostro legislatore dovrebbe affrontare in tempi rapidi, fermo restando che l'uso degli strumenti investigativi tecnologici che comportino intrusioni nella sfera di riservatezza degli individui, è legittimo solo se previsto espressamente da una legge statale che rispetti i parametri indicati negli articoli 13, 14 e 15 della Costituzione e dall'art. 8 della CEDU²¹⁴.

Anzitutto, nel sistema "giustizia penale" italiano si assiste ad una anomalia nella stessa definizione di "intercettazione".

Sul piano del diritto penale sostanziale, infatti, il legislatore ha introdotto la distinzione fra intercettazioni non autorizzate o installazione di apparecchi atti ad intercettare abusivamente comunicazioni fra persone (artt. 617-617 *ter* c.p.) e intercettazioni non autorizzate o installazione di apparecchi atti ad intercettare abusivamente comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico ovvero fra sistemi informatici o telematici (artt. 617 *quater*-617 *sexies* c.p.). Tale distinzione pare voler superare l'ancoraggio all'aspetto comunicativo fra persone, che invece costituisce la chiave di volta della definizione di intercettazione sul piano del diritto processuale.

Inoltre per governare la complessità tecnologia e garantire il rispetto dei requisiti previsti per legge, si renderebbe necessaria una regolamentazione maggiormente tecnica, che introduca garanzie e ponga limiti all'attività del programma informatico²¹⁵.

²¹⁴ V. *audizione De Matteis*, che segnala la sensibilità della tematica in rapporto al bilanciamento con i diritti fondamentali della persona.

²¹⁵ [Un]Il disciplinare tecnico relativo al captatore in particolar modo dovrebbe regolamentare:

- architettura informatica e moduli funzionali;
- requisiti di *compliance* rispetto a *standard* internazionali;
- requisiti tecnici e vincoli operativi di omologazione;
- requisiti e modalità di custodia dei codici sorgenti del *software*;
- realizzazione di registro captatori informatici e definizione precisa dei dati ivi raccolti;
- processo e procedura di generazione, uso e verifica presso centro di controllo di PG/AG dei captatori informatici per le singole investigazioni;
- modalità procedurali-contrattuali per consentire alle parti di ottenere l'accesso alla copia del captatore utilizzato nella specifica investigazione garantendone i vincoli di riservatezza industriale;
- modalità di validazione della integrità e di analisi del registro/*log* di operatività del captatore eseguibile dalle parti;
- verifica della validazione del captatore mediante interrogazione al registro captatori;
- specifiche misure di sicurezza per gli archivi elettronici e l'accesso a tali archivi;

L'assenza di un singolo requisito tecnico-procedurale definito dal captatore dovrebbe poter rendere «inutilizzabili le prove raccolte o comunque determinare dubbi sulla loro integrità e genuinità». È fondamentale che il disciplinare tecnico sia soggetto a continua revisione da parte delle Autorità Competenti con rilascio periodico di aggiornamenti tecnici-funzionali-procedurali. È di tutta evidenza infine che il decreto ministeriale avrebbe dovuto essere scritto cercando un ampio dibattito «con la partecipazione di tutte le professionalità giuridiche e tecniche necessarie nonché con i produttori dei sistemi informatici in questione».²¹⁶

C. Data retention.

Nel nostro ordinamento, anche dopo le modifiche apportate dal D.lgs. n. 101 del 2018, che ha attuato il regolamento europeo 2016/679 in materia di tutela dei dati personali, l'art. 132 D.lgs. n. 196 del 2003 (Cod. priv.) prevede che i dati relativi al traffico telefonico siano conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, siano conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione. Entro tali termini i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore, i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le

• verifica della validità del processo di omologazione con sua ripetibilità indipendente.

V. S. ATERNO, F. PIETROSANTI, A. GHIRARDINI, *Una prima analisi generale sul decreto ministeriale previsto dall'emendamento Casson-Cucca*, in *Parola alla difesa*, 1/2016, 159 ss.

²¹⁶ *Ibidem*. Sull'orientamento interpretativo discutibile relativamente all'utilizzo dei c.d. "captatori informatici" da parte della pubblica autorità (Cass. pen., SS. UU., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Cass. pen.*, 2016, 10, 3546), cfr., fra i primi e numerosi commenti, A. CAMON, *Cavalli di troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, vol. 28, fasc. 1, p. 91 ss.; A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. Pen.*, 2016, 2274 ss.; G. CORASANITI, *Le intercettazioni "ubiquitarie" e digitali tra garanzia di riservatezza, esigenze di sicurezza collettiva e di funzionalità del sistema delle prove digitali*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2016, 5, 21 ss.; A. GAITO, S. FURFARO, *Le nuove intercettazioni "ambulant": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. Pen.*, 2016, II, 309 ss.; A. CISTERNA, *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in *Arch. Pen.*, 2016, II, 331 ss.; L. FILIPPI, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. Pen.*, 2016, II, 348 ss.; L. PICOTTI, *Spunti di riflessione per il penalista dalla sentenza delle Sezioni unite relativa alle intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Arch. Pen.*, 2016, II, 354 ss.; L. GIORDANO, [Dopo le Sezioni Unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, 177 ss. Cfr. altresì, con riferimento alle delicate questioni sull'uso del c.d. "Trojan", prima delle Sezioni Unite appena citate, F. CAJANI, *Odissea del captatore informatico*, in *Cass. Pen.*, 2016, 4143 ss.; S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. Pen.*, 2010, 2855 ss.; S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: Una proposta*, in *Cass. Pen.*, 2015, 760 ss. Cfr., infine, S. SIGNORATO, *Le indagini penali informatiche*, Torino, 2017.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

modalità indicate dall'art. 391 *quater* c.p.p., ferme restando le condizioni di cui all'art. 8, co. 2, lett. f), per il traffico entrante. Tralasciando le disposizioni relative allo svolgimento delle investigazioni preventive previste dall'art. 226 delle norme di cui al D.lgs. n. 271 del 1989, ovvero per finalità di accertamento e repressione di specifici reati, il Codice *Privacy* prevede, *ex art. 132 bis*, che i fornitori istituiscano procedure interne per rispondere alle richieste effettuate in conformità alle disposizioni che disciplinano forme di accesso ai dati personali degli utenti. L'attuale formulazione, inoltre, prevede che la richiesta di accesso diretto alle comunicazioni telefoniche in entrata può essere effettuata solo quando possa derivarne un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397; diversamente, i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2 *undecies*, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo.

È fatta salva la disciplina di cui all'articolo 24 della legge 20 novembre 2017, n. 167. In altri termini, in attuazione dell'articolo 20 della direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, al fine di garantire strumenti di indagine efficaci in considerazione delle straordinarie esigenze di contrasto del terrorismo, anche internazionale, per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli articoli 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, il termine di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta, di cui all'articolo 4 *bis*, commi 1 e 2, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, è stabilito in settantadue mesi, in deroga a quanto previsto dall'articolo 132, commi 1 e 1-*bis*, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

Del tutto nuovo è l'art. 132 *ter* (sicurezza del trattamento), il quale – al secondo comma – dispone che il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico adotta, ai sensi dell'articolo 32 del Regolamento, anche attraverso altri soggetti a cui sia affidata l'erogazione del servizio, misure tecniche e organizzative adeguate al rischio esistente. Al terzo comma prevede che i soggetti che operano sulle reti di comunicazione elettronica garantiscono che i dati personali siano accessibili soltanto al personale autorizzato per fini legalmente autorizzati. Le misure di cui ai commi 2 e 3 garantiscono la protezione dei dati relativi al traffico ed all'ubicazione e degli altri dati personali archiviati o trasmessi dalla distruzione anche accidentale, da perdita o alterazione anche accidentale e da archiviazione, trattamento, accesso o divulgazione non autorizzati o illeciti, nonché garantiscono l'attuazione di una politica di sicurezza. Ai sensi del quinto ed ultimo comma, quando la sicurezza del servizio o dei dati personali richiede anche l'adozione di misure che riguardano la rete, il fornitore del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico adotta tali misure congiuntamente con il fornitore della rete pubblica di comunicazioni. In caso di mancato accordo, su richiesta di uno dei fornitori, la controversia è definita dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni secondo le modalità previste dalla normativa vigente.

A seguito della ormai nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla c.d. *data retention*²¹⁷ si pone prepotentemente, anche dopo le recenti modifiche normative, la questione della validità della norma interna.

Questa epocale sentenza, infatti, ha invalidato la direttiva 2006/24/CE, in quanto non compatibile con i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità, alla luce degli artt. 7, 8 e 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Le disposizioni della direttiva ritenute, secondo la Corte di Giustizia, contrarie ai diritti fondamentali del rispetto della vita privata e della vita familiare, della protezione dei dati di carattere personale e della libertà di espressione e di informazione sono quelle previste in deroga agli artt. 5, 6 e 9 della direttiva 2002/58/CE, relative in particolare all'obbligo di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico (art. 3), alle procedure e alle garanzie inerenti all'accesso ai dati (art. 4) – che avrebbero dovuto essere definite da ogni Stato membro nel pieno rispetto delle previsioni della CEDU, secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo – nonché alle stesse categorie di dati da conservare (art. 5).

La Corte ha rilevato che il trattamento di tali dati, compresa la loro archiviazione, consente di trarre precise conclusioni sulla vita privata dei cittadini europei, sulle loro abitudini giornaliere, sui luoghi di residenza permanente o temporanea, sui loro movimenti e le loro attività, così come sulle loro relazioni sociali. Pertanto, la c.d. *data retention* invade direttamente e specificatamente i diritti garantiti dall'art. 7 della Carta, mentre il trattamento di tali dati comprime i diritti previsti dall'art. 8 della Carta, non rispettando i requisiti di tale ultima disposizione, considerando la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia (vedi C-92/09 e C-93/09). Inoltre, anche se la direttiva non consente di archiviare i dati relativi ai contenuti delle comunicazioni, le sue previsioni hanno comunque un effetto sul possibile utilizzo dei mezzi di comunicazione da parte degli utenti e sull'esercizio della loro libertà di espressione (*ex art. 11* della Carta), nonché permettono un possibile controllo *ex post* delle attività personali e professionali dei cittadini europei che, seppur esercitato soltanto a posteriori in occasione dell'impiego delle informazioni, minaccia in modo permanente, e per tutto il periodo della loro conservazione, il diritto alla riservatezza. La Corte ha evidenziato che la verifica dell'esistenza di una interferenza rispetto al diritto alla riservatezza non coinvolge necessariamente le questioni relative alla natura del dato (sensibile o meno) o al fatto che la persona coinvolta sia o meno disturbata dal trattamento delle informazioni (vedi C-465/00, C-138/01, C-139/01).

In altri termini, il solo obbligo, in capo al *provider*, di conservare i dati per un periodo di tempo definito, nonché la previsione della possibilità di accesso a tali dati da

²¹⁷ Corte di giustizia UE, sent. 8 aprile 2014, Digital RightsIreland Ltd (C-293/12 e C-594/12). Tale sentenza giunge dopo una serie di declaratorie di in costituzionalità di altri Giudici delle leggi in Europa. Vedi R. FLOR, [La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, 178 ss. Si veda anche Corte di Giustizia UE, sent. 21 dicembre 2016, Tele2 Sverige c. (C-203/15 e C-698/15), richiamata anche da *audizione De Matteis*.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

parte delle autorità nazionali, costituiscono di per sé una interferenza nei diritti fondamentali garantiti dall'art. 7 della Carta e dall'art. 8 CEDU. Ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà da essa riconosciuti devono essere previste dalla legge e non pregiudicare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà.

Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. La questione riguarda, dunque, la verifica relativa, da un lato, all'esistenza di una finalità di interesse generale o all'esigenza di tutelare le libertà e i diritti altrui e, dall'altro lato, al rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali in gioco. È vero che la direttiva non si applica al contenuto delle comunicazioni, ivi incluse le informazioni consultate utilizzando una rete di comunicazioni elettroniche. È altresì vero che l'art. 7 della direttiva dispone che ogni Stato membro avrebbe dovuto provvedere affinché i fornitori di servizi adottassero alcuni principi di sicurezza, ivi comprese misure tecniche e organizzative dirette ad evitare la cancellazione non solo accidentale, ma anche illecita dei dati, la loro alterazione non autorizzata o l'accesso illegale alle informazioni, nonché a garantire che essi vengano distrutti alla fine del periodo di conservazione, fatta eccezione per quelli consultati e conservati.

Sul piano dell'esistenza di un interesse generale riconosciuto dall'Unione, la Corte ha rilevato che la direttiva contribuisce alla lotta contro gravi crimini e, dunque, a tutelare la pubblica sicurezza. Essa, infatti, si propone l'obiettivo di armonizzare le disposizioni degli Stati membri relative agli obblighi, per i fornitori di servizi, di conservazione di determinati dati da essi generati o trattati, allo scopo di garantirne la disponibilità a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale. Lo stesso art. 6 della Carta sancisce i diritti fondamentali alla libertà ed alla "sicurezza", che possono essere minacciati da fenomeni criminali gravi, come il terrorismo internazionale o la criminalità organizzata.

Risulta pertanto incontestabile, secondo la Corte, che sussista un oggettivo interesse generale dell'Unione. Il principio di proporzionalità richiede, però, che le iniziative delle istituzioni europee siano appropriate al fine di raggiungere i legittimi obiettivi, perseguiti attraverso la disciplina giuridica in esame, purché, utilizzando le parole dei Giudici, non superino i limiti «di quanto è appropriato e necessario» per raggiungere quegli obiettivi. Le scelte discrezionali del legislatore europeo, pertanto, possono essere limitate, in quanto dipendenti da una serie di fattori, compresi quelli relativi alla natura dei diritti fondamentali in gioco, a natura, grado e gravità dell'interferenza ed agli obiettivi da raggiungere attraverso quest'ultima. La Corte ha ammesso che le tecnologie informatiche e i mezzi di comunicazione elettronica possono essere estremamente utili nell'ambito delle attività di indagine, permettendo alle autorità nazionali di avere maggiori opportunità nella lotta alla criminalità grave. In questo senso gli obblighi di conservazione dei dati dovrebbero essere considerati appropriati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva europea. La Corte, però, ha anche evidenziato che il rispetto della vita privata richiede che le deroghe



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

e i limiti relativi alla protezione dei dati personali devono essere applicati solo ed esclusivamente in casi di stretta necessità. Anche se la lotta contro gravi crimini risulta essere essenziale per assicurare la sicurezza pubblica, e la sua efficacia può dipendere da un largo uso di moderne tecniche investigative, la “necessità” di archiviare i dati di traffico per il raggiungimento di un “interesse generale”, anche se di tale portata, non è di per sé giustificata. Il legislatore europeo avrebbe dovuto imporre chiare e precise regole relative all’applicazione della *data retention*, prevedendo, secondo i Giudici, *standard* minimi di garanzia per assicurare al cittadino europeo, o alla persona i cui dati sono archiviati, una effettiva protezione contro i rischi di abusi o di accesso illegale alle informazioni, soprattutto in casi come quello in esame, in cui il trattamento dei dati avviene in modo automatizzato ed è intrinsecamente “pericoloso”. Sulla stretta necessità della forte limitazione dei diritti fondamentali portata dalla direttiva, dunque, la Corte è giunta alle seguenti conclusioni. *I.* La direttiva richiede l’applicazione della *data retention* a tutti i dati di traffico connessi a qualsiasi mezzo comunicativo che viene utilizzato oggi da tutti in ogni attività giornaliera. Gli stessi obblighi di archiviazione riguardano i dati di ogni utente registrato. Pertanto essa si applica, in modo generalizzato, a tutti gli utenti e a tutti i mezzi di comunicazione elettronica, così come a tutte le modalità di traffico di dati (via telefono, Internet, *e-mail* ecc.) senza differenziazioni, limiti o eccezioni rispetto all’obiettivo di contrastare la criminalità grave. Inoltre, tale archiviazione ha ad oggetto dati di persone che, nemmeno indirettamente, si trovano nella situazione di dare adito a procedimenti penali o di essere collegate, anche solo in modo remoto, a reati gravi, anche in situazioni in cui non sussistono prove che la loro condotta possa in qualche modo far sospettare un loro coinvolgimento. Inoltre essa non prevede alcuna eccezione, con la conseguenza che si trova ad essere applicata anche alle persone le cui comunicazioni sono soggette, in base alle norme di diritto nazionale, all’obbligo del segreto professionale. *II.* La direttiva non prevede alcun rapporto tra i dati oggetto dell’obbligo di conservazione e una minaccia per la sicurezza pubblica. In particolare, tale obbligo non è limitato a: a) dati relativi a un determinato periodo di tempo e/o una particolare zona geografica e/o ad un cerchio di persone che possono essere coinvolte, in un modo o nell’altro, in un crimine grave; b) a persone che potrebbero, per altri motivi, contribuire, grazie alla conservazione dei loro dati, alla prevenzione, accertamento e perseguimento di reati gravi. *III.* La direttiva non prevede alcun limite oggettivo, sostanziale o procedurale, per l’accesso ai dati da parte delle competenti autorità nazionali e per il successivo utilizzo a fini di prevenzione, accertamento [o nell’ambito di procedimenti penali] riguardanti reati che, in considerazione della portata e della invasività della interferenza con i diritti fondamentali di cui agli artt. 7 e 8 della Carta, siano di una gravità tale da giustificare una limitazione a questi diritti. Al contrario, la direttiva fa riferimento in modo generale, *ex art. 1, par. 1*, a «reati gravi» come «definiti dagli Stati membri», e non prevede che l’accesso ai dati avvenga dopo l’esame di un giudice o di una autorità amministrativa indipendente, la cui decisione possa, a seguito di una richiesta motivata presentata nel quadro delle procedure di prevenzione o accertamento di gravi reati, o nell’ambito di procedimenti penali, limitare l’accesso ai dati e il loro utilizzo a quanto è strettamente necessario ai fini del raggiungimento dell’obiettivo perseguito. Non si rinviene per gli

Stati, peraltro, nessuno specifico obbligo di prevedere tali limiti. IV. Per quanto riguarda il periodo di archiviazione dei dati, la direttiva fa riferimento ad un lasso di tempo minimo (6 mesi) e massimo (24 mesi) senza distinguere le categorie di dati e la loro possibile utilità per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti, ovvero in accordo con le persone coinvolte. Inoltre, il “periodo finestra” non è basato su criteri oggettivi al fine di assicurare che sia limitato alla stretta necessità. Ne consegue che l’interferenza con i diritti fondamentali in esame avviene senza limiti o regole precise. V. Con riferimento alla sicurezza ed alla protezione dei dati oggetto dell’obbligo di archiviazione, la direttiva non prevede misure di garanzia sufficienti – come richieste, invece, dagli artt. 7 e 8 della Carta – in specie contro il rischio di abusi, accesso illegale o uso non autorizzato, nonché in relazione alla molteplicità e diversità di dati che devono essere archiviati, alla natura dei medesimi ed ai rischi connessi alla loro integrità, confidenzialità e genuinità. La direttiva, inoltre, non prevede l’obbligo per gli Stati membri di disciplinare elevati *standard* di sicurezza, permettendo in tal modo ai *providers* di poter seguire criteri di mera economicità per assicurare la protezione delle informazioni. Infine, la direttiva non richiede che i dati in questione debbano essere conservati all’interno dell’Unione europea, con la conseguenza che non è possibile ritenere che il controllo, espressamente richiesto dall’art. 8, par. 3, della Carta, da parte di un’autorità indipendente in conformità con le esigenze di tutela e sicurezza dei dati, possa essere pienamente garantito.

Ad una prima lettura è agevole notare che, nell’ambito dello spazio discrezionale lasciato dalla direttiva ai legislatori nazionali, il legislatore italiano abbia optato, in primo luogo, per la previsione di un obbligo generale valido per l’accertamento e la repressione dei “reati”, senza individuare categorie specifiche di fattispecie penali che devono ritenersi “gravi”. In secondo luogo, non sono previsti obblighi particolari di sicurezza nel trattamento e nell’archiviazione dei dati che possano corrispondere ad “elevati *standard*” in considerazione dello sviluppo tecnologico o di *best practices* riconosciute a livello sovranazionale. Tali obiezioni rimangono, seppur in modo più attenuato, anche dopo l’introduzione del nuovo art. 132 *ter* D.lgs. 196/2003, che contiene “indicazioni” di carattere generale. In terzo luogo, per l’acquisizione dei dati il legislatore ha previsto il decreto motivato del pubblico ministero. In quarto luogo, le procedure “interne” per rispondere alle richieste di accesso ai dati sono state lasciate sostanzialmente nelle mani del *provider*, anche se il Garante *Privacy* italiano è intervenuto in più occasioni prescrivendo ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, ai sensi degli artt. 17, 123 e 132 D.lgs. 196 del 2003, l’adozione di specifici accorgimenti e misure in grado di garantire un “elevato” livello di protezione dei predetti dati di traffico²¹⁸. A questo punto appare logico chiedersi quale valore

²¹⁸ Vedi ad esempio i provvedimenti del 17 gennaio 2008, 24 luglio 2008 e 29 aprile 2009, con cui il Garante ha preso atto anche delle modifiche normative intervenute dalla data di entrata in vigore del D.lgs n. 196 del 2003 e, in particolare, di quelle introdotte con la l. n. 48 del 2008, di ratifica della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001, che ha modificato l’art. 132 del Codice, prevedendo una specifica ipotesi di conservazione temporanea dei dati relativi al traffico telematico a fini di svolgimento di investigazioni preventive o di accertamento e repressione di reati. In materia è

assumono i dati acquisiti presso il *provider* o, meglio, “consegnati” dal *provider*, all’interno del processo penale. Quali sono le garanzie legate alla genuinità, integrità e veridicità del dato se le stesse “procedure interne” possono essere non previste in modo chiaro e preciso dalla legge, ma lasciate alla “valutazione” dei *providers* o, come è avvenuto in Italia, a prescrizioni del Garante, che però possono essere attuate dai fornitori del servizio in modo diverso e con margini di discrezionalità organizzativa, tecnica ed economica? Gli stress a cui sono sottoposti gli istituti processuali coinvolti sono superabili? E qual è il destino dei procedimenti in atto – che incide sulla stessa utilizzabilità dei dati – i quali potrebbero basarsi proprio sull’acquisizione delle informazioni di traffico telefonico o telematico oggetto della *data retention*? Infine, è opportuno che il legislatore nazionale intervenga in tempi rapidi per adeguare la disciplina italiana ai “rilievi” di illegittimità della direttiva e di grave interferenza nei diritti fondamentali dell’individuo evidenziati dalla Corte?

Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia queste brevi osservazioni costituiscono, anzitutto e *de jure condito*, questioni “aperte”, con cui l’interprete dovrà necessariamente confrontarsi, in quanto influiscono in modo determinante sulle riflessioni connesse alla “validità” della disposizione italiana in rapporto al diritto europeo ed al rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta (v. anche *audizione De Matteis*). Da un lato, la fonte “gerarchicamente” superiore è stata dichiarata invalida per il contrasto con i diritti fondamentali, ritenuti compromessi ben oltre il limite posto dal rispetto del loro contenuto essenziale e del principio di proporzionalità. Dall’altro lato, la disposizione italiana, già più volte modificata, non è oggi in grado di assicurare il rispetto degli *standard* elaborati dalla Corte di Giustizia. Ferme le delicate questioni sui limiti temporali della conservazione dei dati e sulle procedure di accesso e di acquisizione delle informazioni, le criticità principali riguardano, *in primis*, l’individuazione dei “gravi” reati “presupposto”, nonché la definizione dei presupposti oggettivi che possano giustificare la *data retention*. In secondo luogo, la valutazione sull’esistenza di un *fumus commissi delicti* dovrebbe essere lasciata ad un organismo

successivamente intervenuto il d.l. 2 ottobre 2008, n. 151 (convertito con modificazioni dall’art. 1 della l. n. 186 del 2008). Gli adempimenti in capo ai *providers* hanno avuto ad oggetto, ad esempio, prescrizioni per l’adozione di sistemi di autenticazione e autorizzazione, di cifratura e protezione, nonché per la conservazione separata dei dati oltre che per la cancellazione di questi ultimi e per il controllo delle operazioni. Tali prescrizioni, però, pur apparendo stringenti, e pur risultando importanti nel settore oggetto di studio, lasciano sostanzialmente nelle mani del fornitore la definizione concreta delle procedure tecniche, che coinvolge la “consegna” dei dati alle autorità investigative. Le stesse misure di *audit* originariamente prescritte sono generiche e fanno riferimento alla «garanzia di completezza, immutabilità e autenticità delle registrazioni», o all’adozione di «dispositivi non alterabili», ovvero a locuzioni del tipo «prima della scrittura, i dati o i raggruppamenti di dati devono essere sottoposti a procedure informatiche per attestare la loro integrità, basate sull’utilizzo di tecnologie crittografiche» oppure, ancora, «l’attività di controllo deve essere demandata a un’unità organizzativa o, comunque, a personale diverso rispetto a quelli cui è affidato il trattamento dei dati per la finalità di accertamento e repressione dei reati». L’esito dell’attività di controllo deve (solo) essere comunicato alle persone e agli organi legittimati ad adottare decisioni e a esprimere, a vari livelli in base al proprio ordinamento interno, la volontà della società e messo, a richiesta, a disposizione del Garante o dell’autorità giudiziaria. Tali prescrizioni esprimono le difficoltà relative alla previsione di ulteriori adempimenti, oltre all’obbligo di conservazione dei dati, che comportano impegni organizzativi, strutturali ed economici per i fornitori di servizi.

indipendente (giudice) attraverso la previsione di una procedura snella e “tempestiva”, che consenta comunque un accertamento concreto sulla sussistenza del reato “presupposto”, basato su elementi indiziari (provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria su richiesta del pubblico ministero, anche su istanza del difensore dell’imputato), che può pervenire *ex post*, in un lasso di tempo comunque breve, esclusivamente in ipotesi di urgenza (ad esempio quando sussistono elementi oggettivi e concordanti relativi alla preparazione di attentati terroristici), purché vi sia una definizione: a) di un elevato livello delle “misure di sicurezza” da adottare e delle procedure da seguire per la conservazione, l’estrazione e, eventualmente, la cancellazione dei dati al termine del procedimento o del trattamento; b) di apposite sanzioni di inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito in modo illecito o in caso di mancato rispetto del “principio di necessità” nel trattamento dei dati (ad esempio quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l’interessato o le persone a lui collegate solo in caso di indispensabilità). La soluzione più immediata, ma purtroppo ad effetto “locale”, vede come protagonista il nostro legislatore, il quale dovrebbe intervenire ed adattare l’attuale disciplina agli *standard* elaborati dalla Corte di Giustizia. Sarebbe però maggiormente auspicabile un intervento del legislatore europeo, nell’ambito di una più ampia politica criminale dell’Unione. La stessa individuazione dei fenomeni criminali gravi e di natura transnazionale, nonché la conseguente definizione dei “reati presupposti”, potrebbe trovare una base legale nell’art. 83, par. 1, TFUE, che include fra tali fenomeni, vale la pena di ricordarlo, proprio la criminalità informatica e la criminalità organizzata. Il valore aggiunto riguarda, da un lato, l’efficacia, per la forza vincolante delle fonti per gli Stati membri; dall’altro lato le garanzie, che devono circondare la produzione di norme penali (legittimazione democratica e trasparenza del procedimento legislativo, controllabilità politica, da parte dei Parlamenti nazionali durante la fase «ascendente» dei fondamentali principi di sussidiarietà europea e di proporzionalità, *ex art.* 5 TUE e Protocollo applicativo n. 2 allegato al TFUE, piena controllabilità giudiziaria di tali presupposti da parte della Corte di Giustizia ed, indirettamente, delle giurisdizioni nazionali nella fase applicativa).

Potrebbero svolgersi molte altre riflessioni²¹⁹, ma almeno una appare dirimente e incontestabile: l’art. 132 Cod. priv. consente l’accesso ai dati esterni del traffico «per

²¹⁹ Ad esempio sull’atteggiamento del nostro legislatore che, nella l. 17 aprile 2015, n. 43 di conversione, con modificazioni, del d.l. [18 febbraio 2015, n. 7](#) (c.d. decreto anti terrorismo) si è preoccupato di prolungare i termini di conservazione dei dati, senza apportare alcuna modifica ulteriore all’art. 132 Cod. priv. Vedi S. SIGNORATO, [Contrasto al terrorismo e data retention: molte ombre e poche luci](#), in [R. E. KOSTORIS, F. VIGANÒ \(a cura di\), Il nuovo “pacchetto” antiterrorismo](#), Giappichelli, 2015, pp. 75-104. Si consideri, peraltro, che in deroga all’art. 132 codice *privacy*, il termine di conservazione dei dati di traffico telefonico, telematico e relativo alle chiamate senza risposta sia di settantadue mesi in rapporto all’accertamento ed alla repressione, da un lato, dei delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo (art. 51 comma 3 *quater* c.p.p.) e, dall’altro, dei reati ricompresi nell’elenco fissato all’art. 407 comma 2 lett. a c.p.p. Si tratta dei delitti di cui agli artt. 285 c.p. (devastazione, saccheggio e strage), 286 c.p. (guerra civile), 416 *bis* c.p. (associazioni di tipo mafioso anche straniera), 422 c.p. (strage), 291 *ter*, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291 *quater*, comma 4, del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

finalità di accertamento e repressione dei reati», e non invece un catalogo di specifici delitti, individuati tra quelli più gravi²²⁰. L'insanabile contrasto di tale norma con gli artt. 7, 8 e 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non può certo essere sanato dal giudice.

Dalla sentenza della Corte si dovrebbe ricavare l'insegnamento, valido per ogni mezzo di indagine, secondo cui per incidere nella riservatezza della vita privata dei cittadini «occorre la previa fondamentale mediazione del legislatore, che stabilisca i contorni ed i limiti della [nuova] attività, nel cruciale rispetto del principio di proporzionalità». Pertanto l'attività prevista dall'odierno art. 132 Cod. priv., non dovrebbe essere compiuta e, se compiuta, dovrebbe essere considerata in contrasto con gli artt. 7, 8 e 52 della citata Carta dei diritti fondamentali ed «i suoi esiti non [potrebbero] essere utilizzati nel processo penale»²²¹. L'art. 132 Cod. priv. dovrebbe dunque essere disapplicato. Non essendovi precedenti diretti è evidente che, ove il giudice nazionale avesse dei dubbi sulla compatibilità della disposizione con il diritto europeo ed il rispetto dei diritti fondamentali, restano aperte le vie del vaglio di costituzionalità o del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *ex art. 267 TFUE*²²².

Il 18 aprile 2011 la Commissione europea aveva presentato la relazione al Consiglio ed al Parlamento europeo avente ad oggetto la “Valutazione dell'applicazione della direttiva sulla conservazione dei dati (direttiva 2006/24)”²²³ ed aveva sostenuto l'indispensabilità della *data retention* nell'ambito delle investigazioni per l'accertamento e la prevenzione di gravi reati. Essa aveva sottolineato l'opportunità di esaminare la

²²⁰ Così S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, 760 ss.

²²¹ *Ibidem*.

²²² Questa tesi, condivisibile, è sostenuta da una parte della dottrina processualistica, la quale aggiunge finemente che al percorso già segnalato «– secondo cui in questo modo si incorrerebbe in un divieto probatorio *ex art. 191 c.p.p.*, la cui peculiarità è di essere contenuto in Costituzione od in un atto sostanzialmente equivalente, come la CEDU (perché si lederebbe un diritto definito inviolabile, senza la mediazione di una legge ordinaria che preveda casi e modi di quella lesione), e quindi si produrrebbe attività inutilizzabile in ogni stato e grado, rilevabile da qualunque giudice (quello della responsabilità ma anche, in indagini, quello delle cautele), percorso che peraltro, come si è già osservato, la giurisprudenza si è sempre dimostrata renitente ad imboccare – si affianca un nuovo argomento. Come la norma di legge sottesa (l'art. 132 codice *privacy*) è contraria al diritto comunitario, così è contraria al diritto comunitario anche l'attività di interpellato e di acquisizione di dati compiuta, nel *vacuum* di regole, dagli organi dell'investigazione. Se questo dato non può essere negato, si ritiene che, nel ricercare quali possano essere le conseguenze della contrarietà dell'atto investigativo penale al diritto comunitario, questione che presenta degli innegabili tratti di novità, l'unica opzione che va energicamente esclusa a priori è quella dell'assenza di qualsiasi sanzione [...]; non resta che aderire alla tesi dell'inutilizzabilità costituzionale che, si ricorderà, le Sezioni Unite della Corte di cassazione avevano indicato per la libertà domiciliare nella vicenda Prisco». Così S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche*, cit., 760 ss. Cfr. altresì F. IOVENE, *Data retention fra passato e futuro. Ma quale presente?*, in *Cass. pen.*, 2014, 808 ss. Si vedano inoltre le riflessioni di R. FLOR, *Dalla data retention al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive de jure condendo?*, in *Dir. informaz. e inform.*, 2014, 775 ss.; ID., *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, cit.

²²³ 1 V. COM(2011) 225 definitivo. Vedi ampiamente R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. una lunga storia a lieto fine?*, cit., 178 ss.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

conservazione dei dati nell'UE alla luce dei principi di necessità e proporzionalità, tenuto conto e nell'interesse della sicurezza nazionale, del buon funzionamento del mercato interno e del rafforzamento del rispetto della vita privata, nonché del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, proponendo la revisione del quadro giuridico in materia di conservazione dei dati sulla base di alcune raccomandazioni, fra le quali: a) sostenere e disciplinare la conservazione dei dati quale misura di sicurezza; b) garantire la proporzionalità nell'intero processo di immagazzinamento, estrazione e uso dei dati.

A seguito dell'entrata in vigore del D.lgs n. 101/2018 (Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE) la "nuova" formulazione dell'art. 132 non sembra superare le criticità sopra evidenziate²²⁴.

D. Monitoraggio della rete e collaborazione fra *law enforcement* e settore privato.

Per quanto attiene al monitoraggio della rete, la citata sentenza della Corte Costituzionale tedesca aveva già evidenziato che l'uso di sistemi di "sorveglianza" o di "monitoraggio" dell'attività degli *users* possono portare alla profilazione dell'utente. Per tale motivo, come già evidenziato *supra*, emerge la necessità di proteggere i diritti fondamentali riconducibili all'art. 1, co. 1, GG – la dignità umana è inviolabile ed il suo rispetto e la sua protezione costituiscono un dovere da parte delle autorità statali – all'art. 2, co. 1, GG – ogni individuo ha diritto al libero sviluppo della sua personalità, nella misura in cui non viola i diritti degli altri e l'ordine costituzionale o la legge morale – e, quali manifestazioni del diritto generale della personalità (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*), all'art. 10 GG – segretezza della corrispondenza e delle [tele]comunicazioni (*Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich*) – ed all'art. 13 GG – inviolabilità del domicilio (*Die Wohnung ist unverletzlich*).

L'agenzia per la protezione della Costituzione può continuare a eseguire le azioni di ricognizione di Internet, nella misura in cui queste non comportino la compromissione dei diritti fondamentali.

²²⁴ Tale nuova formulazione fa salva la disciplina di cui all'art. 24 della L. 20 novembre 2017, n. 167 (*Termini di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico* – 1. In attuazione dell'articolo 20 della direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, al fine di garantire strumenti di indagine efficace in considerazione delle straordinarie esigenze di contrasto del terrorismo, anche internazionale, per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli articoli 51, comma 3-quater, e 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale il termine di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta, di cui all'articolo 4-bis, commi 1 e 2, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, e' stabilito in settantadue mesi, in deroga a quanto previsto dall'articolo 132, commi 1 e 1-bis, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196."



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Come è stato analizzato nelle pagine che precedono, infatti, la sentenza ha stabilito che il diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici di informazione, garantito dal diritto generale della personalità, non viene intaccato se il monitoraggio segreto di Internet è limitato ai dati che il titolare del sistema ha fornito tramite comunicazioni in Internet, in quanto tale soggetto ha, in termini tecnici, “aperto” il suo sistema²²⁵.

La declaratoria di incostituzionalità riguarda pertanto i modi di utilizzo, i presupposti ed i limiti di adozione, anche temporali, dei nuovi mezzi “di carattere tecnologico”.

In Italia, ad esempio, l’art. 2 del d.l. n. 7 del 2015 (Integrazione delle misure di prevenzione e contrasto delle attività terroristiche), convertito con modificazioni dalla l. n. 43 del 2015, prevede un meccanismo di cooperazione forzata fra *law enforcement* e fornitori di servizi, nonché determinati obblighi in capo a questi ultimi.

Tale disposizione dopo aver disciplinato, al co. 2, il costante aggiornamento di un elenco di siti utilizzati per le attività e le condotte di cui agli artt. 270 *bis* e 270 *sexies* c.p., nel quale confluiscono le segnalazioni effettuate dagli organi di polizia giudiziaria richiamati dal medesimo co. 2 dell’art. 7 *bis* d.l. n. 144 del 2005 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 155 del 2005, prevede, infatti, che i fornitori di connettività, su richiesta dell’autorità giudiziaria procedente, (preferibilmente effettuata per il tramite degli organi di polizia giudiziaria di cui al citato co. 2 dell’art. 7 *bis*) inibiscano l’accesso ai siti inseriti nel menzionato elenco, secondo le modalità, i tempi e le soluzioni tecniche individuate e definite con il decreto previsto dall’art. 14 *quater*, co. 1, della l. n. 269 del 1998 (in materia di lotta alla pedopornografia).

Semplificando, tali norme prevedono che la polizia postale e delle comunicazioni debba costantemente tenere aggiornato un elenco dei siti Internet che vengono utilizzati per attività e condotte di associazione terroristica (art. 270 *bis*, c.p.) e condotte con finalità di terrorismo (art. 270 *sexies*, c.p.) nel quale confluiscono le diverse segnalazioni della polizia giudiziaria. Tale misura ripropone, di fatto, quella adottata dalla l. n. 269 del 1998 in relazione alla “schedatura” o “mappatura” dei siti pedopornografici tenuto dal Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia *online*.

L’aggiornamento dei contenuti della “*black list*” da parte della polizia postale avviene ai fini dello svolgimento delle indagini antiterrorismo, effettuate anche sottocopertura, ai sensi dell’art. 9, co. 1, lett. b), e co. 2 della l. n. 146 del 2006 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*). Il co. 1, lett. b) prevede le attività che gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell’Arma dei Carabinieri specializzati nell’attività di contrasto al terrorismo e all’eversione e del Corpo della Guardia di Finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del

²²⁵ La Corte, infatti, ha considerato che, in linea di principio, allo Stato non è negata la possibilità di ottenere informazioni accessibili al pubblico come, ad esempio, nel caso in cui raccolga i contenuti di comunicazioni disponibili in Internet ed afferenti ad un gruppo di persone, o in ipotesi in cui venga effettuato un collegamento con una pagina *Web* e l’iscrizione ad una *mailing list* o ad una *chat room* “aperta”.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

terrorismo, possono effettuare al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione. Il co. 2 dell'art. 9 disciplina l'utilizzo da parte della polizia giudiziaria di documenti, identità o indicazioni di copertura, rilasciati dagli organismi competenti anche per attivare o entrare in contatto con soggetti e siti nelle reti di comunicazione, informandone il pubblico ministero al più presto e comunque entro le 48 ore dall'inizio delle attività.

Tali previsioni devono essere lette alla luce di quanto dispone l'art. 7 *bis* del d.l. n. 144 del 2005 (*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*), convertito dalla l. n. 155 del 2005, il quale prevede che, per specifiche finalità di prevenzione e repressione delle attività terroristiche o di agevolazione del terrorismo condotte con i mezzi informatici, gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti al Servizio di polizia postale e delle comunicazioni possono svolgere le attività sotto copertura consentite, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo, nonché le attività di intercettazione e i controlli preventivi sulle comunicazioni di cui all'art. 226 delle norme di attuazione del codice di procedura penale (D.lgs. n. 271 del 1989).

Quando si procede per i delitti di cui agli artt. 270 *bis*, 270 *ter*, 270 *quater* e 270 *quinquies* c.p. commessi con le finalità di terrorismo di cui all'art. 270 *sexies* c.p., e sussistono concreti elementi che consentano di ritenere che alcuno compia dette attività per via telematica, ex co. 4 dell'art. 2 del d.l. n. 7 del 2015 il pubblico ministero ordina, con decreto motivato (preferibilmente, ancora, per il tramite degli organi di polizia di cui al citato co. 2 dell'art. 7 *bis*) ai fornitori di servizi di cui all'art. 16 del D.lgs. n. 70 del 2003, ovvero ai soggetti che comunque forniscono servizi di immissione e gestione, attraverso i quali il contenuto relativo alle medesime attività è reso accessibile al pubblico, di provvedere alla rimozione dello stesso. In caso di contenuti generati dagli utenti e ospitati su piattaforme riconducibili a soggetti terzi, è disposta la rimozione dei soli specifici contenuti illeciti. I destinatari adempiono all'ordine immediatamente e comunque non oltre quarantotto ore dal ricevimento della notifica. In caso di mancato adempimento, si dispone l'interdizione dell'accesso al dominio internet nelle forme e con le modalità di cui all'art. 321 c.p.p., garantendo comunque, ove tecnicamente possibile, la fruizione dei contenuti estranei alle condotte illecite.

Tali attività si renderebbero necessarie per monitorare non solo il *web*, i *social networks* o i *social media*, ma anche il *deepweb* e, se occorre, singole *darknet* o specifici *black markets*²²⁶.

Si tratta ad ogni modo di un'attività di prevenzione complessa che richiede, da un lato, elevate competenze tecniche e fondi *ad hoc*, dall'altro lato una disciplina normativa che rispetti gli *standard* di garanzia dei diritti fondamentali, come individuati dalla stessa Corte di Giustizia nel caso *data retention*.

²²⁶ Ne costituisce un efficace esempio l'operazione "Babylon" (2015), che ha portato al sequestro di 14.000 'wallet' o conti correnti di *bitcoin* grazie a 3 anni di investigazioni sotto copertura condotte dagli operatori del Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia online (Cncpo). V. al link seguente: <http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/i-dati-delloperazione-babylon>.



**ORGANISATION CRIMINELLE VERSUS ASSOCIATION DE MALFAITEURS ET
ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE:
QUEL SOCLE A LA LUTTE CONTRE LA CRIMINALITE ORGANISEE
EN FRANCE ET EN ITALIE ?**

di Raphaële Parizot

1. Etude.

On a beau chercher, la criminalité organisée n'est définie ni au niveau international²²⁷, ni au niveau national. Il est vrai que la criminalité organisée constitue non pas une incrimination soumise au principe de légalité et à l'exigence de précision qu'il emporte, mais une expression employée notamment par le législateur et visant une forme de criminalité, une catégorie de comportements particulièrement répréhensibles, au-delà de ce qu'ils sont, en raison de leur intégration dans une organisation, un réseau perçu comme plus menaçant que l'action d'un individu seul, et à l'encontre duquel il faut se doter de moyens de lutte adaptés. Mais, précisément parce que les moyens de lutte se doivent d'être performants (perforants?), ce qui entraîne d'importantes dérogations procédurales et de nouvelles sanctions²²⁸, il est nécessaire de savoir exactement dans quels cas ils peuvent être mobilisés, donc de respecter le principe de légalité. Or, tel n'est pas le cas. La liste des infractions relevant de la criminalité organisée continue en effet de flotter, en France²²⁹ comme en Italie²³⁰. Et l'obsession du terrorisme n'arrange rien en

²²⁷ Au niveau international, v. la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée adoptée le 15 nov. 2000, dite Convention de Palerme, signée par la France le 12 déc. 2000 et ratifiée le 29 oct. 2002, signée par l'Italie le 12 déc. 2000 et ratifiée le 2 août 2006. Au niveau européen, v. l'Action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne remplacée par la Décision –cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée ; v. aussi le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui autorise l'Union européenne à adopter des directives pour « établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidents de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes. Ces domaines de la criminalité sont les suivants: [...] la criminalité organisée» (art. 83 1).

²²⁸ La Directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne prévoit ainsi la possibilité d'une confiscation élargie en matière notamment de participation à une organisation criminelle (art. 5); elle admet même la confiscation en dehors de toute condamnation (art. 4 2.).

²²⁹ Il suffit de suivre l'évolution des art. 706 –73 à 706 –74 C. pr. pén.

²³⁰ L'incertitude est la même en Italie où le législateur emploie l'expression dans des sens différents, la réduisant à la criminalité mafieuse ou l'élargissant à tous les cas d'association criminelle. Parmi l'abondante jurisprudence sur la question, on peut citer la récente décision des Sections Unies pénales de la Cour de cassation italienne (Cassazione penale sezioni unite, 28/04/2016, n. 26889, n° 13, p. 28 et n° 16, p. 31) qui étend

ce que, pour d'évidentes raisons d'actualité, elle focalise l'attention, au détriment d'une réflexion sur la criminalité organisée aujourd'hui en panne.

Il est donc heureux que nos collègues italiens²³¹, qui ont pris l'initiative de ce dossier, viennent nous rappeler que la criminalité organisée, au sens lucratif et non idéologique de l'expression²³², continue de sévir. Il est vrai qu'en Italie, elle se traduit par une réalité spécifique qui, sans être inconnue en France, n'y a pas la même ampleur : la criminalité mafieuse. La mafia, sans même aller jusqu'à questionner sa qualité d'ordre juridique au sens où l'entendait Santi Romano²³³, prend la forme d'organisations criminelles très structurées et aux ramifications puissantes, que le législateur italien a voulu réprimer en 1982 avec la création du fameux article 416bis du code pénal, réprimant l'*associazione di tipo mafioso* (l'association de type mafieux). Ce texte, à lui seul, reste insuffisant pour saisir la complexe réalité mafieuse, ce qui explique l'importance de la jurisprudence, d'autant plus notable dans un pays fortement marqué par le principe de légalité et le principe de *riserva di legge*²³⁴, ainsi que l'importance de la réflexion doctrinale sur le sujet.

Si, sur ce point, la France apparaît en retrait, elle doit, tout comme l'Italie, prendre les mesures nécessaires pour lutter contre les organisations criminelles, structures de base de la criminalité organisée. En effet, dans la mesure où il ne saurait y avoir de criminalité organisée sans organisation criminelle²³⁵, comprise plus largement que l'organisation mafieuse²³⁶, il faut punir le groupe criminel organisé.

C'est ce que requiert la Décision-cadre du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée qui demande aux États membres de l'Union européenne de prendre les mesures nécessaires pour punir la participation à une organisation

la notion de criminalité organisée (et donc les moyens procéduraux dérogatoires qui vont avec) « à l'*associazione per delinquere* au sens de l'article 416 du code pénal, en lien avec les activités criminelles les plus diverses, à l'exclusion de la simple réunion pour commettre l'infraction, à laquelle manque le critère de l'organisation » (« *per reati di criminalità organizzata devono intendersi [...] anche quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, ex art. 416 cod. pen., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell'organizzazione* »).

²³¹C. GRANDI, L'apport de la jurisprudence italienne dans l'élaboration du concept d'« association de type mafieux », ce numéro, p. xxx ; Marco Venturoli, Au-delà de la participation à l'association de type mafieux : le concours externe», ce numéro, p. xxx.

²³²Sans nier les connexités qui peuvent exister entre criminalité organisée et terrorisme, on peut se servir de ce critère du profit (par opposition à idéologie) pour mettre à l'écart de notre réflexion cette forme particulière de criminalité qu'est le terrorisme. L'idée de profit apparaît d'ailleurs dans la définition de l'organisation criminelle que donne la décision-cadre de 2008 (art. 1^{er}).

²³³S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 90 (traduction de la 2^eéd. de *L'ordinamento giuridico* paru en 1945).

²³⁴La question du concours externe, traitée par Marco Venturoli, », ce numéro, p. xxx, en est une excellente illustration.

²³⁵Les textes internationaux et européen l'ont bien saisi, qui en ont fait le premier point traité : Art. 2 de la Convention de Palerme de 2000 ; art. 1^{er} de la décision-cadre de 2008.

²³⁶La Directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, notamment, fait référence à «la criminalité organisée transfrontière, y compris les organisations criminelles de type mafieux», ce qui sous-entend bien que la criminalité organisée ne se réduit pas aux mafias.

criminelle. Selon l'article 1^{er} de ce texte, il faut entendre par « "organisation criminelle", une association structurée, établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel », et par « "association structurée", une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée ». À cela s'ajoute le fait que les instruments de coopération judiciaire (mandat d'arrêt européen; décision d'enquête européenne), qui reposent sur le principe de reconnaissance mutuelle, demandent aux États qu'ils mettent à l'écart le principe de double incrimination face à l'infraction de participation à une organisation criminelle²³⁷. D'où l'importance d'une harmonisation en Europe. À cet égard, en 2016, soit huit ans après l'adoption du texte, et alors même que les États devaient prendre les mesures nécessaires avant le 11 mai 2010²³⁸, la Commission européenne dresse un rapport en demi-teinte sur la transposition de la décision-cadre de 2008 au sein des États membres de l'Union européenne, dû en partie au fait que la décision-cadre elle-même n'est pas aussi catégorique qu'elle pourrait l'être sur la nécessité de définir en droit national, pour la punir, l'organisation criminelle. La Commission considère en effet que « la décision-cadre permet aux États-membres de ne pas introduire le concept d'organisation criminelle, mais de continuer à appliquer le droit pénal national existant, en recourant aux règles générales relatives à la participation à des infractions spécifiques et à la préparation de ces dernières »²³⁹, reprenant en réalité une critique qu'elle avait déjà émise à l'issue des négociations sur la proposition de décision-cadre considérée comme plus ambitieuse, critique soutenue d'ailleurs, à l'époque, par la France et l'Italie. En effet, l'article 2 de la décision-cadre demande aux États membres d'incriminer soit la participation à une organisation criminelle (art. 2 a)) soit le simple accord entre deux personnes au moins en vue de commettre des infractions punies d'une privation de liberté d'au moins quatre ans (art. 2 b)), permettant ce faisant aux États membres de conserver le système classique de la

²³⁷ Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, art. 2 2.; Directive 2014/41 du 3 avr. 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, art. 11 1.g) par renvoi à l'annexe D du texte; voir également la Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 nov. 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne (art. 7). On retrouve la référence à la participation à une organisation criminelle dans d'autres textes, dont la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (art. 57).

²³⁸ Art. 10 de la Décision-cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée.

²³⁹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 10 de la décision – cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 oct. 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, 7 juill. 2016, COM(2016) 448 final, p. 11.

participation criminelle à l'infraction sans introduire en droit interne le concept d'organisation criminelle²⁴⁰.

Précisément, concernant la France et l'Italie, qu'en est-il ? Ni l'une ni l'autre n'ont transposé la décision-cadre ; ni l'une ni l'autre ne définissent l'organisation criminelle. Comment ces deux États peuvent-ils dès lors respecter les exigences de l'Union européenne en termes de coopération judiciaire ? En effet, comme indiqué plus haut, les décisions-cadre de 2002 et de 2014, relatives respectivement au mandat d'arrêt européen et à la décision d'enquête européenne en matière pénale, prévoient que soit écarté le principe de double incrimination pour les demandes de coopération relatives à une participation à une organisation criminelle. Transposées telles quelles en droit interne, ces décisions-cadre nécessitent logiquement de définir l'organisation criminelle. Sur ce point, les droits français et italien n'ont pas du tout la même approche. Le législateur français a repris dans le code de procédure pénale le vocabulaire des deux décisions-cadre. Aussi bien l'article 695-23 relatif au mandat d'arrêt européen que l'article 694-32 relatif à la décision d'enquête européenne emploient l'expression « participation à une organisation criminelle ». Mais de définition il n'est point question, ce qui, même à faire découler la qualification juridique des faits de l'appréciation exclusive de l'État d'émission²⁴¹, pose problème au regard du principe de légalité²⁴². Le droit italien, à l'inverse, n'emploie pas l'expression « organisation criminelle », lorsqu'il transpose les

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 2 et note 4.

²⁴¹ C'est ce que dit clairement l'art. 695 –23 al. 35 sur le mandat d'arrêt européen (« la qualification juridique des faits et la détermination de la peine encourue relèvent de l'appréciation exclusive de l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission ») ; c'est ce que semble dire, mais moins clairement, l'article 694 –31 sur la décision d'enquête européenne (« Le magistrat saisi refuse de reconnaître ou d'exécuter une décision d'enquête européenne dans l'un des cas suivants : [...] 8° Si les faits motivant la décision d'enquête ne constituent pas une infraction pénale selon la loi française, sauf s'ils concernent une catégorie d'infractions mentionnée à l'article 694 –32 et sanctionnée dans l'État d'émission d'une peine ou une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée d'au moins trois ans, ou sauf si la mesure demandée est l'une de celles mentionnées par l'article 694 –33 »).

²⁴² La Cour de justice de Luxembourg (CJCE 3 mai 2007, aff. C –303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*, AJDA 2007. 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RSC 2007. 641, chron. L. Idot ; RTD eur. 2010. 159, chron. D. Berlin) précise bien que « 52. [...] même si les États membres reprennent littéralement l'énumération des catégories d'infractions figurant à l'article 2, paragraphe 2, de la décision –cadre aux fins de la mise en œuvre de celle –ci, la définition elle –même de ces infractions et les peines applicables sont celles qui résultent du droit « de l'État membre d'émission ». La décision –cadre ne vise pas à harmoniser les infractions pénales en question quant à leurs éléments constitutifs ou aux peines dont elles sont assorties ».

Mais de définition, il n'y a pas en droit français et, sur ce point, la Circulaire de présentation des dispositions de la loi n° 2004 –204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité concernant le mandat d'arrêt européen et l'extradition (11 mars 2004, Circ. crim. 2004 –02 CAB, BOMJ 2004, n° 93) n'est d'aucune aide. Elle commence par rappeler que la plupart des catégories d'infractions concernées par la mise à l'écart du principe de double incrimination « correspondent à des infractions aisément identifiables en droit interne et n'appellent donc pas de développement particulier. Cette liste ne doit donc pas être interprétée comme faisant référence à des infractions précises mais à des catégories d'infractions relevant de la nature décrite par la liste ». Elle donne cependant quelques précisions sur les crimes et délits relevant de ces catégories, mais elles sont limitées aux infractions en matière d'exploitation sexuelle des enfants et de pornographie infantile, à la cybercriminalité, à la fraude et au sabotage.

textes normatifs européens en droit interne. En effet, la loi italienne de transposition de la décision-cadre de 2002 écarte la vérification de la double incrimination des faits non pas en cas de « participation à une organisation criminelle », mais en cas de « participation à une association de trois personnes au moins dont le but est la commission de plusieurs délits²⁴³ »²⁴⁴, qualification soumise à la loi de l'État membre d'émission mais dont l'autorité judiciaire italienne vérifie quand même qu'elle correspond bien à ladite incrimination²⁴⁵. Cette substitution de l'expression « participation à une organisation criminelle » par celle de « participation à une association de trois personnes au moins dont le but est la commission de plusieurs délits » s'explique par le fait que le code pénal italien ne connaît pas l'incrimination de participation à une organisation criminelle ; il connaît en revanche l'infraction de participation à une *associazione per delinquere*, groupe de trois personnes au moins dont le but est la commission de plusieurs délits. C'est donc pour respecter le principe de légalité que le législateur italien a substitué à l'organisation criminelle européenne l'association de malfaiteurs telle que la connaît le code pénal.

Autrement dit, les deux États se présentent comme des élèves sérieux peut-être, mais approximatifs. Certes, ils transposent les instruments normatifs de coopération judiciaire en Europe, mais ils ne font le travail qu'à moitié, s'abstenant de définir, comme le préconise la décision-cadre de 2008, le concept d'organisation criminelle, soit en introduisant l'expression mais sans la préciser (c'est la position du droit français), soit en n'introduisant pas l'expression et en lui substituant le renvoi à un concept de pur droit interne – *associazione per delinquere* – (c'est la position du droit italien). Le problème pourrait être aisément résolu s'il ne s'agissait que d'une question de vocabulaire. En effet, aucun des deux États n'a attendu un coup de semonce internationale pour réagir à la criminalité organisée. De longue date, existent, en droit français et en droit italien, les infractions de participation à une association de malfaiteurs entendue comme « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement » (C. pén., art. 450-1) et à une *associazione per delinquere* (littéralement « association pour délinquer ») qualifiable comme telle « quand trois personnes au moins s'associent dans le but de commettre plusieurs délits » (« *quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti* », C. pén., art. 416 italien). La question qui se pose alors est de savoir si ces deux incriminations, qui n'ont pas été modifiées pour la décision-cadre de 2008, remplissent les attentes de l'Union

²⁴³ N.B. : le droit italien connaît une bipartition des infractions en *delitti* et *contravvenzioni*.

²⁴⁴ Selon l'art. 8 (remise obligatoire) de la loi du 22 avr. 2005, n. 69, « *Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri* », la remise sur la base du mandat d'arrêt européen est faite, indépendamment de la double incrimination, pour les faits suivants : « *a) partecipare ad una associazione di tre o più persone finalizzata alla commissione di più delitti* ». Et il est à parier que cette formule sera reprise dans la prochaine loi de transposition de la décision-cadre de 2014 (à transposer avant le 22 mai 2017).

²⁴⁵ Selon l'art. 8 susmentionné, « 2. *L'autorità giudiziaria italiana accerta quale sia la definizione dei reati per i quali è richiesta la consegna, secondo la legge dello Stato membro di emissione, e se la stessa corrisponda alle fattispecie di cui al comma 1* ».

européenne. Autrement dit, sont-elles le réceptacle de l'organisation criminelle au sens où l'entend la décision-cadre de 2008 ? L'organisation criminelle, comme l'indique l'expression, et comme le confirme la définition qui en est donnée par la décision-cadre, suppose d'une part l'existence d'une organisation, c'est-à-dire d'une association structurée, et d'autre part un but criminel, c'est-à-dire le projet de commettre plusieurs infractions graves (punissables d'une privation de liberté d'au moins quatre ans).

Tant sur le plan de la structure (I) que sur celui du but poursuivi (II), les incriminations relatives à l'association de malfaiteurs et à l'*associazione per delinquere* appellent des commentaires/critiques au regard de ce que prévoit la décision-cadre de 2008.

2. La structure est le cœur de l'organisation criminelle. Selon la décision-cadre de 2008, l'organisation criminelle est une association structurée (c'est-à-dire qui ne s'est pas constituée au hasard), établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée dans le but de commettre des infractions.

L'organisation criminelle suppose donc un groupe criminel structuré et stable d'au moins trois personnes²⁴⁶. En droit français et en droit italien, si, à l'origine de l'association de malfaiteurs, était exigée une organisation dans le groupement, cette condition s'est progressivement effacée²⁴⁷. En *droit français*, dans la première version de l'infraction, en 1810, le code pénal disposait que l'association de malfaiteurs « existe par le seul fait d'organisation de bandes ou de correspondance entre elles et leurs chefs ou commandants, ou de conventions tendant à rendre compte ou à faire distribution ou partage du produit des méfaits ». Mais, à partir de 1893 et en réaction aux groupes anarchistes – non organisés – qui sévissaient alors, le législateur va gommer progressivement toute marque d'organisation, jusqu'à entendre l'association de malfaiteurs aujourd'hui comme « tout groupement » ou « entente », c'est-à-dire toute réunion d'au moins deux personnes, sans que les adjectifs « formé » rapporté au groupement et « établie » rapporté à l'entente soient la marque d'une quelconque prise en considération de la nécessité d'une organisation ou d'une stabilité du groupe (comme le démontre d'ailleurs le fait que l'association de malfaiteurs en France peut poursuivre la commission d'une seule infraction). Concernant le *droit italien*, il se calque sur le droit français, avant même l'unification, dès les premiers codes pénaux (code du Royaume des Deux-Siciles de 1819, code parmesan de 1821, code sarde de 1839 et code sardo-italien de 1859), à la seule différence près qu'il exige davantage que deux personnes (un minimum de cinq personnes était ainsi requis dans le code pénal sardo-italien). Mais, petit à petit, le législateur italien aussi délaisse la condition d'organisation, d'abord dans le code Zanardelli de 1889, puis dans le code pénal actuel datant de 1930. Simplement, à

²⁴⁶ Même si le texte européen lui-même vient affaiblir ce critère en donnant la possibilité de qualifier de comportement lié à une organisation criminelle l'accord de deux personnes visant à commettre les infractions visées par l'art. 1^{er} de la décision-cadre (v. *supra* la critique de la Commission européenne).

²⁴⁷ Sur ce point, v. notre thèse, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ/Lextenso éditions, Bibliothèque de sciences criminelles, 2010, n° 131 s.

la différence du droit français (et en conformité avec les exigences européennes), l'*associazione per delinquere* nécessite au moins trois personnes. Par ailleurs, si, comme en droit français, la condition d'organisation ne figure plus dans le texte, la jurisprudence italienne, servie par l'exigence d'un projet pluri-délictuel à l'article 416 du code pénal, est attentive à l'idée d'une certaine permanence et structure de l'association²⁴⁸. Enfin, il va sans dire que l'*associazione di tipo mafioso* de l'article 416bis du code pénal repose tout entière sur la condition d'une organisation très poussée²⁴⁹. Dans ces conditions, un mandat d'arrêt européen émis par la France à destination de l'Italie pour des faits d'association de malfaiteurs pourrait être refusé (ou en tout cas scruté à la loupe, sans bénéficier du non contrôle de la double incrimination) s'il ne s'agit que de l'accord entre deux personnes ou projetant la commission d'une seule infraction²⁵⁰.

Quant à la forme que doivent prendre l'investissement dans la structure, les agissements concertés (autrement dit l'infraction en elle-même de participation à l'organisation criminelle), elle doit se traduire par le fait de « participer activement, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation » (art. 2 a de la décision-cadre). En d'autres termes, toute contribution en connaissance de cause à l'organisation criminelle, y compris par une assistance ou une aide matérielle, est punissable au titre de la participation à ladite organisation. Le *droit français* n'est guère explicite, l'article 450 – 1 du code pénal se référant simplement à la participation à l'association de malfaiteurs sans définir ce qu'il faut entendre par participation. Le *droit italien* est plus précis, qui vise, à l'article 416 du code pénal, d'abord la promotion, la constitution et l'organisation (les fondateurs), puis la simple participation et enfin les chefs. Cela étant, les deux droits laissent irrésolue la question du traitement de ceux qui fournissent une aide à l'association criminelle (sans donc en faire partie) et/ou à la commission des infractions projetées depuis l'association criminelle, qui semblent tous les deux visés par l'article 2 de la décision-cadre. Pour le dire autrement, se pose la question de la complicité de l'association de malfaiteurs sans en faire partie (concours externe) et la question de la complicité depuis l'association de

²⁴⁸ Sur ce point, v. notre thèse, *op. cit.*, n° 135. Citons à nouveau la décision des Sezioni Unite penali de la Cour de cassation italienne du 28 avril 2016 (préc., note 4) qui considère que la notion d'infractions de criminalité organisée couvre non seulement les infractions de criminalité mafieuse mais aussi tout type d'« *associazione per delinquere* au sens de l'article 416 du code pénal, en lien avec les activités criminelles les plus diverses, à l'exclusion de la simple réunion pour commettre l'infraction, à laquelle manque le critère de l'organisation ».

²⁴⁹ V. C. GRANDI, L'apport de la jurisprudence italienne dans l'élaboration du concept d'« association de type mafieux », ce numéro, p. xxx.

²⁵⁰ En effet, si l'autorité judiciaire italienne n'est pas compétente pour établir si les faits fondant le mandat d'arrêt européen correspondent bien à une infraction selon la loi de l'État d'émission (Cassazione penale sez. VI, 19 déc. 2006, n. 41758), elle pourrait refuser d'exécuter un tel mandat si les faits ne caractérisent pas une « participation à une association de trois personnes au moins dont le but est la commission de plusieurs délits » au sens de la loi italienne du 22 avr. 2005 sur le mandat d'arrêt européen, préc., notes 18 et 19.

malfaiteurs dans la réalisation des infractions projetées (concours interne)²⁵¹. Sans rentrer dans des considérations trop techniques²⁵², on peut relever d'abord qu'il est nécessaire de déterminer à partir de quel acte un individu apporte son soutien à une association criminelle et comment le punir (comme membre de cette association criminelle ou comme soutien externe/complice ?). Mais il est également indispensable de déterminer de quels comportements un membre d'une association criminelle peut être responsable, au-delà de sa participation à l'association criminelle : de tous les actes commis par l'association criminelle ou bien de tous les actes auxquels il a apporté son soutien ? À cet égard, la doctrine et la jurisprudence italiennes constituent une aide saisissante à la réflexion, comme le démontre l'article de Marco Venturoli sur la question du concours externe apporté à l'association de type mafieux.

3. Le but poursuivi est en quelque sorte le battement de l'organisation criminelle. Selon la décision-cadre, constitue une organisation criminelle l'association qui poursuit l'objectif « de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel » (art. 1 1.). Il n'est donc pas nécessaire, pour punir l'organisation criminelle, que les infractions recherchées aient été commises, dès lors que ces infractions revêtent certains caractères. Et, si les infractions ont été commises par l'organisation criminelle, la décision-cadre considère, sans plus de précision, qu'il peut s'agir d'une circonstance aggravante (art. 3 2.).

La participation à une organisation criminelle peut être punie indépendamment de la réalisation des infractions projetées. C'est d'ailleurs ce qui en fait son utilité. Naturellement, c'est la position des droits français et italien qui font de la participation à l'association de malfaiteurs/*associazione per delinquere* une infraction autonome. Cependant, la décision-cadre pose un certain nombre de critères concernant les infractions envisagées pour délimiter les organisations criminelles. Sur un premier point, les droits français et italien ont une conception plus large par le silence sur le critère du profit²⁵³, sauf dans la définition de l'association de type mafieux²⁵⁴. Pour le reste, le *droit français* apparaît problématique. Il l'est en effet d'abord par sa conception large de l'association de malfaiteurs, qui inclut dans son périmètre des actes très précoces (là où la décision-cadre emploie l'expression « en vue de commettre », l'art. 450-1 C. pén. utilise les mots « en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits

²⁵¹ Problème compliqué encore par une lecture comparée. En effet, les deux systèmes n'ont pas théorisé de la même manière la participation criminelle. La France a une conception différenciée de la question distinguant auteurs et complices (C. pén., art. 121 -6 et 121 -7), quand l'Italie a une conception unitaire traitant les personnes qui concourent à l'infraction (C. pén., art. 110 italien).

²⁵² Sur ce point, v. notre thèse, *op. cit.*, n° 428 s.

²⁵³ Comme une très grande majorité d'États membres de l'Union européenne, semble-t-il (Rapport de la Commission du 7 juill. 2016 préc., p. 4 -5). Sur ce point, la décision -cadre prévoit que les États ont « la faculté de considérer d'autres groupes de personnes comme des organisations criminelles, par exemple des groupes qui ne visent pas à obtenir des avantages financiers ou autres avantages matériels » (n° 4).

²⁵⁴ V. ce numéro, p. xxx, l'art. de Ciro Grandi.

matériels »), mais aussi par le fait que l'association de malfaiteurs est envisageable même pour une seule infraction. Le droit français est problématique à un autre égard, traduisant une conception cette fois plus étroite que la conception européenne. En effet, l'association de malfaiteurs doit poursuivre la commission d'une infraction dont le seuil de répression est cinq ans d'emprisonnement, alors que la décision-cadre pose la limite à quatre ans (très précisément, sont visées les infractions auxquelles sont associées des privations de liberté « d'un maximum d'au moins quatre ans »). Que se passe-t-il alors si un mandat d'arrêt européen est reçu par la France à propos d'une participation à une organisation criminelle préparant une ou plusieurs infractions punies d'une peine inférieure à 5 ans? Cela ne crée pas de problème en ce que, pour exécuter un mandat d'arrêt européen sans vérification de la condition de double incrimination, le droit français fait référence à la catégorie des infractions de participation à une organisation criminelle et exige simplement que les faits de participation à ladite organisation, qualifiés comme tels par l'Etat d'émission, soient punis d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement (art. 695 – 23 C. proc. pén.). Mais le décalage pose tout de même question. Quant au *droit italien*, le problème tient au fait que, s'il exige bien la préparation d'une pluralité d'infractions, il ne pose pas de seuil à la gravité de ces dernières. Le droit de l'Union européenne ne l'interdit pas, dans la mesure où il pose « des règles minimales », n'empêchant pas à un Etat membre d'aller au-delà. Cela étant dit, concrètement, des difficultés peuvent apparaître : comment valablement mettre en œuvre un instrument de coopération judiciaire, au titre de la lutte contre la criminalité organisée, à propos de la participation à une *associazione per delinquere* projetant des infractions de faible gravité ? Sans même se poser la question de la peine encourue²⁵⁵, un Etat membre ne pourrait-il bloquer une demande de coopération en provenance de l'Italie au regard du fait que l'incrimination ne correspond pas à la définition donnée par l'Union européenne de l'organisation criminelle ?

Si les infractions projetées sont commises, les auteurs de telles infractions pourront bien évidemment être punis. Mais, dans ce cas-là, comment la punition de l'auteur de l'infraction-objectif s'articule-t-elle avec la punition, le cas échéant, au titre de la participation à l'organisation criminelle ? Il est bien évidemment possible de retenir une double culpabilité²⁵⁶. La décision-cadre prévoit cependant la possibilité d'une circonstance aggravante pour l'infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle (art. 3 2.). Mais le texte ne dit rien sur l'articulation entre la responsabilité pénale au titre de la participation à l'organisation criminelle (art. 2) et au titre de

²⁵⁵ Dans le cadre du mandat d'arrêt européen, le contrôle de la double incrimination n'est pas fait pour certaines catégories d'infractions dès lors qu'elles sont punies d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement. Comment interpréter le droit italien qui assortit la simple participation à une *associazione per delinquere* d'une peine comprise entre un an et cinq ans ? Doit-on considérer que la peine de trois ans est « prévue » pour l'*associazione per delinquere* (ce serait, semble-t-il, la position de la Cour de cassation française – Crim. 26 avril 2006, Bull. crim., n°115) ?

²⁵⁶ C'était d'ailleurs l'arrière-plan de la décision *Mantello* pour des faits relatifs de détention de stupéfiants distincts de ceux de participation à une organisation criminelle ayant pour objet le trafic illicite de stupéfiants (CJUE, gr. ch., 16 nov. 2010, aff. C –261/09, *Mantello*, AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat; AJ pénal 2011. 197, obs. L. Ascensi; RTD eur. 2011. 647, obs. P. Beauvais).

l'infraction aggravée par le fait qu'elle a été réalisée dans le cadre d'une organisation criminelle (art. 3). Peut-on envisager un cumul de responsabilités ? Ne s'agirait-il pas d'une atteinte à la règle de l'absorption qui commande de fondre dans la circonstance aggravante d'organisation criminelle l'infraction de participation à une telle organisation, à propos des mêmes faits ? En *droit italien*, une telle difficulté n'existe pas dans la mesure où il n'y a pas de circonstance aggravante liée à la commission d'une infraction dans le cadre d'une organisation criminelle. Au contraire, cette difficulté apparaît en *droit français*, la jurisprudence ayant retenu, à plusieurs reprises, la qualification d'infraction commise en bande organisée et de participation à une association de malfaiteurs en vue de commettre cette infraction, alors même que la bande organisée est le synonyme de l'association de malfaiteurs²⁵⁷.

4. Conclusion.

Clairement, il faut remettre à plat la réflexion sur la criminalité organisée et, en premier lieu, sur l'organisation criminelle. Cette réflexion doit être menée au niveau de l'Union européenne. À un moment où une directive est sans doute nécessaire, il serait bienvenu d'asseoir l'organisation criminelle sur des infractions de participation bien distinctes des formes classiques de participation criminelle (préparation et réalisation d'infractions à plusieurs). Mais cette réflexion doit être menée aussi au plan interne. Si le droit italien montre sans doute une route avec la construction doctrinale et jurisprudentielle autour de l'*associazione per delinquere*, mais aussi l'*associazione di tipo mafioso* comme le mettent bien en évidence *Ciro Grandi* et *Marco Venturoli* dans les articles qui suivent, le droit français reste à la traîne. Il a clairement fait l'impasse d'une réflexion sur ce qu'est une organisation criminelle pour structurer les formes de sa réponse à la criminalité organisée. Il est au contraire parti des moyens et des sanctions apparus utiles en matière de criminalité organisée, qu'il applique, faute de réflexion sur l'organisation criminelle, à toute une série de comportements plus ou moins graves et plus ou moins réalisés en bande organisée. C'est, nous semble-t-il, mettre la charrue avant les bœufs. Au-delà, le travers de cette logique (le but ?) est de mobiliser un appareil très répressif à l'endroit de comportements sans rapport avec la criminalité organisée²⁵⁸. Il serait bon de remettre les choses dans l'ordre.

²⁵⁷ Sur ce point, v. notre commentaire, "Ceci n'est pas une pipe" : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation, ss Crim., 8 juill. 2015, D. 2015. 2541.

²⁵⁸ Comme le démontrent d'ailleurs les vagues hésitations du législateur au tempo du Conseil constitutionnel en matière d'escroquerie. Le délit d'escroquerie en bande organisée a en effet été successivement inclus (loi n° 2007 – 297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance), exclu (loi n° 2007 – 1598 du 13 nov. 2007 relative à la lutte contre la corruption), inclus (loi n° 2011 – 525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit), exclu (loi n° 2015 – 993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne, faisant suite à une déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel du 9 oct. 2014 – décis. n° 2014 – 420/421 QPC), ou plutôt déplacé dans le nouvel art. 706 – 73 – 1 issu de la loi du 17 août 2015, qui maintient la possibilité d'appliquer au délit d'escroquerie commis en bande organisée les dispositions procédurales dérogatoires attachées à la



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

Décision-cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée Article premier – Définitions « Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par : 1) « organisation criminelle », une association structurée, établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté¹ ou d'une mesure de sûreté privative de liberté² d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ; 2) « association structurée », une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité	Code pénal français Article 450 – 1 : « Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».	Code pénal italien Article 416 – Associazione per delinquere : « Quand trois personnes au moins s'associent dans le but de commettre plusieurs délits, ceux qui promeuvent, constituent ou organisent l'association sont punis, pour ce seul fait, d'une peine d'emprisonnement comprise entre trois et sept ans. Pour le seul fait de participer à l'association, la peine est comprise entre un et cinq ans d'emprisonnement. Les chefs encourent la même peine que celle prévue pour les promoteurs. Si les associés parcourent à main armée les campagnes ou les voies publiques, s'applique une peine d'emprisonnement comprise entre cinq et quinze ans. La peine est augmentée si le nombre des associés est de dix ou plus. [...] » Article 416bis – Associazione di tipo mafioso anche straniera « Quiconque fait partie d'une association de type mafieux, formée de trois

criminalité organisée, à l'exclusion de celles relatives à la garde à vue.

dans sa composition ou de structure élaborée ». Article 2 – Infractions relatives à la participation à une organisation criminelle « Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que l'un des deux ou les deux types de comportements liés à une organisation criminelle décrits ci-après soi(en)t considéré(s) comme une (des) infraction(s) : a) le fait pour toute personne de participer activement, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation ; b) le fait pour toute personne de conclure avec une ou plusieurs personnes un accord visant à exercer une activité qui, si elle abouti,		personnes au moins, est puni d'une peine d'emprisonnement comprise entre dix et quinze ans. Ceux qui promeuvent, dirigent ou organisent l'association sont punis, pour ce seul fait, d'une peine d'emprisonnement comprise entre douze et dix-huit ans. L'association est de type mafieux quand ceux qui en font partie se prévalent de la force d'intimidation du lien associatif et de la condition d'assujettissement et d'<i>omertà</i> (loi du silence) qui en découle, pour commettre des délits, pour acquérir directement ou indirectement la gestion ou, en tout cas, le contrôle d'activités économiques, de concessions, d'autorisations, des marchés et des services publics ou pour réaliser des profits ou des avantages injustes pour eux ou pour autrui, ou bien afin d'empêcher ou de faire obstacle au libre exercice du vote ou de procurer des votes à eux-mêmes ou à autrui à l'occasion de consultations électorales. [...] ».

reviendrait à commettre les infractions visées à l'article 1^{er}, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'activité ». Article 3 – Sanctions « Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour a) l'infraction visée à l'article 2, point a), soit passible d'une peine d'emprisonnement maximale comprise entre deux ans et cinq ans au moins ; ou b) l'infraction visée à l'article 2, point b), soit passible de la même peine d'emprisonnement maximale que l'infraction en vue de laquelle l'accord est conclu, ou d'une peine d'emprisonnement maximale comprise entre deux ans et cinq ans au moins. 2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que le fait que les infractions visées à l'article 2, telles que définies par l'État membre en question, aient été commises dans le cadre d'une organisation criminelle puisse être considéré comme une circonstance aggravante ».		



**A UK PERSPECTIVE:
JUDICIAL CO-OPERATION IN CASES CONCERNING
ITALIAN PREVENTIVE MEASURES OF CONFISCATION**

di David Trovato

1. Introduction.

Almost twenty years ago the European Council stressed that judicial co-operation in the form of “*mutual recognition*” should become the “cornerstone” of judicial co-operation²⁵⁹. This article will consider the extent to which that vision has been realised, specifically in the context of the United Kingdom's capacity to give effect to Italian ‘preventive’ measures of confiscation²⁶⁰. It will be shown that, even though the UK has now firmly embedded mutual recognition as part of its domestic laws, civil recovery of the assets pursuant to a request for *mutual legal assistance* is the (only) appropriate route for executing such measures in the UK. Future developments in judicial co-operation will also be considered in order to test whether this position is likely to change.

2. Italian preventive measures of confiscation.

Preventive measures are premised on a finding that a person is a danger to society. Now contained entirely in the ‘*Code of Anti-Mafia and Preventive Measures*’²⁶¹, they are intended not as a punishment in itself but as a means of preventing future criminal conduct and the consequences of that conduct on society as a whole. Although originally created as a weapon to combat the Mafia, the provisions now also target other criminal organisations which are notoriously difficult to prosecute. A wide range of measures are available, including personal restrictions (e.g. travel bans, police surveillance), as well as measures against property (e.g. freezing and confiscation). Preventive measures have been held to be compatible with Article 1, Protocol 1 and Article 6 of the ECHR: *Raimondo v Italy* (1994) 18 E.H.R.R. 237.

The objective of the preventive measure of confiscation is to remove proceeds of crime from the Italian economy. Once “dangerousness” is established, this measure can be made either as a result of direct or indirect evidence that the assets held by the person have been obtained from criminal activity. So far as is material, Art 24 of Legislative Decree 159/11 provides:

“1. The Court orders the confiscation of the restrained assets whose lawful origin cannot be justified by the person against whom the proceedings are started, who results to have the

²⁵⁹ The European Council, meeting in Tampere on 15 and 16 October 1999.

²⁶⁰ In fact the focus is exclusively on the jurisdiction of England and Wales; Scotland and Northern Ireland have their own separate jurisdictions.

²⁶¹ Italian Legislative Decree 159 of 2011.

ownership or the availability also via a third party, as legal or natural person, if they are out of proportion to the income declared for tax purposes, or his/her economic activity, as well as being assets which result to be the proceeds of unlawful activities or that constitute their reuse.”

Whilst in practice a background of criminal convictions will be evidentially significant, preventive measures do not depend on or require a prior conviction. On the contrary, such proceedings may exist not with standing an acquittal in criminal proceedings. At its core, therefore, the preventive measure of confiscation is a form of a non-conviction based asset recovery made on the finding that the subject is a danger to society and that the assets in question are likely to have derived from criminal conduct.

3. UK options for judicial co-operation in asset recovery.

There are effectively two forms of judicial co-operation available to overseas States seeking assistance in the freezing or confiscation of assets with the objective of recovering the proceeds or instrumentalities of crime. These are: (i) traditional mutual legal assistance (“MLA”) and (ii) mutual recognition (“MR”).

Under MLA, available to any foreign jurisdiction, the requesting State sends a formal letter of request (letter rogatory) to the Central Authority of the United Kingdom which will decide whether assistance can be provided and, if so, will refer the matter to the appropriate executing authority²⁶². Dual criminality generally applies to MLA so that the conduct must be criminal conduct had it occurred in the UK.

In addition to multilateral agreements which are concerned with MLA in criminal matters – such as the European Convention on 1959 Mutual Assistance in Criminal Matters – the UK is party to a number of MLA instruments which are specifically relevant to the field of asset recovery, including: the 1990 Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime; the 2000 United Nations Convention against Transnational Organised Crime; the 2003 United Nations Convention against Corruption; and the 2005 Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism.

MR is intended to replace MLA for the Member States of the EU. As such, the process is intended to be a more simplified and direct form of judicial co-operation than found under MLA. In contrast to MLA, a prior domestic order is transmitted directly between competent judicial authorities along with a (pro forma) certificate, which, if properly completed, should lead to swift recognition and execution. The principle of mutual recognition “presupposes” confidence in Member States’ decisions, compliance with ECHR and respect for the rights of affected third parties²⁶³; there is no Central Authority involvement in the process, dual criminality is effectively abolished and the possible grounds for refusal are limited.

²⁶² Usually the Crown Prosecution Service, the Serious Fraud Office or the National Crime Agency.

²⁶³ These principles were confirmed in *A v DPP* [2017] 1 W.L.R. 713, the first mutual recognition case concerning asset recovery to be considered by the Court of Appeal.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

The legal basis for MR is contained in Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003²⁶⁴ on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence (“the 2003 FD”), and Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006²⁶⁵ on the application of mutual recognition to confiscation orders (“the 2006 FD”). In December 2014 these Framework Decisions were transposed into UK domestic law by the Criminal Justice and Data Protection (Protocol No. 36) Regulations 2014 SI 2014/3141 (“the 2014 Regulations”). Italy transposed the 2006 FD pursuant to Legislative Decree 137 of 7 August 2015 and the 2003 FD by Legislative decree no. 35 of 15 February 2016.

The question is which, if any, of these forms of judicial co-operation are applicable for executing Italian preventive measures of confiscation in the UK. Since the UK is (for the time being) still part of the EU, both forms of co-operation are now considered in turn.

4. Mutual Legal Assistance.

From the UK’s perspective, MLA does not depend on the existence of bilateral or multilateral instruments. Indeed, although such occasions will be rare, it is technically possible to obtain MLA from the UK in the absence of such an instrument. What really matters, therefore, is whether the overseas request for assistance meets the UK’s own domestic legal requirements.

The Proceeds of Crime Act 2002 (External Requests and Orders) Order 2005:

By far the most frequently used legal framework for giving effect to overseas asset recovery requests by MLA is the Proceeds of Crime Act 2002 (External Requests and Orders) Order 2005 SI 2005/3181 (“the ERO”)²⁶⁶. Under this statutory instrument, made by Order in Council pursuant to s.444 (2) of the Proceeds of Crime Act 2002 (“POCA”), it is the substance of the overseas order, rather than its form, that is critical to deciding if and how MLA can be provided. Put shortly, if the order falls within the definition of an “external order” then MLA is likely to be available. An “external order” is an order made by an overseas court for the recovery of specified property or sum of money, where property is found or believed to have been obtained as a result of or in connection with criminal conduct²⁶⁷. “Criminal conduct” is conduct which would constitute an offence in the UK had it occurred here – thus dual criminality applies.

It seems that preventive measures in respect of assets are always made in circumstances where the Italian court (in effect) finds or believes that property has been obtained as a result of or in connection with crime. That finding or belief can be based

²⁶⁴ OJ L 196, 2.8.2003, p.45. The provisions for the freezing of *evidence* are not considered in this paper.

²⁶⁵ OJ L 328, 24.11.2006, p.59. Amended by the Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 (OJ L 81, 27.03.2009, p.24).

²⁶⁶ Although not exclusively. For example, there is also the Criminal Justice (International Co-operation) Act 1990 (Enforcement of Overseas Forfeiture Orders) Order 2005 SI 2005/3180, in relation to overseas orders which forfeit the instrumentalities of crime, and The Terrorism Act 2000 (Enforcement of External Orders) Order 2001 (SI 2003/3927), for overseas terrorist forfeiture orders

²⁶⁷ Section 447(2) of the Proceeds of Crime Act 2002.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

on one of a number of grounds, but the essence is that the property in question derives from criminal conduct. Accordingly, subject to dual criminality, these measures should fall within the definition of an external order.

Criminal or civil action?

There are two routes for giving effect to external orders under the ERO. Part 2 is concerned with giving effect to external orders arising out of *criminal* proceedings which are made “consequent on” a conviction (Art 21(2)). That does not sit well with the nature of the Italian preventive measure proceedings since those measures are a form of non-conviction based asset recovery.

Part 5, on the other hand, is concerned with giving effect to external orders by means of *civil recovery*. No prior conviction is required, which is unsurprising as the provisions broadly mirror the domestic regime for civil recovery found in Part 5 of POCA. Therefore, in principle, Part 5 of the ERO is the most suited form of MLA for giving effect to preventive measures.

Civil recovery – overview:

The basic process and requirements to give effect to external orders by means of civil recovery under Part 5 of the ERO are as follows:

- a) The Secretary of State must first forward an “external order” to the relevant enforcement authority to execute it: art 142(1). The relevant enforcement authorities (in England and Wales) are the Crown Prosecution Service, Serious Fraud Office and National Crime Agency.
- b) If the enforcement authority considers that the case is suitable for civil recovery, proceedings may be commenced before the High Court to give effect to the external order: art 143(1). There is a statutory limitation of 20 years for bringing such proceedings, starting from when the illicit property (or property that represents it) was obtained.
- c) The High Court must give effect to the external order by registering it and making a recovery order if it finds that the property is “recoverable property” (art 177(1). Recoverable property is defined as property or a sum of money which is specified in an external order (art 202(1)). By virtue of art 202(2), the property itself must have been found (or believed) to have been obtained as a result of or in connection with criminal conduct. This ensures that the Court is limited to giving effect to *in rem* external orders concerned with ‘tainted’ assets. Preventive measures of confiscation will almost certainly fall into this definition.
- d) In *Blue Holdings v U.S.A.* [2015] 1 W.L.R. 1291, Gloster LJ provided an overview of the regime, and stressed that in proceedings under Part 5 of the ERO 2005 the English Court is required to conduct an exercise identical to that which it would have to conduct in a domestic claim for a recovery order²⁶⁸. That is not, it is suggested, an accurate statement of the position. There is in general a correlation between Part 5 of the ERO

²⁶⁸ Para 43(iv) of the judgment.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

and Part 5 of the POCA in that they are both concerned with removing proceeds of crime by means of civil recovery. However, the test under the domestic regime (under POCA) is markedly different to that under the MLA regime (under the ERO). Property is ‘recoverable property’ under POCA if it was obtained through unlawful conduct (s.304) but under art 202 of the ERO it is recoverable if it is *specified* in an external order. Thus, under the MLA regime there is no requirement to determine afresh whether the property was obtained as a result of criminal conduct. As long as the property specified in the external order was found (or believed) by the overseas court to have been obtained as a result of or in connection with criminal conduct (art 202(2)), then it will be recoverable property.

- e) The ERO also contains a number of provisions which dictate whether it would be just to make a recovery order in respect of the recoverable property. For example, innocent interests in recoverable property (known as “associated property”) are protected (art 181) as is the position of bona fide purchasers for value without notice (arts 177(5), 205, 206). Additionally the High Court is prohibited from including any provision in a recovery order which is incompatible with any of the Convention rights (art 177(4)).
- f) Once made, the recovery order vests the recoverable property in the trustee for civil recovery: art 177(3). The trustee’s function is to realise the property for the benefit of the enforcement authority so in effect the property is forfeited to the State: art 178(5).
- g) There are detailed provisions relating to the application of the realised proceeds of the property vested in the trustee: art 191. There are no provisions for asset sharing agreements so any such agreement would need to be reached on case by case basis (or under treaty arrangement in compensation cases such as under UNCAC).

4.1. *Asset preservation pending or during civil recovery proceedings.*

In order to ensure that the assets are preserved, the requesting State can also seek assistance in freezing the property, either before or after an external order has been issued. Art 141(D) of the ERO enables the High Court to make a “prohibition” (freezing) order where property which may be needed to satisfy an external order, and art 147(1) enables the High Court to make a property freezing order either before or after proceedings are commenced to give effect to an external order.

5. Mutual Recognition.

The purpose of the 2006 FD is to establish the rules by which one Member State must recognise and execute confiscation orders issued by a court competent in “criminal

matters”in another Member State²⁶⁹. A confiscation order is then defined in Art 2 of that Framework Decision as a “*final penalty or measure imposed by a court following proceedings in relation to a criminal offence or offences, resulting in the final deprivation of property.*” On a natural reading of this provision, there must be a nexus between the proceedings in relation to criminal offence and the resulting confiscation order.

On the face of it, non-conviction based confiscation is outside the remit of MR. That is because non-conviction based orders are made *irrespective of*, rather than following, proceedings in relation to a criminal offence. Either way, the UK’s domestic implementation of the 2006 FD only supports this interpretation: the jurisdiction to recognise other Member States’ orders in the UK is limited to conviction-based confiscation orders, that is, at the very least there must have been prior conviction which is procedurally linked to making of the order²⁷⁰.

Accordingly, and certainly from a UK perspective, MR is currently not available in respect of Italian preventive measures of confiscation.

5. Future developments.

The landscape of MR is changing. In December 2016 the European Commission adopted a proposal to create a new Regulation on freezing and confiscation orders²⁷¹. It was considered that the recognition of such orders was still too slow and outdated, and did not reflect more recent EU instruments. One such instrument is Directive 2014/42/EU, which aimed to harmonise freezing and confiscation systems at national level²⁷². That Directive requires Member States (as a minimum) to permit confiscation where a conviction is not possible because the suspect or accused person is ill or has absconded, although it does not go so far as to require non-conviction based systems to be implemented more generally.

The new Regulation will (among other things) widen the scope of MR. It is clear that all confiscation orders will be covered under the new provisions, as long as they are made “*in the framework of criminal proceedings*”²⁷³. The new Regulation will thus reflect

²⁶⁹ Art 1 of the 2006 FD

²⁷⁰ See for instance, regs 13(4) and (5) of the 2014 Regulations which provide that a person must have been convicted of criminal conduct and the overseas confiscation order must have been made at the conclusion of the proceedings “that gave rise to the conviction”.

²⁷¹ See the EC Press Release of 21.12.16 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-4467_en.htm) and draft Regulation / explanatory notes (http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=40719).

²⁷² The UK did not opt in to this Directive.

²⁷³ Curiously, the draft definition of a confiscation order is retained from its previous incarnation under the 2006 FD. Unless this definition is amended before the regulation becomes law, the interpretation of “*following proceedings in relation to an offence*” will need to be read much more generously than under the 2006 FD so that non-conviction based orders may be included within this definition. Notably, under Directive 2014/42/EU, confiscation is defined as a “*final deprivation of property ordered by a court in relation to a criminal offence.*” This is perhaps more apt to cover confiscation orders made where criminal proceedings have been initiated for an offence, as well as confiscation in circumstances where there is no procedural link between the order and the proceedings initiated in relation to a criminal offence.

and also extend the scope of Directive 2014/42/EU. Moreover, there can be no doubt that non-conviction based orders will now be covered under MR, including those made in cases of death of a person, immunity, prescription, cases where the perpetrator of an offence cannot be identified, or in “*other cases where a criminal court can confiscate an asset without conviction when the court has decided that such asset is the proceeds of crime*”²⁷⁴. The key, however, is that such orders must have been issued in criminal proceedings.

It follows from the above that the new provisions will not apply to confiscation orders made in civil or administrative proceedings. With one minor exception, this means that the UK’s non-conviction based asset recovery regime will be out with the scope of the proposed Regulation. The exception is where criminal proceedings have commenced in the criminal courts but the defendant absconds and is neither acquitted nor convicted at the time of the confiscation hearing; in those circumstances a confiscation order can still be made (in criminal proceedings) despite the absence of a conviction²⁷⁵. However, the principal regime for non-conviction based asset recovery in the UK is contained in Part 5 of POCA and that Part only enables recovery orders to be made in the framework of *civil* proceedings.

It also follows that MR under the new Regulation will not be available in respect of Italian preventive measures of confiscation, *unless* such measures can rightly be seen as orders made in the framework of criminal proceedings. The difficulty here is that the ECtHR has historically drawn a distinction between Italian confiscation orders made in criminal proceedings and those made in preventive proceedings²⁷⁶. The application of the *Engel*²⁷⁷ criteria (classification of proceedings according to national law; their essential nature and severity and type of penalty) tends to support this distinction. Preventive proceedings (where the objective is to remove proceeds of crime from circulation) are separate and distinct from criminal proceedings (where the objective is to determine whether a criminal offence has been committed). That is so even if the court is competent in criminal matters in both types of proceedings.

Nevertheless, the proper classification of preventive measures of confiscation is by no means a straightforward issue. It is right to note some counter arguments which can be made in support of the contention that such measures are in fact made in the context of criminal proceedings. First and foremost, the proposed Regulation does not actually restrict the notion of criminal proceedings to those concerned with determining whether a criminal offence has been committed. Alternatively, as far as the *Engel* criteria are concerned, it could be argued that preventive measures are so inextricably linked to the finding of danger to society and tainted assets that they must be treated as proceedings

²⁷⁴ See the draft Regulation and explanatory notes at pp.5, 11; Recital 13 and reg 1 of the draft Regulation.

²⁷⁵ Section 28 of POCA provides for confiscation in cases where the defendant is neither acquitted nor convicted. See also *R. v Okedare* [2014] 1 WLR 4088.

²⁷⁶ *M v Italy* (1991) 70 DR 59, *Raimondo v Italy* (1994) 18 EHRR 237; *Arcuri v Italy* Reports of Judgments and Decisions 2001-VII, p 517. These decisions were more recently the subject of brief judicial consideration by the Supreme Court in *Serious Organised Crime Agency v Gale* [2011] 1 W.L.R. 2760 (S.C.).

²⁷⁷ *Engel v The Netherlands (No 1)* (1976) 1 EHRR 647, para 82.



Parte II – Sezione I – Contributi degli esperti

concerned with criminal conduct (and hence criminal proceedings). The same could also be said in the light of the potential “severity” of the punishment.

There is a further difficulty. Even if preventive measures of confiscation were (arguendo) to fall within the scope of the new Regulation, the UK will only be able to recognise such measures under MR (as opposed to MLA) if it continues to be capable of co-operating under that form of judicial co-operation. That may sound like an obvious proposition, until one considers the next question: will the UK’s exit from the EU also mean the UK’s exit from MR?

The simple answer may well be that, once the UK leaves the EU, it necessarily removes itself as a party to any current and future MR instruments and, on that footing, MR will not be available to give effect to *any* overseas asset recovery orders (including preventive measures) in the UK. On the other hand, although the current legal basis for co-operation under MR would have to change, there is arguably no reason why “presumed confidence” in fair trial norms and respect for affected party rights should suddenly cease to exist in the post-exit era. Subject to political will, it is possible to envisage some sort of post-exit legal arrangement which would enable the UK and the EU to continue to recognise each other’s orders under MR.

6. Conclusions.

The appropriate (if not the only) route for giving effect to Italian preventive measures of confiscation in the UK is by means of civil recovery following a request for MLA.

MR is currently not an option, and certainly not for the UK which requires conviction-based confiscation orders in order to recognise orders under that particular form of judicial co-operation. Confiscation orders which are not part of the proceedings that give rise to a conviction cannot be recognised in the UK under the principles of MR.

The position is unlikely to be affected by future developments. Whilst all non-conviction based confiscation in the framework of criminal proceedings will be covered by the new Regulation, it is difficult (albeit it not impossible) to see how this could apply to preventive measures of confiscation. As the ECtHR has stressed, these measures are made in the framework of preventive, and not criminal, proceedings. No doubt this issue will continue to be the subject of debate.

It seems that the European Council’s vision about MR being the “cornerstone” of judicial co-operation is thus some way from being realised, although equally, there can be no guarantee that the UK will be part of any form of MR regime once it actually leaves the EU.



PARTE II

TAVOLA DEI MATERIALI

SEZIONE I

b) le audizioni

EUGENIO SELVAGGI – ANTONIO BALSAMO

23 febbraio 2017

(trascrizione: Dott.ssa Chiara Mignemi)

Maugeri: Può ancora considerarsi primaria la necessità di armonizzare la disciplina in materia di fattispecie associative (dopo la Decisione quadro del 2008 e i lavori, non particolarmente innovativi, della Commissione del 2011)?

Selvaggi: Un'uniformazione delle fattispecie criminose e soprattutto di quella che per noi è codificata nell'art. 416-bis c.p. è necessaria per assicurare una repressione condivisa all'interno dell'Unione Europea. Inoltre si consideri che alcuni snodi fondamentali della cooperazione giudiziaria, pensiamo ad esempio all'extradizione, poggiano su una condivisione di fattispecie criminose, tanto è vero che la base sia dell'extradizione giudiziale sia del mandato di arresto europeo è la doppia incriminazione.

Non si dice il vero se si afferma che nel mandato di arresto europeo non è richiesta la doppia incriminazione: nel mandato di arresto europeo non c'è la valutazione sulla doppia incriminazione; però ciò non toglie che in alcuni casi potrebbero insorgere problemi, ad esempio nell'ipotesi in cui l'attività sia meramente criminale, ma apparentemente imprenditoriale. Tanto è vero che con una convenzione storicamente importante, quella di Dublino del 1996, fu stabilito che in una procedura di estradizione sarebbe scattato l'obbligo di consegna in presenza di un reato di associazione a delinquere, e quindi anche di associazione a delinquere di stampo mafioso, indipendentemente dal fatto che quella fattispecie fosse prevista nello Stato richiesto dell'extradizione, purché tra i reati fine dell'associazione vi fossero reati ricompresi tra le ipotesi per le quali era consentita l'extradizione stessa.

Io ho iniziato a fare cooperazione giudiziaria perché mi volle al Ministero Giovanni Falcone, il quale aveva questa idea del "seguire i soldi", oltre ad essere colui che per primo iniziò a concepire una vera cooperazione giudiziaria; e ho capito cosa si intende per cooperazione giudiziaria quando nel 1988 andammo a New York e negli uffici della Procura aprirono una porta dicendo che quella era la stanza dove lavorava Giovanni Falcone quando si recava a New York.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Nel '93/'94, organizzammo il primo *summit* contro la mafia nel sud della Francia. I francesi ci dissero che da loro la mafia non esisteva, perché pensavano ai gambali, al cappello e ai fucili a canne mozze, ma in realtà ricordo benissimo il momento in cui il p.m., che veniva dalla Calabria, cominciò a mettere sul tavolo una serie di nominativi e attività che fecero impallidire i francesi, tanto che l'anno dopo vollero fare un altro *summit* (si diceva che Disneyland, che in quel periodo era in costruzione, fosse già stato oggetto di infiltrazioni della 'ndrangheta calabrese).

Rievoco questi momenti per dire che chiaramente l'armonizzazione è necessaria; l'esperienza mi dice, tuttavia, che bisogna essere cauti nell'ottimismo circa il raggiungimento di questo risultato. Per noi risulta semplice capire cos'è la mafia, per gli altri non è lo stesso. I tedeschi hanno capito realmente questo fenomeno solamente con la strage di Duisburg; prima parlavano della mafia come di un fatto sociologico, interessante da discutere, ma non come di un fenomeno criminoso da contrastare adeguatamente.

Qui è il grosso rischio. Ricordo che all'indomani della morte di Falcone, quando questo meccanismo di cooperazione cominciò a mettersi in moto, i danesi dissero che la mafia era presente anche da loro perché avevano bande di motociclisti che spacciavano droga. Questa era per loro la criminalità organizzata, perché aveva un minimo di organizzazione. Ecco qui la differenza.

Torno allora a quanto affermato nella relazione scritta che ho preparato per il Tavolo: occorre fare i conti con la difficoltà di individuare il momento organizzativo/associativo, il momento strumentale. Penso che difficilmente noi riusciremo a convincere tutti e 27 gli Stati Membri ad accettare un'ipotesi criminosa come la nostra se non, forse, arrivando per strade parallele che poi potranno convergere. Intendo dire che dobbiamo esaminare strumenti come la confisca (in particolare la confisca di prevenzione) funzionali a contrastare in modo potenzialmente efficace questo tipo di criminalità, anche se non dovessimo raggiungere quell'altro obiettivo; ciò però non vuol dire che dobbiamo arrenderci ma, al contrario, dobbiamo giocare con una posta molta alta.

Balsamo: Ringrazio la Prof.ssa Maugeri per l'invito. Non c'è dubbio che la costruzione europea sia, in questo momento, in una fase difficile; tuttavia una serie di iniziative normative a livello di Unione Europea inducono a ritenere che sul piano giuridico ci si debba attendere un netto progresso. Ad esempio, quasi tutte le misure inserite nella tabella di marcia a proposito dei diritti dell'imputato sono state realizzate; adesso ci si prefigge l'obiettivo di fare un salto di qualità anche in termini di armonizzazione.

Uno dei settori a mio avviso più critici in tema di armonizzazione afferisce proprio al concetto di criminalità organizzata. La definizione contemplata nella Decisione Quadro n. 341/2008 risulta poco innovativa, oltre che dotata di scarsa capacità selettiva. Purtroppo essa presenta una serie di problemi strutturali riconducibili alla soluzione minimalista che è stata accolta in questa occasione; si è cercato infatti di trovare una via di mezzo tra l'approccio di tipo organizzativo e quello della *conspiracy*, senza però riuscire ad approdare ad una definizione chiara in positivo.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Da un lato, manca l'indicazione di quali sono i reati di criminalità organizzata; l'unica indicazione sul piano criminologico è legata all'entità della pena, che è un dato estremamente variabile a seconda dei diversi sistemi giuridici. Dall'altro, il concetto di associazione strutturata è definito più in negativo che in positivo.

L'effetto pratico di questa soluzione minimalista è che possono rientrare nell'ambito della criminalità organizzata fenomeni assolutamente marginali come quelli cui faceva riferimento prima Selvaggi e che fotografano esattamente la percezione che si è avuta della criminalità organizzata in numerosi Stati. C'è però anche il rovescio della medaglia: i fatti estremamente gravi di reinvestimento di proventi illeciti nell'economia non vengono percepiti ed è questo il motivo per cui si dice che "la mafia non esiste". In altri termini, il problema è che questo concetto di mafia non appartiene al mondo giudiziario e neanche al mondo giuridico in questa fase storica, però esiste sul piano socio-criminologico. In questo senso ricordo, ad esempio, che in occasione di un mio recente soggiorno a Berlino è emersa l'esistenza di modalità operative tipiche di Cosa Nostra anche in organizzazioni criminali di provenienza etnica completamente diversa, che chiaramente in un primo momento operano rispetto alla loro etnia originaria.

La fase successiva, però, che è quella che, a mio parere, non viene per nulla percepita, ossia il reinvestimento dei proventi illeciti tratti ad esempio dalle estorsioni a tappeto (quella delle estorsioni a tappeto è già una realtà in alcuni paesi europei). Detta fase successiva del reinvestimento è qualcosa di ancora nebuloso e oscuro.

Per capire cosa possiamo fare in positivo, è molto interessante, a mio parere, l'impostazione che era stata data nella risoluzione del 25 ottobre 2011 del P.E. sulla criminalità organizzata nell'UE, la quale in sostanza chiedeva alla Commissione di elaborare una nuova proposta normativa in materia. In questa nuova proposta normativa bisognerebbe cercare di valorizzare almeno una parte dell'esperienza italiana, ossia il tentativo di incriminare l'intervento nel mondo dell'economia attraverso un metodo illecito; molti altri aspetti, in effetti, sono problematici.

L'associazione di tipo mafioso *tout court* è difficile da calare in altri ordinamenti e a mio parere, ad essere sincero, corrisponde nel suo insieme alla fotografia di una determinata realtà storica. Invece, un dato ricorrente in tutti gli ordinamenti è la creazione di *partnership* con il mondo imprenditoriale, che però hanno una forte matrice di criminalità organizzata. È un tema che parte dalle varie fasi del riciclaggio sino alla costituzione di imprese a partecipazione mafiosa; in tutto questo settore, a mio parere, ci potrebbe essere un intervento normativo, perché si tratta di tutelare la libertà di concorrenza che è alla base della costruzione europea.

Sotto questo profilo credo che un'iniziativa italiana potrebbe essere importante, anche perché molti ordinamenti possono ricevere consistenti pregiudizi dall'immissione di capitali sporchi in un sistema economico che non ha ancora conosciuto questo tipo di sfida.

Io pure concordo con quanto diceva Selvaggi a proposito dell'opportunità di un approccio basato sul criterio del "*follow the money*" (di G. Falcone). Questo progressivo ibridismo tra criminalità organizzata ed economia sporca è un fenomeno molto complesso, il quale comprende determinate forme di criminalità che noi siamo abituati a classificare come criminalità dei colletti bianchi. Ecco, questa analisi che può essere



Parte II – Sezione II – Le audizioni

compiuta nel settore delle misure patrimoniali può avere, a mio parere, una ricaduta sotto il profilo penalistico in senso stretto; cioè a dire, la realtà che viene fotografata attraverso questo studio del patrimonio può poi costituire la base per una previsione incriminatrice comune.

Maugeri: Che poi è quello che hanno fatto gli Americani con il RICO.

Selvaggi: Concordo con quello che ha detto Balsamo, per cui lascio a disposizione il piano di azione che a livello di Consiglio di Europa è stato fatto sulla base di quel libro Bianco.

È interessante vedere come l'aspetto organizzativo diventa rilevante. Nel tentativo di avere una visione olistica del problema, gli stranieri, molto più facilmente di noi, sarebbero disposti a coinvolgere istituzioni e organismi che non fanno parte del giudicante ma che in quei paesi hanno una forza rilevante. Per noi è più difficile, anzitutto perché siamo portati a privilegiare il momento giudiziario (se c'è uno che tira sassi dal cavalcavia, noi pensiamo subito a creare una nuova specifica fattispecie) ma soprattutto perché non abbiamo, non irragionevolmente, un'eccessiva fiducia in organismi estranei al mondo giudiziario. Questo, però, è forse un ostacolo che dovrebbe essere superato.

Nelle 27 pagine di questo *action plan* ci sono indicazioni importanti; sono espresse in termini generici ma io cerco di concretizzarle per il sistema italiano. Per esempio, in relazione agli uffici di informazione finanziaria ci sono collegamenti? Le nostre autorità giudiziarie si fidano pienamente? Si può inventare qualcosa che probabilmente dovrebbe o potrebbe richiedere, ad esempio, un intervento dal punto di vista organizzativo del Ministero della Giustizia e del M.E.F., perché noi non abbiamo una struttura centralizzata; se noi fossimo in Olanda, qualora la nostra Procura nazionale antimafia avesse poteri di incidenza, naturalmente il terzo soggetto da coinvolgere sarebbe il magistrato. Questo vale anche per il settore privato.

In sintesi, la mafia è una questione non solo giudiziaria ma anche di prevenzione, è una questione di regole amministrative, e allora su ciò una riflessione, che richiede però un grosso sforzo, può essere fatta.

Maugeri: Sicuramente siete d'accordo che ancora nella Commissione si mantiene questa distinzione tra *conspiracy* e associazione con struttura organizzata e già, leggendo la relazione della Commissione del luglio 2016, la maggior parte degli Stati non ha una fattispecie che punisce la mera *conspiracy*, quello è assolutamente da superare.

Balsamo: Si incorre altrimenti nel rischio di dare rilevanza come criminalità organizzata a fenomeni che sono meri concorsi di persone; un pericolo, questo, che sussiste anche nel nostro ordinamento interno, perché quando abbiamo costruito un doppio binario per la criminalità organizzata abbiamo usato, ad esempio in materia di intercettazioni, nozioni molto elastiche, che a mio avviso avrebbero bisogno di una precisazione. Si deve marcare una differenza tra organizzazione criminale e concorso di persone nel reato, altrimenti si presta il fianco a possibili abusi.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Selvaggi: Qui però il discorso non è semplice.

I francesi hanno 'l'organizzazione di malfattori' ma questa comincia ad avere un indice penalistico nel momento in cui il reato fine è stato commesso; prima di questa soglia siamo nel campo della preparazione e tale fatto probabilmente neppure per noi costituisce reato se non con riferimento ad uno specifico fatto delittuoso.

In relazione alla *conspiracy*, poi, va detto che dai testi emerge che, mentre noi facciamo riferimento al requisito di tre o più persone, loro parlano di due o più persone. Per loro la *conspiracy* sono Tizio e Caio che si mettono d'accordo per commettere una rapina; quindi, la *conspiracy* non ha niente a che vedere con l'associazione a delinquere. Quando ci dicono "noi abbiamo la *conspiracy*" dobbiamo sapere che si tratta di altro. La diversità di cultura e di cultura giuridica nonché di linguaggio non sono cose di poco conto.

Maugeri: Il vero problema è questo: l'idea di incriminare un'associazione indipendentemente dalla realizzazione dei delitti scopo e, ancora più complicato, incriminare un'organizzazione che vuole svolgere un'attività lecita ma con metodo illecito; questo è il salto di qualità ulteriore da fare.

Balsamo: In Italia con l'introduzione dell'art. 416-bis c.p. è stato fatto un salto di qualità, per cui siamo passati dalla stagione delle assoluzioni per insufficienza di prove ad un contrasto efficace della criminalità organizzata anche tramite questo passaggio.

Maugeri: Questo è un passaggio difficile da fare.

Selvaggi: Il momento e il passaggio sono difficili ma il momento è favorevole perché possiamo fare leva sul convincimento degli altri Stati nella lotta al fenomeno del terrorismo. L'UE deve spiegare perché chi organizza viaggi all'estero per commettere fatti di terrorismo commette un reato; è chiaro che si tratta di un delitto dell'intenzione, ma qui lo hanno fatto.

Inoltre io ho sempre detto ai professori universitari che, se si cerca di ricondurre quello che fa l'UE all'interno delle nostre categorie concettuali o addirittura se si pretende che i lavori dell'UE siano in linea con le nostre categorie concettuali, arriveremo alla conclusione che le esigenze di assicurare la libertà di circolazione prevarranno perché le esigenze dell'UE sono più forti. Dopo le Torri Gemelle c'è stato il mandato di arresto europeo. Proprio perché siamo tanti, occorrerebbe fare lo sforzo, di fronte ad un intervento dell'UE, di creare una nuova categoria che sia naturalmente compatibile con le nostre tradizioni costituzionali e con le convenzioni internazionali.

Maugeri: Passando all'altro profilo, la confisca, abbiamo quest'ultima proposta di regolamento depositata il 21 dicembre 2016 che fa un salto di qualità, andando oltre la direttiva. Il problema fondamentale, almeno dal punto di vista dell'armonizzazione e del mutuo riconoscimento, è quello della confisca senza condanna. Si tratta di una proposta di regolamento, e già questa è una novità. È possibile introdurre un



Parte II – Sezione II – Le audizioni

regolamento in materia di cooperazione sulla base dell'art. 82 TFUE, ma non si era mai usato direttamente il regolamento, già questo è da segnalare; ma soprattutto merita di essere evidenziata la novità dell'idea d'imporre a tutti gli Stati membri, anche a quelli che non hanno adottato al loro interno forme di confisca senza condanna, il mutuo riconoscimento purché si tratti di provvedimenti di confisca, il che può sembrare un po' un contro senso, pronunciati all'interno di un procedimento penale.

In un primo commento, appena pubblicato, dico che forse questa è l'occasione in Italia per riflettere sulla natura della nostra misura di prevenzione, del procedimento all'interno del quale noi applichiamo la confisca senza condanna che io ho definito ibrido perché da una parte si aggancia al procedimento di esecuzione penale, dall'altro lato non ci sono garanzie, o c'è un più basso livello di garanzie. Fermo restando che in materia emerge una significativa tendenza alla giurisdizionalizzazione.

Vi chiedo se questa può essere l'occasione per cercare di riportare, se possibile, il procedimento di prevenzione ad una piena giurisdizionalizzazione in chiave garantistica, al punto da potersi definire procedimento penale. La Commissione si rifà al modello tedesco, che conosce già forme di confisca senza condanna, seppur in ipotesi limitate, e che sta prendendo in considerazione la possibilità di allargare queste ipotesi, sempre con le garanzie di un procedimento davanti al giudice penale. Vi chiedo di esprimervi su questa possibilità. Fermo restando le ambiguità di fondo del settore, come nel caso della confisca allargata applicata in procedimenti, anche in altri ordinamenti, in cui ci si accontenta di uno standard della prova più basso; l'ibridismo rimane.

Selvaggi: La prima cosa che farei, e che non ho fatto, è andare a leggere le motivazioni della Corte sul caso De Tommaso

Maugeri: sulle misure personali?

Selvaggi: ...sulle misure personali è interessante perché le misure patrimoniali incidono solamente sul protocollo, queste invece incidono sulla Convenzione-madre. Inoltre, se dovessi difendere la posizione dell'Italia sarei contento, perché noi intendiamo il procedimento penale non come accertamento di un fatto costituente reato ma come strumento per raggiungere quel risultato e quello strumento ci sta perché giurisdizionalizzante ma giurisdizionalizzato sul penale, dato che le nostre misure di prevenzione sono stabilite dal giudice penale. Agli stranieri che sono sensibili a questo profilo direi che il giudice penale ha una *forma mentis* diversa da quella del giudice civile. In più ci sono ordinamenti come il Regno Unito e l'Irlanda che hanno quei procedimenti reali di esclusivo carattere civilistico.

Dal punto di vista del negoziato io ovviamente cercherei di ottenere qualcosa che faccia ritenere che le nostre misure di prevenzione [...inaudibile...] il magistrato di collegamento in quel periodo in Francia era molto bravo e naturalmente è stato di grande aiuto. Questa a mio avviso è una strada che si può percorrere, quello che si può concedere è la possibilità che sia rinforzato il momento delle garanzie come se fosse un processo penale, con l'esclusione naturalmente di quei profili che sono incompatibili con un procedimento di prevenzione il quale prescinde dalla commissione di un fatto di



Parte II – Sezione II – Le audizioni

reato, ad esempio la presunzione di innocenza. Qui invece siamo in un campo in cui la c.d. l'inversione dell'onere della prova costituisce il fulcro di tutto. L'unico punto debole è quello della pena, della sanzione che può essere tanto forte da assurgere a sanzione penale.

Maugeri: No, io su questo non sono tanto d'accordo. Direi, comunque, che in materia è fondamentale lo *standard* probatorio. Quando, in assenza di una condanna, la prova dell'origine illecita diviene l'unico elemento su cui si fonda la confisca, pretenderei uno *standard* probatorio più alto.

Balsamo: Innanzitutto concordo sul fatto che il regolamento è un grossissimo passo in avanti: è la prima volta che abbiamo un atto immediatamente applicabile che si occupa della circolazione dei provvedimenti giudiziari, è un progresso straordinario. Ad esempio, esso contiene alcune previsioni come quella relativa all'introduzione di un termine *ad horas* per l'esecuzione del sequestro, che a mio parere condurrà a progressi straordinari per la ricerca e l'acquisizione dei proventi illeciti. Vediamo adesso le ricadute nel nostro ordinamento interno, oltre alle possibilità di miglioramento del regolamento.

Un primo profilo, giustamente messo in luce dalla Prof.ssa Maugeri, è che il regolamento contiene una delimitazione degli ordini di sequestro e di confisca che sono suscettibili di circolare secondo questa nuova modalità, la quale prevede la possibilità di inquadrarli all'interno di un procedimento penale.

Io credo che a questo punto noi abbiamo due strade. La prima è quella di valorizzare la specificità del nostro sistema di misure di prevenzione e quindi sostanzialmente rimanere fuori da questo nuovo circuito che si sta creando. La seconda possibilità è quella di ripensare le procedure del sistema prevenzionistico-patrimoniale nel loro complesso e io sono convinto che questa sia la strada da privilegiare.

A mio parere, poi, la questione non è limitata alla confisca di prevenzione ma potrebbe coinvolgere anche le forme di confisca estesa; pensiamo alla confisca *ex art. 12-sexies* da applicare all'interno del procedimento di esecuzione. Qui il problema è che la normativa è stata strutturata sulla base di un altro tipo di procedimento di esecuzione che era quello che usiamo per il reato continuato (acquisiamo quattro sentenze e vediamo se in esse c'è scritto qualcosa a proposito di un disegno criminoso). In realtà qui abbiamo una serie di accertamenti che sono più complessi di quelli che si conducono in un procedimento di esecuzione ordinario ma anche di quelli che si svolgono all'interno del dibattimento.

Il regolamento è un fortissimo stimolo, perché nella riforma del codice antimafia già c'erano alcune novità importanti; c'era la proposta di rimodellare l'art. 7 del cod. antimafia inserendo le previsioni sul diritto alla prova. In molte Corti c'è già un diritto vivente ispirato a principi garantistici ma, proprio perché sia nel codice antimafia sia nel c.p.p. non si dice sostanzialmente nulla a proposito della attività istruttoria, c'è un ampio margine di apprezzamento che si può tradurre nelle più diverse soluzioni interpretative. Tanto è vero che solo di recente la Cassazione ha dato un preciso spazio al diritto alla prova nel procedimento di prevenzione.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Allora, qual'è la ricaduta nell'ordinamento interno? Innanzitutto bisognerebbe approvare la riforma del codice antimafia su questo punto e su altri che a mio parere sono decisivi, nel senso che sono punti su cui è facile trovare il parere favorevole di tutte le forze in gioco. Il problema di aumentare le garanzie non osta all'accertamento dei flussi illeciti; anzi, a mio parere, un'istruttoria più accurata può aumentare l'efficienza del processo patrimoniale.

Rimane il problema del rapporto con il procedimento penale; sarebbe sbagliato sia lasciare una lacuna sia applicare *tout court* le disposizioni del processo penale. Una serie di caratteri del c.p.p. non si attagliano al processo del patrimonio. Occorrerebbe costruire un nuovo quadro organico che dovrebbe riguardare tutte le forme di misure patrimoniali, in generale la confisca applicata al di là del dibattimento penale, e che dovrebbe prevedere un livello alto di garanzie come quelle contenute nell'art. 6 CEDU. Un processo al patrimonio con uno *standard* di garanzie corrispondenti a quelle previste dalla Corte di Strasburgo è possibile e, anzi, darebbe agli occhi degli altri Stati membri un risalto straordinario al nostro sistema di contrasto ai proventi della criminalità organizzata.

Io però sarei anche del parere di richiedere un contributo delle autorità italiane nell'elaborazione del regolamento, perché ci sono alcuni aspetti che potrebbero essere approfonditi. Ne cito due.

Anzitutto si rende necessaria una chiarificazione dell'ambito di applicabilità del regolamento. Ci sono indicazioni discordanti già nel *memorandum* esplicativo tra pag. 11 e pagg. 5-6; ecco, occorrerebbe valorizzare la parte contenuta nelle pagg. 5-6, che dovrebbe essere inserita nel *considerando* 13. Questo intervento sarebbe importante. Dobbiamo fare in modo che l'ambito di applicazione coincida con quello della Convenzione di Strasburgo del 1990, che è stato il migliore strumento di cooperazione; pensare di eliminare il processo specializzato al patrimonio è un qualcosa di antistorico, tuttavia alcune indicazioni contenute a pag. 11 del *memorandum* esplicativo potrebbero dare àdito a questo equivoco.

Altro aspetto sul piano della modifica di regolamento è quello di una maggiore normativa di dettaglio riguardo all'amministrazione dei beni. Nell'art. 31 della proposta di regolamento ci sono principi giusti e condivisibili; ho l'impressione però che questo articolo sia costruito per essere più una norma di principio che una norma di dettaglio. Il problema è particolarmente forte per il sequestro e la confisca di aziende, perché se non si capisce cosa si intende per amministrazione, l'idea che l'impresa non debba subire una svalutazione è destinata ad essere una norma di principio. Su questi due aspetti io credo che possa essere importante il contributo italiano.

Maugeri: Il problema è che questo aspetto è molto delicato. In Francia ad esempio hanno un'agenzia che funziona, che gestisce tutti i beni sequestrati. Noi parliamo della nostra Agenzia ma in realtà funziona male. L'altra volta ne parlavamo in Polonia dove ci chiedevano di parlare della confisca delle imprese; occorrerà stabilire delle regole per l'amministrazione delle aziende. Quest'ultimo è un profilo su cui in Europa occorrerà, forse, anche prevedere un regolamento specifico per stabilire delle regole per questa fase.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Balsamo: Sembra molto felice l'idea di un regolamento specifico.

Maugeri: Vi chiedo un'altra cosa allora, se secondo voi è giusta l'idea di proporre in Europa uno strumento simile a quello previsto dall'art. 34 d.lgs. n. 159/2011 (codice antimafia), l'amministrazione giudiziaria, o al nuovo strumento di cui si parla, il controllo giudiziario dei beni; si tratta di misure che nell'ottica dell'aggressione all'infiltrazione criminale nell'economia appaiono maggiormente conformi al principio di proporzione, in quanto laddove si ritiene che ci sia una realtà economica sana, possono servire a bonificare l'impresa senza compromettere la continuità dell'attività aziendale. L'idea di lanciare a livello europeo questa prospettiva?

Selvaggi: Questo però in UE, se prospettato adeguatamente, può risultare vincente. A livello di Consiglio di Europa il comitato che si occupa del funzionamento delle convenzioni in materia penale, del quale io faccio parte dal '93, si è posto il problema relativamente ai sequestri, dato che qualsiasi cosa ne può formare oggetto).

A livello di UE quel discorso può essere utile. Se il quadro è quello di una generale disoccupazione, c'è il problema non solo di sanare ciò che può essere sanato ma anche di mantenere un livello occupazionale che altrimenti verrebbe meno. Io addirittura mi inventerei un meccanismo di rinvio a qualunque disposizione su questo tema si dovesse fare nel codice antimafia o in un documento a parte, con riferimento alle ipotesi sia di sequestro sia di confisca perché anche lì abbiamo dei problemi.

Al riguardo può essere utile rievocare il fatto che tanti anni fa, quando ero all'ufficio esecuzione in Pretura di Roma, c'era il problema delle auto rubate o incidentate; la pratica era che queste auto venivano portate al deposito giudiziario. Alla fine del processo, che durava anni e anni, bisognava pagare le spese di custodia di questi ferri vecchi al custode giudiziario. La soluzione poteva essere vendere il bene in caso di deperimento, che non andava inteso nel senso classico, come nel caso di beni alimentari, bensì doveva essere inteso come diminuzione del valore del bene a fronte delle spese sostenute per mantenere lo stesso bene fermo. Sarebbe una rivisitazione in chiave moderna di strumenti giuridici che noi abbiamo sempre visto in modo tradizionale come sostanzialmente intoccabili; rivisitazione, questa, finalizzata ad adeguarsi alla realtà moderna. Questo, sulla base della mia esperienza, è una cosa che si vende bene all'Unione Europea.

Maugeri: Volevi forse dire qualcosa?

Balsamo: Su questo tema si potrebbe esportare in Europa l'idea del gradualismo delle misure patrimoniali, cioè l'idea per cui ci possono essere forme di collaborazione tra le autorità giudiziarie e il mondo delle imprese che giovano ad entrambe le parti, perché anche le imprese possono non essere del tutto consapevoli di essere legate a fenomeni criminali.

Un altro tema che si sta discutendo è quello delle modifiche alla direttiva antiriciclaggio. Si prevede un registro dei beneficiari effettivi. Tuttavia, a mio parere, qui



Parte II – Sezione II – Le audizioni

si sono limitati a previsioni di ordine troppo formale. Bisognerebbe pensare di inserire determinate risultanze, ormai pubbliche (quindi non quelle relative alle fasi delle indagini o comunque alle fasi in cui ancora c'è una controvertibilità del dato), di procedimenti che riguardano il patrimonio. Allora, molto spesso noi stabiliamo il beneficiario di un certo rapporto, di una certa attività non su dati formali ma su quello che, ahimè, emerge dall'apporto giudiziario. Ecco, un contributo significativo dell'Italia potrebbe consistere nell'integrare il contenuto di questo registro dei beneficiari effettivi che sarebbe inserito nella V direttiva antiriciclaggio; di questo tema abbiamo parlato in un incontro al PE.

Maugeri: Andiamo avanti su aspetti un po' più di procedura. Io vi chiederei innanzitutto di dire qualcosa sul mandato di arresto europeo: criticità, qualcosa su cui riflettere o comunque si tratta di una normativa che sta funzionando?

Selvaggi: L'efficacia della normativa emerge dal fatto che, fin tanto che il mandato di arresto europeo non esisteva, noi non riuscivamo ad ottenere estradizioni dall'Inghilterra, cosa che non accade più. Laddove, invece, non abbiamo correttamente implementato la Decisione Quadro, ci ha pensato poi la Corte di Cassazione a raddrizzare le cose.

Dando uno sguardo oltre, quello che eventualmente mi fa pensare è la sentenza emessa dalla Corte di Giustizia dell'UE nel dicembre 2016, c. 182/2015. Si dice una cosa molto semplice: se A, cittadino italiano, si trova in Germania e la Russia chiede alla Germania la consegna di questa persona, la Germania è tenuta a consegnare questa persona all'Italia e l'Italia valuterà se consegnarla alla Russia. Tutti i paesi sono stati molti critici nei confronti di questa decisione. Qui c'è un problema di incastro tra l'ordinamento europeo e le larghe convenzioni che ci legano. Ovviamente l'obiettivo principale è che, laddove possibile, giustizia sia fatta nel rispetto dei diritti fondamentali.

La questione delle convenzioni è importante. Adesso il Consiglio di Europa quando fa le convenzioni introduce una clausola che si chiama *sunset clause*: scaduti i cinque anni, lo Stato che ha messo una riserva deve dichiarare se vuole continuare con quella riserva; altrimenti, se non dice nulla, la riserva automaticamente cade.

Balsamo: Anche io, in base alla mia esperienza, ho l'impressione che il mandato di arresto europeo sia uno strumento che funziona; anzi, quei profili problematici sono stati superati dalla giurisprudenza orientata in senso costituzionale ed europeo. Sono convinto che si tratti di un patrimonio che va condiviso.

In particolare, occorre un'opera di formazione molto più grande di quella che abbiamo fatto finora tra i giudici e gli operatori del diritto in genere. Nell'ultimo periodo con il Ministro Orlando sono state attuate una serie di strumenti europei che da tempo giacevano inattuati e, proprio per questo, oggi serve un potenziamento del ramo della formazione in materia di cooperazione giudiziaria tra magistratura, ministero e anche le autorità degli altri paesi dell'UE che sono nostri interlocutori.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Selvaggi: Al riguardo un profilo importante è che l'UE, il Consiglio di Europa ma anche l'ONU hanno dei *network* che sono validissimi ma devono essere valorizzati. La rete giudiziaria europea funziona benissimo, ad esempio. Qui, però, è una questione di cultura giuridica. Io, pur essendo andato in pensione, ho suggerito ad alcuni colleghi di instaurare una rete di cooperazione tra Spagna, Portogallo e paesi dell'America latina, riuscendo ad ottenere cose e documenti dal Messico.

Ci sono validissimi strumenti di cooperazione internazionale che non vengono utilizzati in quanto su di essi non c'è informazione né conoscenza tra i magistrati.

Maugeri: Nel libro Bianco si parla anche di tecniche investigative speciali, l'importanza dei punti di contatto, degli infiltrati ma anche di garanzie, tutela della *privacy*...l'invito del Libro Bianco è quello di rinforzare la cooperazione utilizzando tecniche investigative speciali... sistemi di protezione testimoni ma anche cercare di stimolare il sistema di premialità per ottenere una migliore collaborazione dei collaboratori di giustizia e poi parlate anche di cooperazione con il sistema amministrativo- civile.

...ma cosa si intende per “tecniche di investigazione speciali”?

Selvaggi: Allora, bisogna tenere a mente che già qualcosa abbiamo a livello di UE; per il Consiglio di Europa, il discorso è diverso: ci sono 47 Stati membri ma gli Stati interessati possono essere di più. Lì ci può essere un problema dato dal fatto che non tutti gli Stati hanno sistemi di investigazione speciale, che noi abbiamo (anzi siamo stati proprio la locomotiva di questi movimenti). Il problema delle garanzie si pone per quei Paesi che hanno ancora difficoltà ad introdurre questi strumenti. Dunque, si può dire che le esigenze di garanzie nascono da un lato per la successiva utilizzabilità, dall'altro per chi deve operare nel fare queste cose; senza contare che la questione delle intercettazioni telefoniche oggi è superata.

Maugeri: Parliamo un po' del ruolo di Eurojust e delle sue prospettive future.

Balsamo: Il ruolo di Eurojust è qualcosa di molto importante in futuro, ma anche già adesso; ad esempio, proprio nel discorso che si faceva prima sulle intercettazioni tramite il cd. *trojan horse*, che si potrebbero definire intercettazioni ambientali mobili. La soluzione che è stata accolta dalla giurisprudenza delle S.U. è stata preceduta da un'elaborazione fatta dalla Procura Generale insieme ad Eurojust, che riguardava proprio un quadro comparativo della qualificazione e della regolamentazione giuridica di questi nuovi strumenti di indagine nei diversi ordinamenti europei.

In effetti Eurojust potrebbe essere riscoperta anche sotto questo profilo, in relazione, ad esempio, a tutta una serie di questioni che si pongono prima in Francia, poi in Spagna, poi in Germania, poi in Italia: potrebbe essere utile un quadro comparatistico.

Ad esempio una serie di considerazioni valorizzate in una pronuncia delle S.U. sono state tratte da una pronuncia della Corte di Strasburgo che dava una specie di statuto europeo delle intercettazioni. Eurojust può essere fondamentale in quanto capace



Parte II – Sezione II – Le audizioni

di mettere in comunicazione in tempo reale le diverse autorità investigative; in ciò credo ci sia una potenzialità che di recente ha avuto una riscoperta.

Poi ritengo che la Procura Europea sia una nuova grande frontiera. Personalmente ritengo che essa sia la concretizzazione di una grande intuizione di Giovanni Falcone, consistente nel fronteggiare la criminalità organizzata con l'organizzazione delle indagini, ossia costruire meccanismi di investigazione che avessero la stessa dimensione della criminalità organizzata.

Vero è che c'è stata una tendenza minimalista che lascia alcune grosse perplessità sulla funzionalità del nuovo organismo; esso resta isolato al settore delle frodi comunitarie, che è un settore importante ma certamente non coglie l'ampiezza del disegno cui si ispirava il Trattato di Lisbona. L'idea era quella di farne un punto di autentica indagine europea ma molte aspettative sono state deluse.

Maugeri: Che poi, stranamente, nonostante la recente ondata di attentati non si è riusciti a rilanciare la Procura europea, come in passato era accaduto dopo l'11/9 con il mandato di arresto europeo, anzi sembra registrarsi la tendenza a chiudersi...

Balsamo: Su questo anche io sono convinto che ci sarebbe stata la possibilità in relazione alle grandi emergenze criminali come il terrorismo. Anche io mi aspettavo che il dibattito venisse rilanciato.

Ho colto due esigenze nel dibattito giudiziario.

Una prima esigenza è quella di evitare che dall'implementazione di nuovi strumenti possano nascere maggiori difficoltà pratiche allo svolgimento delle indagini transazionali, che non costituiscono più strane eccezioni ma sono molto spesso la regola. Ormai il *cyber crime*, è un concetto che comprende molte forme di criminalità organizzate dalla dimensione informatica.

Io ho l'impressione che nell'ultimo periodo nella giurisprudenza italiana si fosse realizzata una tendenza espansiva rispetto alla possibilità di utilizzare i risultati dell'attività di captazione che agevolava moltissimo le indagini. Si era ritenuto possibile intercettare non soltanto l'utenza italiana collocata all'estero non delle comunicazioni in arrivo e in partenza dall'utenza italiana, ma anche quelle realizzate con la tecnica del c.d. instradamento. In sostanza il principio giuridico era quello per cui, quando un'attività di captazione può essere realizzata per intero sul territorio italiano, non vi è nessun problema di utilizzabilità. Ecco, c'è però adesso un problema grosso proprio perché questo sistema è stato riconosciuto legittimo sul piano dei parametri europei di legalità dalla sentenza del 23 febbraio 2016 della CGUE nel caso Capriotti contro Italia.

La questione che si può porre in un prossimo futuro è quella di evitare che l'attuazione dei nuovi strumenti di indagine, quindi la Convenzione di Bruxelles (29/5/2000) e l'ordine europeo di indagine penale, rendano necessario il compimento di un'attività (diretta nei confronti) gli altri Stati, anche quando l'attività di captazione può essere effettuata interamente in Italia.

Maugeri: Quindi potrebbero complicare?



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Balsamo: Proprio perché determinate previsioni sono state pensate in un altro periodo, io ho l'impressione che molto dipende dalla normativa di attuazione. Le notizie che ci sono sono confortanti perché si sta cercando di contemperare le previsioni con il sistema giuridico italiano; è però molto importante evitare che questo nuovo sistema, pensato per essere di potenziamento, si traduca in un ostacolo. Se si guardano le previsioni della Convenzione di Bruxelles vi sono disposizioni che ostacolerebbero molto l'attività. Insomma, ci sono una serie di questioni che sul piano del diritto vivente sono state ampiamente superate...

Maugeri: ...Certo questo è un profilo importante...

Selvaggi: In relazione alla domanda della Presidente circa la questione se sulle tecniche di investigazione siamo a posto e alla mia risposta positiva a tale interrogativo, vorrei precisare che però in effetti sarebbe una buona cosa se noi potessimo a livello europeo spingere sul seguente profilo. Con la Convenzione di Bruxelles del 2000 io ero contrario alle intercettazioni, perché ero fermamente convinto che, se noi facciamo riferimento a metodologie che esprimono delle tecnologie ben precise, nel giro di poco tempo le cose cambiano; anche il nostro codice penale è pieno di questi esempi. Allora, faremmo un passo in avanti se noi potessimo disegnare la possibilità di una cooperazione giudiziaria senza indicare le modalità ma indicando l'obiettivo; fermo restando il rispetto delle garanzie fondamentali che a livello europeo sono contenute nella Carta dei diritti.

Rispetto al Pubblico Ministero Europeo penso sia interessante dirvi tutto il male che penso, tanto più avendo partecipato alla redazione della prima proposta della Commissione. Io e gli altri pensavamo a qualcosa di molto diverso, pensavamo ad un organo di giustizia europeo che assicurasse una cooperazione cd. verticale, perché questa è la norma; noi invece siamo andati a pescare in un'altra norma del Trattato che è quella della cooperazione orizzontale, il che è ben diverso.

Tanto che avevo proposto di limitarci ai reati PIF, perché il bene protetto è un bene comunitario e compete alla Commissione difenderlo. Questo avrebbe poi consentito di allargare al terrorismo e di avere una condivisione sul progetto che, ove avesse funzionato bene, avrebbe consentito un'estensione anche ad altri gravi reati. Purtroppo questo non è stato. Su questo vedo solo una grossa complicazione, la direzione non è quella di un organo di giustizia europea.

Maugeri: Vi chiederei se rispetto a specifiche forme di reati, non so, penso alla tratta di esseri umani o al narco-traffico, ci sono proposte o miglioramenti possibili, esigenze...

Balsamo: Per quanto riguarda la tratta di esseri umani noi abbiamo dato attuazione a quasi tutte le indicazioni di fonti europee. C'è però un aspetto processuale che meriterebbe maggiore attenzione, ossia le dichiarazioni delle p.o. Dalle direttive europee si traeva un duplice obbligo, di documentazione aggravata e di utilizzazione, per cui occorreva fin dall'inizio provvedere ad una videoregistrazione; però dopo questa



Parte II – Sezione II – Le audizioni

videoregistrazione c'era una possibilità di utilizzazione nel processo. A mio avviso questo è un buon punto di equilibrio, perché la documentazione aggravata consente di vagliare la genuinità delle domande e delle risposte, capendo esattamente l'attendibilità, e impedisce la dispersione delle prove. Io ho la sensazione che sotto questo profilo ci sia tuttora un'inadeguatezza.

Il nostro criterio è quello per cui su una serie di reati, tra cui la tratta degli esseri umani, sono possibili delle deroghe al diritto alla prova senza però la documentazione aggravata; resta però fermo che tutto ciò che attiene all'immediatezza del diritto all'esame si ripercuote sul peso probatorio che poi si può attribuire. Abbiamo un sistema che non corrisponde pienamente né sotto il profilo delle garanzie né sotto quello della valenza probatoria. Su questo l'equilibrio andrebbe ripensato.

Poi, vorrei segnalare anche che è importante costruire una legittimazione forte su tutto il sistema italiano delle misure patrimoniali, anche di quelle che garantiscono la trasparenza. Ecco, su questo c'era stata una modifica in corso d'opera al codice antimafia. Io credo che ancora non sia sufficiente.

Maugeri: Trasparenza intesa come?

Balsamo: Intesa come trasparenza dell'operato degli organi pubblici che sono coinvolti nel sistema dell'intervento patrimoniale. Per intenderci, questo sistema di incompatibilità, per com'è costruito nel codice antimafia, è troppo ristretto; non è assolutamente idoneo a prevenire situazioni di reciprocità di favori tra autorità giudiziaria e soggetti professionali interessati.

Maugeri: Ad esempio si potrebbe pensare ad un albo di professionisti abilitati e a una sorta di meccanismo di attribuzione.

Balsamo: Questo è molto pertinente. Uno dei difetti del sistema attuale è che esso non permette una scelta consapevole basata anche sulla conoscenza del rendimento di quell'amministrazione. Gli elementi sono solo formali...

Un altro profilo importante è che tra tutta la struttura che conferisce l'incarico e il professionista non deve esserci nessun rapporto di reciprocità. Questo è il vero tema ed è importante per la trasparenza, che poi ci consentirà di proporlo come modello per l'UE in quanto modello forte. Io ho l'impressione che, pur prescindendo dalla patologia e restando sul piano fisiologico, le norme oggi consentano di attribuire incarichi a persone che si trovano in un rapporto di stretta collaborazione professionale, prossimi congiunti dei magistrati; sotto questo profilo si possono fare passi avanti. Tanto è vero che è stata inserita l'incompatibilità con la figura del commensale abituale...

Maugeri: Ad esempio questo a Bruxelles mi metteva in grande imbarazzo perché mi chiedevo e mi veniva chiesto come mai avessimo bisogno di mettere per iscritto quella che dovrebbe essere una regola minima di deontologia professionale.

Non poter dare un incarico ad una persona collegata a te: ipotesi che in alcuni casi potrebbe configurare un reato, e comunque rappresenta una condotta in contrasto



Parte II – Sezione II – Le audizioni

con regole di opportunità, deontologia ... Mi vergogno da italiana che ci sia bisogno di mettere per iscritto una simile regola.

Balsamo: No, invece secondo me c'è bisogno di metterlo per iscritto, poiché si tratta di un biglietto da visita del nostro sistema di cui andare orgogliosi.

Non so come facciano in altri Paesi, però il fatto di realizzare un sistema di totale trasparenza non può che farci bene. Mi rendo conto che potrebbe essere fonte di imbarazzo; però è vero anche che l'imbarazzo non nasce dalla regolamentazione ma dalla possibilità di una *deregulation* della materia e ovviamente si può anche pensare che tutto ciò che non è vietato è consentito.

Mi rendo conto che si tratta di un sistema delicato ed è giusto distinguere aspetti fisiologici e patologici; però, a mio avviso, visto che abbiamo tante cause di incompatibilità per il giudice, possiamo prevederne anche qualcuna per l'amministrazione giudiziaria nel segno di un'assoluta trasparenza.

Selvaggi: Se fossi un francese o un tedesco direi che questi sono problemi vostri (degli italiani) perché se sono veri i dati sulla corruzione, però a livello di percezione quella è...

Balsamo: Io sono convinto che chi pensa che l'Italia è all'ultimo posto per corruzione vuol dire che non ha viaggiato e l'unico posto in cui è andato forse è Cambridge.

Selvaggi: Quando sono venuti quelli dell'OCSE al Ministero hanno detto che erano stati a Napoli e un generale della G.d.F aveva detto: "Guardate, qui sono tutti corrotti".

Maugeri: Un altro profilo è l'idea di creare un contatto con un magistrato che sia anche linguisticamente competente. A Bruxelles, parlando con alcuni magistrati, si metteva in evidenza questo problema, che spesso quando arriva il provvedimento scritto in un'altra lingua ci sono problemi nel fare le traduzioni. Allora forse a livello europeo bisognerebbe ammettere che per fare questo tipo di lavoro occorre farlo in inglese, nell'ufficio competente ci deve essere un magistrato in grado di parlare inglese, rinunciando un po' a nazionalismi linguistici adottando una lingua che semplifica e facilita.

Balsamo: Questo mi piace tantissimo. In questo momento abbiamo avuto un regresso sotto il profilo linguistico, sia nella lingua italiana sia straniera. Su questo credo che ci voglia una maggiore formazione linguistica ma anche una figura di riferimento all'interno degli uffici, una sorta di canale di collegamento linguistico. Alla Procura c'è una figura specifica ma credo sia presente in pochissimi uffici. Così facendo si evita il ricorso all'interprete per casi veramente delicati.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Ma non si potrebbe pensare a livello europeo di utilizzare un'unica lingua?

Balsamo: Certamente, sono d'accordo.

Selvaggi: In Spagna, Olanda, parlano inglese; i francesi parlano francese ma non hanno problemi perché il francese è lingua ufficiale dell'UE. Secondo me dire questo in Europa è doveroso. Poi, sia il Ministero che il CSM devono dotare gli uffici di personale che parli le lingue, in particolare l'inglese. Ma soprattutto occorre capire che quello della cooperazione giudiziaria è un lavoro giudiziario come gli altri; finché non verrà riconosciuto come tale, con la possibilità di essere valutato e di essere messo in *curriculum*, non ci andrà mai nessuno.

Balsamo: Si potrebbe pensare di creare una figura specifica di magistrato per la cooperazione giudiziaria con competenze linguistiche, dotato di un ufficio.

Selvaggi: Per quanto riguarda la questione della prova, ci si potrebbe inventare qualcosa con questo titolo: "utilizzo della prova nel caso di reato transnazionale"; un istituto, questo, che non sia limitato solamente a quello che noi abbiamo previsto nel 516 ma comporti una particolare utilizzabilità della prova quando il reato ha carattere transnazionale, proprio per evitare che ci sia un'inversione dell'onere della prova.

Balsamo: Costruire un modello di prova quando il reato è transnazionale può essere molto interessante, perché sarebbe un primo passo verso un'armonizzazione del diritto delle prove. Potrebbe venire fuori un lavoro con proiezioni future.

Selvaggi: La questione della prova transnazionale non è solamente una disciplina ma è un modo di realizzare questa compartecipazione giurisdizionale, che nel caso di un reato avente natura transnazionale deriva dallo stesso carattere transnazionale del reato, non potendo essere soggetto alle regole delle varie giurisdizioni nazionali.

Maugeri: Per la responsabilità degli enti? Mutua assistenza?

Selvaggi: Allora, per la mutua assistenza è un problema che stiamo esaminando. Noi abbiamo due convenzioni, di cui una in diritto amministrativo, che prevedono espressamente che non possa essere utilizzata nei procedimenti aventi per oggetto le armi; quindi per il penale non può essere utilizzata.

Sicché il problema è il seguente: o non la consideriamo penale e andiamo con questa convenzione (che però è più debole), con il rischio che l'altro Stato ci dica "per me è penale"; oppure partiamo dal presupposto che è penale e l'altro Stato ci potrebbe dire "io non ho una responsabilità delle persone giuridiche che sia penale". Questo ostacolo si aggira prevedendo un protocollo che contempli la mutua assistenza anche con riferimento alla responsabilità degli enti.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Forse trattandosi di responsabilità da reato sia che la definisci amministrativa sia che la definisci penale, si dovrebbero prevedere delle regole comuni. Perché poi alla fine tale forma di responsabilità rientra pur sempre nella materia “sanzionatoria” di cui parla la Corte Europea.

Selvaggi: I procedimenti tedeschi sono procedimenti di infrazione che possono andare attraverso l’ordine di investigazione europea.

Maugeri: Il problema è che se si accoglie questo regolamento rimane fuori il *civil forfeiture*, il *civil recovery*, il sistema inglese, irlandese; da noi possiamo discutere perché non abbiamo mai detto che il procedimento di prevenzione è civile... Bisognerebbe più che dare un’etichetta penale, stabilire delle garanzie da applicare indipendentemente da come lo si qualifica.

Balsamo: Io sono convinto che, inserendo lo stesso *standard* probatorio e mettendo dentro tutte le garanzie, le misure di prevenzione non riceverebbero nessun danno sul piano dell’efficacia.

Selvaggi: C’è da dire che in sistemi come il Regno Unito o l’America non si capisce se è civile o penale, perché c’è comunque la giuria.

Maugeri: Eh ma lo standard che utilizzano è diverso...

(inaudibile)

Maugeri: Rispetto a questi ordinamenti potrebbe essere una strategia dire “se voi accogliete queste garanzie, noi lo facciamo rientrare...”, potrebbe essere una strategia. Anche perché la Convenzione di Strasburgo lo permette e lo prevede espressamente con i procedimenti *in rem*, ma non prevede garanzie. Il problema rispetto al regolamento è appunto chiuderci dietro le etichette o fare un ulteriore sforzo e precisare.

Balsamo: Questo sarebbe un vero progresso.

Selvaggi: Se mettiamo le garanzie, non c’è bisogno delle etichette.

Maugeri: Ultima domanda, nella tua esperienza di magistrato ti è mai capitato di chiedere mutuo riconoscimento oppure al contrario.

Balsamo: Qualche volta è capitato di avere questa esigenza, soprattutto a livello di indagini. Io poi sono convinto che questo settore è importantissimo per il futuro, perché questo *trend* di delocalizzazione delle mafie dal sud verso il nord a mio parere si è verificato anche verso paesi stranieri e questo si ripresenta anche per la creazione di strumenti organizzativi e investigativi.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Selvaggi: Che poi i mafiosi hanno capito che se non danno fastidio alla fine sono sempre soldi che entrano, poi quando invece cominciamo a dare fastidio quello è un problema (le pizzerie fanno comodo all'estero).

Balsamo: Volevo solo ringraziare e fare un augurio di buon lavoro.

Selvaggi: Mi sembra importate ricordare che la tempistica è un aspetto importante soprattutto nelle convezioni bilaterali. Un ulteriore profilo: trovo molto utili gli accordi che la DNA fa con altri Paesi, che ricevono critiche feroci dal Ministero degli Esteri perché sono accordi in violazione del principio per cui il soggetto di diritto è lo Stato e non l'Autorità Giudiziaria. Molte volte capita che riceviamo delle richieste di cooperazione giudiziaria che invocano questi accordi.

Inoltre, vorrei ricordare che io avevo studiato la possibilità di fare accordi di cooperazione bilaterale che non passassero attraverso la ratifica parlamentare; avevo messo in campo un'iniziativa con lo Stato del Kazakistan in relazione ad un italiano che voleva scontare la pena in Italia.



LORENZO SALAZAR

12 marzo 2017

Maugeri: La nozione di crimine organizzato è contenuta nella decisione quadro del 2008; in vista di un nuovo strumento, come potremmo contribuire a una direttiva sulla nozione di crimine organizzato e quali profili andrebbero evidenziati?

Salazar. Se posso fare una breve premessa, partirei dal fatto che l'UE ha avuto fasi alterne nella lotta al crimine organizzato. Ricordo come l'Italia abbia contribuito in maniera decisiva alla creazione di un gruppo sul crimine organizzato – che alla metà degli anni '90 elaborò una serie di raccomandazioni e un primo documento programmatico nel campo della giustizia penale – alla quale poi seguirono l'Aja, Tampere e Stoccolma e all'interno di queste raccomandazioni si riuscì a far passare, grazie anche alla presenza di Lattanzi, la definizione comune che contribuì nel '98 alla prima definizione di crimine organizzato.

La peculiarità di quell'azione comune fu la conclusione del negoziato (presenti Napolitano e Flick come ministri) con cui si accettò la diversità di incriminazione, che poi è rimasta anche nella successiva decisione quadro e nella convenzione di Palermo, ossia la duplicità tra incriminazione all'italiana e *conspiracy* con una peculiarità molto importante contenuta nell'art. 2 par.2 di quella decisione quadro; in quella norma si sottolinea che gli Stati membri, indipendentemente dal fatto che abbiano scelto di punire la condotta secondo il modello all'italiana o il modello anglosassone della *conspiracy*, presteranno la più ampia assistenza nella lotta ai crimini di cui al presente articolo. Così, superando il problema dell'incriminazione, si metteva l'accento sulla cooperazione che era poi quella che aveva rivelato i maggiori problemi; ad esempio con la Spagna non ottenevamo l'estradizione dei soggetti incriminati per partecipazione ad associazione mafiosa.

La necessità di assicurare in tutti i casi la cooperazione non è stata più affermata in maniera così evidente, in quanto non si trova neanche nella decisione quadro del 2008. Quindi, ancor più del punire le condotte dove c'è un notevole *gap* normativo, bisognerebbe, come nel '98, assicurare sempre una cooperazione efficace, in modo da poter partecipare di tutti quegli strumenti di cooperazione che esistono e che presuppongono una volontà degli Stati membri di cooperare al di là della armonizzazione normativa.

Per quanto riguarda l'azione comune e la successiva decisione quadro, la prima cosa che va rilevata per sottolineare il rapporto ondivago tra UE e crimine organizzato è la scadenza dei tempi con cui l'UE ha riferito sullo stato di attuazione della decisione quadro del 2008. I termini scadevano nel 2010, la relazione sarebbe dovuta avvenire nel novembre 2011 e, nonostante la presidenza italiana fosse stato oggetto di uno specifico



Parte II – Sezione II – Le audizioni

richiamo, è stata fatta il 7 luglio del 2016, con quasi quattro anni di ritardo, in coincidenza con la cessazione del commissario Malstrom, dalla commissione Home, il rapporto ha visto la luce e non a caso Danimarca e Svezia sono i due Stati che non provvedono all'incriminazione del crimine organizzato come reato autonomo. Questo ci dà un'idea della scarsa sensibilità e di come fattori contingenti come la nazionalità di un commissario possono incidere. Il *follow-up* del rapporto del 2016 è ancora molto incerto, il rapporto annuncia eventuali iniziative ma è ancora tutto aperto; questo si coniuga con un'assoluta mancanza di *follow-up* alla Commissione CRIMM del Parlamento Europeo, che ha chiuso i lavori già da qualche anno.

Faccio presente tutto questo per sottolineare quello che mi sembra un dato evidente, e cioè che, mentre sul fronte del terrorismo c'è una chiara azione incisiva dell'UE, sul fronte della lotta al crimine organizzato vi è un atteggiamento quanto meno ondivago.

A questo non è estraneo il fatto che, mentre le raccomandazioni multidisciplinari sul crimine organizzato costituivano il primo di una serie di documenti programmatici verso cui proseguire, da Stoccolma in poi il Consiglio Europeo ha sostanzialmente abdicato al ruolo che l'art. 68 del Trattato sul funzionamento dell'UE assegna ad esso con chiarezza, ossia quello di indicare le linee strategiche in campo di programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia; è paradossale che proprio quando entra in vigore il Trattato di Stoccolma, il quale esprime i compiti del Consiglio Europeo da Tampere in poi, nel giugno del 2014, quando il Consiglio Europeo si è dovuto fermare per dare attuazione alle nuove linee programmatiche a cinque anni da Stoccolma, sotto la presidenza greca le linee risultano sostanzialmente vuote di contenuto e di indicazioni strategiche nel settore.

Nel momento in cui manca l'orientamento strategico, subentra l'occasionalità e prevalgono le tendenze a reagire agli stimoli immediati quali sono gli attacchi terroristici, mentre la minaccia del crimine organizzato nel settore economico rimane un fenomeno meno appariscente. Questo fattore, il cumulo con la assenza di linee programmatiche e il minore impatto evidente del crimine organizzato non creano il momento che serve proprio per orientare l'azione. Quindi l'assenza di visione da parte di chi dovrebbe farlo, Commissione e Consiglio europeo, crea un vuoto nelle istituzioni dell'Unione, lasciando a uno Stato o a un gruppo di Stati il compito di tenere alta l'attenzione su queste tematiche. Le istituzioni non sono in grado di darci oggi una visione su questo punto.

L'Italia è sicuramente un paese che dovrebbe spingere su questo tema ma da sola non è in grado di spingere e le disposizioni affidano ad un gruppo di Stati la possibilità di avanzare proposte. Si prospetta un'Europa a più velocità in cui viene lasciato a un gruppo di paesi come l'Italia, consapevoli della serietà del fenomeno, il compito di rilanciare una dinamica e colmare il vuoto delle istituzioni del Consiglio europeo e della Commissione.

Maugeri. La confisca e la proposta di regolamento: quali novità e quale sfida per l'Italia per una possibile giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione?



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Salazar. Sotto la presidenza del 2014 abbiamo sviluppato un'azione in cui ponemmo al centro, nell'anno in cui veniva adottata la direttiva sulla confisca allargata, il tentativo di sensibilizzare sulla necessità di allargare l'ambito di applicazione degli strumenti di mutuo riconoscimento in materia di confisca e di sequestro anche a quelle misure, non solo italiane ma anche di altri paesi, che non seguissero ad una condanna penale (*non conviction based*). Noi pensavamo alle nostre misure di prevenzione in ambito patrimoniale e instaurammo anche un'alleanza con Stati come Irlanda, Regno Unito e Olanda, con cui non siamo particolarmente consonanti e che dispongono di misure di carattere civile soprattutto di confisca.

In questa situazione la Commissione ha formulato questa nuova proposta di regolamento, che sarebbe utile vedere come funzionerà in concreto. Trattandosi di un regolamento, non ci sarà il problema di attendere i regolamenti di attuazione e si potrà procedere all'adattamento interno da parte degli Stati in tempi rapidi; non vedo con sfavore questo profilo per la maggiore efficacia e l'armonizzazione.

Il problema della nuova proposta è che continua a muoversi nel quadro dei procedimenti penali; ciò ovviamente, da un lato, ci consente di considerare compresa la nuova proposta 12-*sexies* ma sicuramente non consente di includere quello che avevamo in mente dall'inizio, cioè le misure di prevenzione. Il negoziato è ancora all'inizio ed è seguito da valenti colleghi, e un passo in avanti potrebbe essere compiuto se si passasse a considerare come contesto di riferimento non i *criminal proceedings* ma la nozione di *criminal matter*, in quanto anche le nostre misure di prevenzione e i presupposti per le azioni anche in altri paesi sui patrimoni illeciti potrebbero soddisfare questo passaggio. A mio avviso, conoscendo un minimo la Commissione, la questione del restringimento sui *proceedings*, escludendo la materia civile e amministrativa, nasce da un problema della base legale, che sempre incide sulla preparazione degli strumenti dell'UE, e che abbiamo conosciuto in tante altre occasioni come la formazione giudiziaria base legale differente per formazione civile e penale, trattandosi in parti del trattato differenti precludono un intervento "olistico".

A me sembra, andando alla sostanza, che se l'obiettivo è quello di privare le organizzazioni criminali dei loro patrimoni, questo dovrebbe avvenire quanto meno sotto il profilo del mutuo riconoscimento, data la difficoltà di armonizzare le legislazioni in materia, nel senso che si dovrebbe procedere ad un mutuo riconoscimento completo. Quale che sia la logica e il modo di aggressione ai patrimoni criminali, è necessario che ci sia la possibilità di riconoscere e mettere in esecuzione le decisioni di un'autorità giudiziaria, rese da giudici indipendenti con tutte le garanzie processuali esistenti in ciascun paese. Quel punto la messa in esecuzione di un ordine di confisca possa sicuramente essere eseguita poste queste condizioni di base nel rispetto delle garanzie fondamentali, rispetto dei diritti dei terzi e delle persone coinvolte e questo lo fa il procedimento giudiziario non di natura amministrativa o civile.

Maugeri. Ciò implica il fatto di mettersi d'accordo sulle garanzie. Anche il regolamento parla di procedimento penale, però precisa che le presunzioni sono ammesse e comunque la Corte Europea non fa rientrare nella materia penale le nostre misure di prevenzione.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Salazar. Recentemente la sentenza De Tommaso sulle misure di prevenzione personali ci porta a confrontarci sui presupposti del procedimento di prevenzione, quindi comprendo le possibili riserve che possono venire espresse a diversi livelli. Il legislatore italiano dovrebbe interrogarsi alla luce della giurisprudenza europea e questa sentenza ha alcuni spunti di riflessione trasferibili in parte nella materia di cui parliamo.

Un'idea interessante, sulla quale la proposta di regolamento apre qualche strada, è la destinazione dei beni confiscati, per cui si prevede che sotto una certa soglia ci sia una destinazione interna dei beni. L'idea nuova di cui l'Italia, forte del suo patrimonio di esperienze, potrebbe farsi portatrice consiste nel creare la possibilità che questi beni confluiscono su un fondo europeo, che potrebbe alimentare le iniziative sia in materia di finalità sociali sia nella lotta al crimine organizzato. La destinazione ad un fondo europeo potrebbe assicurare coloro che pensano che attraverso queste misure di confisca uno Stato pensi al proprio interesse economico; essa potrebbe rappresentare un buon messaggio, in quanto i beni sequestrati confluirebbero in un fondo per le iniziative dirette a contrastare il crimine organizzato, per le vittime.

Maugeri: Elementi di carattere procedurale, il ruolo di Eurojust e le prospettive.

Salazar: Rispetto all'istituzione di Eurojust va detto che essa è stata adottata d'urgenza dopo l'11 settembre 2001 come unità precursore, in seguito con la decisione esecutiva completata nel 2008, con la nuova decisione integrativa. La proposta attuale è pendente ancora davanti al Parlamento dal 2015 e siamo in attesa degli sviluppi. Da un lato, sotto il profilo dell'UE la proposta attuale pendente non costituisce attuazione dell'art. 85 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ma costituisce una riformattazione di quello che già esiste in base alle decisioni del 2002, quindi un terreno ancora da esplorare.

Spostando l'attenzione sulla prospettiva nazionale, l'Italia è ancora carente per l'attuazione di quelle stesse decisioni del 2002 e per 2008 per quanto riguarda le potenzialità che le stesse offrono in maniera più o meno vincolante con riferimento ai poteri del componente nazionale. La nostra legislazione di attuazione, la cui adozione non è stata rapidissima (l'istituzione è avvenuta con la legge n. 41 del 2005), molto si occupa della nomina del membro nazionale, riservando al Ministro della giustizia il potere di nomina che va di pari passo con lo *status* di magistrato fuori ruolo dello stesso membro di Eurojust. Molto ci si preoccupa del trattamento economico, prevedendo la retribuzione. Nondimeno i poteri concreti che vengono conferiti in quell'occasione sono estremamente limitati, tipici di un magistrato fuori ruolo, che oggi non sono più coerenti e possono risultare confliggenti con quelli che la decisione del 2008 propone, se non impone, agli Stati membri.

Non dimentichiamo che questi poteri sono i più vari. Ad esempio, per uno strano gioco delle parti quella stessa Svezia che oggi non entra nella Procura Europea dà al proprio membro nazionale anche il potere di arrestare le persone. Il nostro membro nazionale è sicuramente uno dei membri dotati di minori poteri: in quanto magistrato



Parte II – Sezione II – Le audizioni

fuori ruolo non può fare nulla in proprio se non promuovere, e neanche chiedere con efficacia autoritaria alle proprie autorità, l'adozione dei provvedimenti.

Maugeri: Se dovessimo dotarlo di maggiori poteri non si dovrebbe mettere in discussione la nomina da parte del ministro?

Salazar: Innanzitutto bisognerebbe verificare la coerenza dello stato attuale, quella del 2005 e del 2002 rispetto alla situazione dal 2008 in poi. Noto che la decisione del 2008, integrata con quella del 2002, propone un membro nazionale che nei casi di urgenza “può adottare” provvedimenti propri; ed è uno scenario minimo naturalmente, nel senso che può emettere e completare la richiesta di decisione in materia di cooperazione giudiziaria, eseguire nel proprio Stato membro le richieste in materia di cooperazione giudiziaria anche con riferimento agli istituti di mutuo riconoscimento, disporre nel proprio Stato membro misure investigative ritenute necessarie, autorizzare consegne controllate ai sensi della Decisione Quadro. Non c'è però un vincolo per gli Stati ad attribuirvi questi poteri. L'art. 9 *quinquies* della decisione del 2008, poi, prevede nei casi urgenti il diritto di autorizzare anche con riferimento agli strumenti di riconoscimento reciproco.

Chi crede nella potenzialità di Eurojust, nella lotta al crimine organizzato dovrebbe collocarsi verso la soglia massima e non minima. Ora questo richiede che l'attribuzione dei poteri di natura giudiziaria vada di pari passo con lo statuto del ruolo di magistrato e questo alla fine arriva anche al potere di nomina. La questione è stata portata addirittura davanti alla Corte Costituzionale, la quale in quell'occasione ha avuto un atteggiamento prudente, se non restrittivo, tenendo conto della situazione normativa italiana interna conseguente alla decisione del 2002, senza porsi il problema della normativa europea già in vigore alla quale l'Italia avrebbe dovuto adeguarsi e salvando quindi questo potere di nomina al Ministro.

La questione va ripresa alla luce degli obblighi giuridici oggi già vincolanti esistenti nella legislazione dell'UE rispetto ai quali siamo già al di sotto. Quindi il ruolo di Eurojust deve essere riprogrammato, anche perché non siamo più in una situazione di conflitto come nel 2002 in cui le nomine furono fatte; oggi coerentemente, in attuazione della normativa vigente europea, si dovrebbe pensare che il posto di membro nazionale di Eurojust e del suo primo assistente dovrebbe essere un posto di ruolo.

A mio avviso la migliore collocazione, anche per risolvere il problema logistico e pragmatico, è che detto componente sia incardinato all'interno della direzione nazionale antimafia e antiterrorismo. D'altronde il ruolo di Eurojust molto si è ispirato all'esperienza italiana della direzione nazionale antimafia; quindi un *link* diretto e organico tra membro nazionale Eurojust e la direzione nazionale risponderebbe pienamente all'obiettivo di Eurojust, ossia perseguire la criminalità grave transnazionale aumentando l'efficacia dell'azione grazie anche alla banca dati e dotare di quei poteri anche minimi il membro di Eurojust, consentendo di emettere provvedimenti di cooperazione giudiziaria anche minimi, soprattutto in caso di urgenza.

Essendo coinvolto come Procura Generale nella predisposizione di provvedimenti, non sono spaventato da questa prospettiva, anche perché i singoli

fascicoli sono nella disponibilità delle singole procure; tuttavia, nel momento in cui si trascende la competenza dell'ufficio per gli elementi di transnazionalità, può essere utile un coordinamento all'Aja con gli uffici interessati, e, stando sul posto con i colleghi degli altri Stati membri interessati, il membro nazionale Eurojust potrebbe provvedere a redigere lui stesso provvedimenti in modo efficace, prevenendo quei possibili problemi che un provvedimento malfatto può portare. Questo sarebbe il valore aggiunto di poteri dati direttamente al membro Eurojust, che consentirebbe di superare molti ostacoli giuridici; e non è un fatto solo teorico dal punto di vista della collaborazione giudiziaria.

Questo ci pone già in *decalage* rispetto alla situazione attuale e, come Italia, ci pone in una certa difficoltà rispetto ai nostri obiettivi annunciati; ma sicuramente questo ci pone a confrontarci con la prospettiva della Procura Europea e il pieno sviluppo dell'art. 85 del TFUE, che prevede una base giuridica per il conferimento di ben altri poteri per Eurojust come iniziare azioni penali, coordinare direttamente procedimenti penali iniziati, risolvere con efficacia vincolante eventuali conflitti di giurisdizione (mentre come sappiamo, ad oggi, nonostante l'adozione della decisione quadro del 2008, la possibilità di coordinarsi rimane affidata essenzialmente alla buona volontà delle autorità giudiziarie dei singoli Stati).

Prendo atto che la stessa Commissione, quando ha proposto il nuovo regolamento Eurojust, non si è minimamente avvalsa della [inaudibile], non manifestando un alto livello di ambizione come successo per altri strumenti. L'art. 85 giace abbandonato in attesa che il regolamento venga adottato, come se costituisse una reale novità, ma la natura regolamentare potrebbe produrre degli effetti, un effetto immediato e positivo sullo statuto del membro nazionale.

Tuttavia sull'art. 85 c'è un silenzio assoluto, mancando una visione programmatica; anche se il dibattito in corso sulla procura europea potrebbe incitare in questa direzione, nel senso che si potrebbe puntare su un EPPO forte con competenze più estese che vanno oltre la tutela degli interessi finanziari e investire anche il crimine grave transnazionale. Quindi questo vorrebbe dire spingere sull'acceleratore di un organo sovranazionale con competenze estese; in alternativa, se questo non si vuole, allora si dovrebbe giocoforza puntare sulla piena implementazione dell'art. 85, rafforzando un organismo intergovernativo quale Eurojust e dotandolo di poteri adeguati. Se non si fa né l'uno né l'altro la situazione rimane sguarnita. Quindi anche a livello interno si dovrebbe fare una chiarezza perché si dovrebbe pensare se convenga puntare su una piena attuazione del co. 4 dell'art. 86 o su una piena implementazione dell'art. 85; ci sono voci a favore della prima ipotesi e non della seconda al livello del dibattito italiano.

Al livello del dibattito europeo c'è ancora una mancanza di visione dei capi di Stato e di Governo, c'è un'assenza totale della Commissione rispetto a questa materia. Quindi, quale terreno migliore per avere un dibattito politico che conduca ad una scelta di un'opzione o dell'altra?

E sinceramente non credo che oggi si possa dire che è troppo presto, in quanto si deve chiudere il negoziato su EPPO, che congelerà la situazione per molti anni. Ricordo che la decisione è all'unanimità, si dovrebbe individuare una linea chiara di demarcazione con Eurojust, rispetto al quale la decisione è a maggioranza qualificata in



Parte II – Sezione II – Le audizioni

codecisione con il Parlamento europeo. L'assenza pressoché totale di una riflessione e di un dibattito su questo è deprecabile, perché non è troppo presto ma quasi troppo tardi; è ovvio che una cosa incide sull'altra.

Maugeri. Le trattative del negoziato su EPPO sono piuttosto deludenti e l'Italia ha infatti una posizione critica, per non parlare della mancata valorizzazione delle possibilità di estensione delle competenze offerte dall'art. 86, c. 4; tuttavia l'EPPO potrebbe avere un ruolo nella lotta al crimine organizzato, pur non godendo di specifica competenza in tale settore, ma solo nell'ambito delle fattispecie a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Salazar. La premessa è che, avendo negoziato per conto del Ministero la proposta del regolamento EPPO, non interverrò sulle scelte politiche che appartengono al Ministro. Ciò premesso, lo stato del negoziato, come Lei stessa diceva, è deludente. Mi limito a dire che siamo arrivati a un testo che contiene 111 *considerando* mentre per il mandato di arresto europeo i *considerando* erano 14; questo da solo è un indice di complicazione del testo, delle ambiguità legate allo stesso e dei compromessi.

Tutto il filo rosso del negoziato dal primo momento è consistito nel porre con maggiore evidenza il legame nazionale. Ciò ha progressivamente portato il negoziato sulla composizione stessa dell'EPPO verso un livello il più possibile riconducibile alla dimensione nazionale. Tutto quello che si è discusso ruota intorno al *national link*: dalla composizione del collegio, costituito da membri nazionali come per Eurojust, al bilanciamento dei poteri tra livello centrale e locale. Senza entrare nel dettaglio, il che non è particolarmente rilevante per questa sede, osservo che i motivi di insoddisfazione da parte italiana sono assolutamente giustificati, in quanto si sta costruendo un organo di procura che non è essenzialmente dotato di quegli strumenti di efficienza e della possibilità di azione diretta che invece dovrebbero caratterizzarlo.

Dal punto di vista concreto mi posso interrogare sulla possibilità di incidere ancora sul negoziato: essendo stata aperta la scorsa settimana la via alla cooperazione rafforzata, sembra corretta la posizione di chi propone di sforzarsi di migliorare il testo, per quanto possibile. Ove ciò non fosse possibile, non bisogna dimenticare che, se ci si tirasse indietro nel momento in cui il nuovo organismo prenderà via, si determinerebbe la non indifferente conseguenza di non partecipare alla stesura del regolamento di procedura, che viene adottato dal collegio e che dovrebbe costituire il primo atto del collegio per dotarsi delle cruciali regole interne di funzionamento. Questo è il dato oggettivo che va tenuto presente nel momento in cui l'autorità politica adotterà le sue decisioni: chi non sta all'interno di EPPO all'inizio non parteciperà neanche alla stesura delle regole che ne governeranno il funzionamento.

Condivido il tentativo di migliorare il testo, sapendo che potrebbe essere ribaltato nel senso più favorevole alle nostre opinioni e alcuni miglioramenti sembrerebbero possibili soprattutto in considerazione del passaggio al Parlamento europeo che l'art. 96 prevede; si tratta di prendere o lasciare per il Parlamento, perché è chiamato ad approvare e non a proporre emendamenti, ma questo passaggio andrà comunque preparato da parte del Consiglio. Quindi, ove il Parlamento fosse in grado di far sentire



Parte II – Sezione II – Le audizioni

la sua voce prima dell'approvazione e di passare messaggi chiari ed univoci almeno su alcuni punti qualificanti della proposta di regolamento nel suo stato attuale e ove vi fosse una sinergia tra gli Stati membri che vogliono qualcosa di più, sarebbe forse possibile approdare ad un miglioramento auspicabile del testo. Il problema è capire quanto sia realistico pensare di modificarlo e quanto poi questa considerazione debba o possa incidere sul Governo nel momento in cui le decisioni verranno prese.

Maugeri: Il mandato di arresto europeo sembra che sia ormai un meccanismo ben funzionante, come emerge anche da altre audizioni. C'è qualcosa che si potrebbe fare ulteriormente o delle criticità? Come ad esempio il fatto che la nostra legislazione in materia di 41-bis sia motivo di ostacolo alla piena implementazione del modello di arresto europeo.

Salazar: Il mandato di arresto europeo è stato sicuramente il primo strumento di mutuo riconoscimento; è anche quello più largamente impiegato e che funziona per il suo largo uso. Vi sono alcune proposte nate in sede di Parlamento Europeo per una rivisitazione dello strumento, anche nel corso della preparazione della nostra presidenza nel 2014, in cui abbiamo avuto interlocuzioni con parlamentari europei su questo tema.

Io sconsiglierei di mettere mano al mandato di arresto europeo. Dopo essere usciti fuori dalla situazione che lo aveva generato in sole otto settimane, esso fu emanato con 14 *considerando* all'esito di un negoziato complesso. In caso di apertura di un altro negoziato si aprirebbe un cantiere che potrebbe portare addirittura a passi indietro rispetto al testo attuale.

Nella prassi gli unici elementi che possono proporsi sono le possibili violazioni da parte degli Stati membri di quelle che sono le chiare disposizioni del mandato di arresto europeo. Per esempio ci sono Stati membri, come il Regno Unito, che violano sistematicamente i tempi della procedura (90 giorni +10); in alcuni casi sono tempi ben più lunghi che nessuno censura. Anche da parte italiana una recente ordinanza della Corte di Appello di Napoli va in questa direzione: su richiesta della procura generale la Corte ha recentemente disapplicato uno dei diversi motivi di rifiuto obbligatorio che la legge nazionale prevede; qui sappiamo che il nostro legislatore nel 2005, quando varò le misure di attuazione, adottò tutte le cause di rifiuto obbligatorio, anche dove la decisione quadro prevedeva clausole di rifiuto facoltative.

Anche la nostra legislazione si pone in contrasto con la decisione quadro ma a questo si rimedia non modificando la decisione quadro; piuttosto su questo profilo ci potrebbe essere un intervento chiarificatore attraverso un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo o anche sollevando la questione di costituzionalità o, a seconda del problema giuridico che si pone, per efficacia diretta delle decisioni quadro.

Senza entrare nel merito del problema di come far emergere gli ostacoli ad un'assistenza, questo ruolo che a mio avviso dovrebbe svolgere la terna rete giudiziaria europea...un meccanismo istituzionalizzato di riportare i casi di non funzionamento o malfunzionamento degli strumenti di cooperazione. Ciò ad oggi manca: in realtà un collettore dei casi di rifiuto di assistenza o di cooperazione manca e quindi manca a quel punto un osservatorio, un monitoraggio effettivo; i casi di rifiuto o di malfunzionamento



Parte II – Sezione II – Le audizioni

a volte sono nell'ombra o non sono conosciuti completamente in quelle sedi in cui potrebbero venire armonizzati. L'analisi dei casi di mancata cooperazione sarebbe essenziale, perché solo su quella base si può pensare di mettere mano agli strumenti (ove siano detti strumenti a rivelare problemi e non sia l'atteggiamento degli Stati a creare discriminazioni tra gli Stati stessi).

Quindi non ritengo oggi necessaria né auspicabile una rivisitazione del mandato di arresto europeo. Ritengo che la Commissione Europea ne dovrebbero sorvegliare con molta maggiore attenzione il corretto funzionamento e individuare presso l'autorità di Eurojust una modalità che consenta di fare emergere in maniera sistematica i casi di mancato funzionamento della cooperazione giudiziaria nonché verificare soprattutto se questi casi sono dovuti a problemi degli strumenti dell'Unione o alle prassi degli Stati.

Maugeri. Altri profili da implementare e da mettere in evidenza con riferimento alle tecniche investigative per il crimine organizzato?

Salazar. Sul versante dell'assistenza giudiziaria in senso tecnico, da quando dopo Schengen è entrata in vigore la comunicazione diretta tra autorità giudiziarie, si sono aperti al di là dei testi spiragli di cooperazione che sono di particolare efficacia. Proprio dalla prospettiva italiana, a seguito della Convenzione del 2000 abbiamo continuato ad avvalerci della Convenzione del '59 del Consiglio d'Europa in materia di assistenza giudiziaria penale e abbiamo potuto verificare che, grazie alla disponibilità di cooperare delle autorità italiane nonché grazie anche agli strumenti di cooperazione diretta tra autorità giudiziarie, gran parte degli scogli, anche correlati al testo legislativo, sono stati superati. È stato possibile rispondere a richieste formulate attraverso l'impiego degli strumenti di mutuo riconoscimento già attuati da parte di molti Stati membri; penso alla decisione quadro sull'ordine di sequestro di confisca, alle sanzioni pecuniarie etc... La disponibilità italiana, pur non avendo attuato all'epoca strumenti di recente attuazione, ha consentito comunque di rispondere. Quindi nel settore dell'assistenza giudiziaria è fondamentale la buona volontà di cooperare.

Ovviamente l'EIO porterà come valore aggiunto la possibilità di ricorso a formulari standardizzati e quindi non nascondo l'utilità dello strumento. La scadenza prevista è il 22 maggio prossimo e l'attuazione da parte italiana non dovrebbe tardare. Quindi siamo vicini ad una sua attuazione; su questo bisogna sentire l'ufficio legislativo del Ministero.

Ciò che è stato oggetto di esame, anche in occasione di una recente riunione della rete giudiziaria europea in materia penale che si è tenuta il 22 febbraio scorso, è rappresentato dai riflessi operativi con riferimento alla mancata attuazione dei termini. L'opinione generalizzata è stata che comunque, grazie alla disponibilità e alla flessibilità italiana e degli altri Stati membri, si possa continuare a rispondere con gli strumenti dell'assistenza giudiziaria tradizionale anche ad eventuali richieste che pervengano nella forma dell'ordine di investigazione europea; così come già successo quando si è risposto in maniera positiva a richieste che venivano fatte attraverso strumenti che l'Italia di per sé non aveva attuato.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Per l'opinione della grande maggioranza degli intervenuti si può dare positiva esecuzione all'ordine di investigazione europea anche da parte degli altri Stati. È quindi importante che tutti si adeguino in fretta; è importante che si tratti di strumenti *user friendly*, ossia di facile e pronta esecuzione, i quali hanno un valore aggiunto per gli operatori; altrimenti si continueranno ad utilizzare gli strumenti del '59.

Maugeri. L'esperienza della procura presso la Corte di Appello di Napoli?

Salazar. Nell'esperienza in Procura Generale a Napoli, il panorama giudiziario è estremamente interessante per la forte presenza della criminalità organizzata nel contesto del distretto della Corte d'Appello di Napoli con ramificazioni internazionali molto rilevanti. Come Procura Generale abbiamo un panorama con riferimento alla cooperazione giudiziaria internazionale abbastanza probante. La cooperazione per grandi linee viene eseguita con celerità, funziona bene per il mandato di arresto europeo sia attivo che passivo; è stato dato impulso alla possibilità di comunicazione con le altre autorità internazionali, anche attraverso rapporti diretti, e ciò si è rivelato essenziale; molti problemi sono stati risolti grazie al contatto diretto telefonico e via e-mail con le autorità giudiziarie.

Da ciò emerge anche che è indispensabile dotare sia i magistrati che l'ufficio di quella formazione, anche linguistica, che è il presupposto necessario e indefettibile della comunicazione diretta. È vero che i punti di contatto della rete giudiziaria europea possono supplire a queste esigenze ma è necessario far conoscere queste attività e possibilità; comunque, non potendo tutti i punti di contatto svolgere le attività richieste, è indispensabile un'azione di formazione mirata, compresi gli strumenti legislativi. È stato necessario svolgere un'azione pedagogica anche nei confronti della Corte d'Appello in relazione alle richieste provenienti da altre autorità giudiziarie e questo rende indispensabile l'azione di formazione. Su questo c'è ancora molto da fare perché manca un raccordo tra la formazione a livello centrale e quella decentrata per quanto riguarda l'operatività, l'entrata in vigore degli strumenti e quello che avviene; si è ancora legati agli schemi del passato che non coinvolgono direttamente i soggetti (e qui penso ai magistrati e al personale, che sono l'elemento essenziale e più critico della situazione attuale degli uffici).

Occorre intervenire anche sul fronte dell'assenza di un qualsiasi livello di informatizzazione in ambito di procedure sulla cooperazione giudiziaria. Ancora tutto si fa su registri cartacei. Abbiamo cominciato a porci il problema della necessità di istituire registri per i nuovi strumenti di mutuo riconoscimento che stanno per essere attuati. Ovviamente alcuni provvedimenti in materia di mutuo riconoscimento non possono essere inseriti nei registri cartacei di mandato di arresto europeo. Ciò ha fatto emergere l'assenza di qualsiasi livello di informatizzazione, elemento posto all'attenzione del Procuratore Generale. Si è di fronte al classico esempio in cui l'informatizzazione consentirebbe di fare meglio, di evitare tutte le duplicazioni che insorgono, ad esempio, nel caso in cui un soggetto è conosciuto come in grado di rispondere ad una richiesta proveniente dall'estero ma poi questa richiesta in realtà è di



Parte II – Sezione II – Le audizioni

competenza di altri magistrati; cosa che non si è in grado di sapere se non interrogando il registro cartaceo.

Ove vi fosse questa informatizzazione saremo tutti in grado di sapere lo stato del procedimento e le sue assegnazioni, sgravando così la segreteria e i funzionari dai compiti che attualmente appesantiscono il lavoro in una situazione di *deficit* di personale. Oltretutto si tratta di interventi che non sarebbero costosi e che porterebbero notevoli vantaggi in termini di efficienza ed efficacia dell'ufficio. Una decina di strumenti di mutuo riconoscimento, di cui molti attuati nel 2016, potrebbero essere l'occasione per la creazione del sistema.

Per quanto riguarda la confisca, a Napoli abbiamo ottenuto il distacco di un ufficiale della Guardia di Finanza per dare contenuto concreto al disposto normativo del 12-*sexies*, per quanto riguarda le indagini patrimoniali avvalendosi delle banche dati, e in modo da aiutare anche l'organo requirente sulla possibile aggressione ai patrimoni.

In conclusione i punti principali sono:

1. insistere sulla necessità di adottare una strategia a livello dell'Unione con una revisione;
2. la piena attuazione dell'art. 85 per Eurojust;
3. la piena attuazione degli strumenti dell'UE per quanto riguarda la natura del membro nazionale italiano di Eurojust e quindi il cambio di natura;
4. dal punto di vista di quello che ho visto essere l'obiettivo di questo tavolo, la necessità di garantire sempre un equilibrio tra le esigenze dell'efficienza e il rispetto dei diritti.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, sembra interessante l'idea che l'Italia possa farsi portatrice, nell'ambito di una visione strategica e non occasionale governata dalle emergenze, di una nuova *road map* sui diritti processuali dei soggetti coinvolti nel processo penale. Nell'assenza di programmazione dal 2009 in poi, la *road map* del 2009 sulle garanzie processuali si può considerare come un successo; abbiamo adottato tutti gli strumenti previsti. In assenza di una visione strategica sembra interessante la prospettiva per cui uno Stato possa farsi portatore di una nuova *road map* dove sono affrontati in modo profondo interventi come la custodia cautelare e l'avvicinamento delle legislazioni, le indagini difensive difficilmente attivabili all'estero sotto il profilo della disparità dei diritti di difesa; anche questo va nella giusta direzione, in un processo che vede un dialogo permanente tra mutuo riconoscimento e avvicinamento normativo. In questa fase di sfiducia nelle istituzioni europee, sapere che le norme processuali e sostanziali non sono poi così diverse potrebbe contribuire a rassicurare l'opinione pubblica rispetto a quella ostilità (si pensi alla Brexit). Quindi una nuova vitalità è possibile se sotto il profilo del mutuo riconoscimento e in una contemporanea azione del ravvicinamento normativo le norme non sono poi così diverse.



LUCA DE MATTEIS

13 marzo 2017

(trascrizione: dott.ssa Martina Costa)

Maugeri: In qualità di membro della rappresentanza italiana a Bruxelles il suo apporto è fondamentale per i lavori del Tavolo 15 Mafia – Europa, perché può fare il punto sulla situazione dei progetti in materia di cooperazione giudiziaria e mutuo riconoscimento nell’ambito della lotta al crimine organizzato. Inizierò con alcune domande, ma qualunque altro profilo ritenga opportuno riferire è per noi assolutamente interessante.

In merito ai lavori relativi all’EPPO, è vero che esso non ha competenza diretta in materia di crimine organizzato, ma indirettamente, dal momento che si occuperà di lotta contro forme di frodi contro gli interessi UE, potrebbe essere uno strumento attraverso cui arrivare al crimine organizzato. Abbiamo poc’anzi ascoltato il Procuratore aggiunto Paci, di Reggio Calabria, che ci riferiva di avere molti casi di ‘ndrangheta e frodi contro gli interessi UE. Dal suo punto di vista, la scarsa volontà politica, a livello europeo, di attribuire maggiori poteri all’EPPO, – l’Italia è molto critica perché vorrebbe un EPPO più forte –, è insuperabile?

De Matteis: È difficile parlare, in questo momento, di una trattativa di sostanza perché ormai, da sei mesi, possiamo considerare raggiunto un equilibrio nella maggioranza degli Stati membri per un disegno di EPPO che non è certo quello che ci saremmo augurati all’inizio di questo esercizio, né tantomeno quello che risponde ai criteri che la delegazione italiana ha posto quando abbiamo iniziato la trattativa.

Il testo ormai si avvia verso un consolidamento che ha bisogno, per essere adottato, di una spinta dal punto di vista procedurale ma che, almeno per quanto riguarda i motori di questo esercizio (proprio nella fisionomia che ne danno i trattati), ha una marcata componente intergovernativa – voglio leggerla in senso positivo – in quanto costituente. Ma certo è che si tratta di un procedimento in cui, sia pure con il coinvolgimento del Parlamento Europeo, sono gli Stati membri a detenere i poteri maggiori e l’iniziativa per tutte le modifiche alla proposta della Commissione. Nell’ambito di questa procedura resta da vedere come arrivare all’approvazione.

Sinceramente, non ci aspettiamo, dopo oltre tre anni di negoziato, modifiche sostanziali che possano ribaltare un giudizio di merito sul testo del Regolamento istitutivo dell’EPPO che è di grande delusione; e ciò ferme restando le valutazioni dell’autorità politica sulla questione se comunque, anche rispetto a questo risultato meno che ideale, l’Italia, sin dal primo momento, debba partecipare o meno, per tutta una serie di intuibili ragioni.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Anche per partecipare alle fasi successive, perché se ne rimaniamo fuori rischiamo poi, anche negli ulteriori regolamenti di attuazione, di rimanere fuori dalla trattativa.

De Matteis: Certo, c'è tutta una fase costituente nella quale, chiaramente, chi ci sarà darà un'impronta chiara al modo in cui EPPO lavorerà giorno per giorno, specialmente nella struttura centrale. C'è la fase della scrittura delle regole interne di procedura cui il regolamento EPPO fa rinvio in maniera consistente per una serie di importanti decisioni. È ovviamente un regolamento di procedura che sarà scritto da chi parteciperà alla cooperazione rafforzata. Per questi motivi, senz'altro, rimanere fuori comporterà un prezzo.

Quindi il bilanciamento che andrà fatto è rispetto ai sacrifici, anche dal punto di vista dell'ordinamento interno: l'ordinamento subisce ovviamente l'inserimento di un corpo estraneo, il cui impatto sistemico abbiamo cercato di analizzare attraverso gli anni, ma la struttura adesso è molto diversa da quella originaria della Commissione. L'impatto sull'ordinamento italiano non è certo del tutto preventivabile, quindi comporta sempre rischi che per noi sono stati controbilanciati dai benefici di un EPPO forte, di una struttura efficace e motivata a lottare contro le frodi ai bilanci dell'Unione e, in potenza, anche contro altre forme gravi di criminalità transnazionale. Nel nostro approccio al *dossier* il ragionamento è stato di questo genere; si dovrà fare la stessa valutazione sulla base di un testo che, come abbiamo detto e come viene detto da più parti, non è ideale dal punto di vista dell'efficienza, dei contenuti, dell'operatività.

Bisognerebbe operare un bilanciamento tra i benefici di questa struttura e i costi che essa avrà dal punto di vista ordinamentale per gli Stati che vi partecipano; questa sarà la valutazione che dovrà fare l'autorità politica in ultima istanza all'esito di questa ultimissima fase dei lavori in Consiglio. Anche in questa ultima fase cercheremo di ottenere qualche aggiustamento del testo del Regolamento EPPO, senza però illuderci di riuscire a ribaltare taluni capisaldi dell'accordo, per noi assolutamente negativi, raggiunti dalla maggioranza in Consiglio.

Maugeri: E, invece, quali sono le prospettive rispetto al ruolo di Eurojust? Si parla di un Regolamento piuttosto debole, non tutte le potenzialità dell'articolo 85 sono state sfruttate, i poteri del nostro rappresentante sembrano deboli rispetto a quelli degli altri colleghi.

De Matteis: Sul regolamento Eurojust ci sono varie criticità. La prima riguarda il fatto che il Parlamento Europeo tiene in ostaggio questo *dossier* dalla primavera del 2015, quando il Consiglio ha licenziato la propria posizione negoziale. Per cui sono oltre due anni che il Parlamento Europeo rifiuta di confrontarsi con il Consiglio sul Regolamento con la motivazione di dover attendere che si cristallizzino quanto più possibile le norme del Regolamento EPPO riguardanti i rapporti tra EPPO e Eurojust. Ormai queste norme sono pressoché definite da oltre un anno; si tratta di disposizioni su cui il Consiglio ha raggiunto in maniera abbastanza semplice un accordo in via provvisoria già nella



Parte II – Sezione II – Le audizioni

primavera del 2016 e, nonostante questo risultato, il Parlamento Europeo continua a non volersi attivare per concludere i lavori sul Regolamento Eurojust.

Il Regolamento Eurojust, già nella sua veste iniziale, si presentava al di sotto delle aspettative per quanto riguarda lo sfruttamento delle potenzialità dell'art. 85 del Trattato. Non vi erano sostanziali novità rispetto all'attuale assetto operativo di Eurojust, se non nella parte amministrativa con la separazione delle funzioni amministrative da quelle operative, esigenza avvertita a tutti i livelli, primo tra tutti dallo stesso Eurojust il cui collegio si trovava spesso oberato di compiti amministrativi che nulla avevano a che fare con il *core business* dell'Agenzia.

La norma che avrebbe richiesto un'ambizione maggiore è sicuramente quella sui compiti di indagine dei membri di Eurojust, rimasta sostanzialmente invariata rispetto alla versione della Decisione del 2008, essendosi ripresentate tutte le perplessità e le timidezze che avevano caratterizzato quella norma, in particolare per la previsione di una mera facoltà, per gli Stati membri, di dotare i membri nazionali di poteri di indagine veri e propri.

Si tratta di un argomento di cui abbiamo discusso molto, soprattutto sotto la presidenza italiana del Consiglio dell'UE nel 2014, perché proprio in quel semestre abbiamo fatto la maggior parte del lavoro di sostanza sul Regolamento (compresa questa norma). Ci siamo trovati, noi delegati del Ministero della Giustizia, in particolare difficoltà perché, pur cercando di iniettare nel dibattito una dose di fiducia rispetto al potenziamento della norma in materia di poteri di indagine, a monte abbiamo una situazione nella quale tale norma da noi resta inattuata: il nostro spazio di manovra era pertanto necessariamente più ridotto. Probabilmente, la tempistica di tale proposta di riforma di Eurojust da parte della Commissione non è stata felice, si è voluto creare un collegamento con il Regolamento EPPO che si riduce a ben poca cosa nella realtà operativa: il rapporto tra EPPO ed Eurojust non riveste un particolare rilievo operativo, come forse qualcuno avrebbe potuto desiderare sulla base della lettera dell'art. 86 del Trattato.

Se così non è stato, allora, la proposta di riforma di Eurojust avrebbe potuto essere meditata più attentamente, anche sulla base del fatto che è stata redatta nel mezzo di un ciclo di valutazioni reciproche degli Stati membri proprio sul funzionamento di Eurojust e della Rete Giudiziaria Europea in pieno svolgimento al momento della presentazione della proposta. Nelle sue conclusioni – stilate all'esito della valutazione degli ordinamenti di tutti i 28 Stati membri – forse si sarebbero potuti sottolineare temi diversi da quelli che la proposta della Commissione ha investito e, quindi, pervenire ad una proposta più aderente alle reali necessità di riforma dell'Agenzia.

Tutto questo, però, resta un discorso meramente teorico: fino a quando non ci sarà la disponibilità del Parlamento Europeo a intraprendere l'esame congiunto del testo della proposta (quindi anche la possibilità del Consiglio di conoscere quale sia il punto di vista del Parlamento Europeo su questa riforma, ormai ad oltre 4 anni dalla proposta) è un dialogo ad una sola voce che non è certo fruttuoso.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Quanto alla possibilità, anche indipendentemente da una riforma complessiva di questo strumento, di un potenziamento dei poteri del nostro rappresentante all'interno di Eurojust?

De Matteis: Sulle questioni interne mi esprimo con grande cautela. Certo è che un potenziamento dei poteri dei nostri rappresentanti ad Eurojust, sia pure lungo il solco della Decisione del 2008 (che, ricordiamo, resta inattuata), passa attraverso un ripensamento della posizione del membro nazionale di Eurojust nell'ambito della magistratura. Infatti, sino a quando non verrà ripensata la soluzione del collocamento fuori ruolo del rappresentante nazionale ad Eurojust, risulta difficile pensare di farne un membro attivo dell'ordine giudiziario.

Quindi, da questo punto di vista, ciò corrisponderebbe in maniera coerente ad una posizione più generalizzata dell'Italia, nell'ambito delle politiche di *ex terzo pilastro*, in particolare nella cooperazione penale. Se noi proponiamo, come sempre, posizioni ispirate ad una reale fiducia nell'integrazione europea, nel potenziamento delle strutture europee in materia di giustizia penale, mi sembrerebbe coerente che a questa posizione – ripeto, orizzontale e convinta della delegazione ministeriale italiana – faccia seguito anche un'adesione ad un progetto che la Decisione Eurojust 2008 delinea in modo molto chiaro. Mi sembrerebbe coerente, sia pure in assenza di unanimità nell'ambito degli Stati membri rispetto al potenziamento dei membri nazionali, che l'Italia si ponesse nel gruppo di punta, dimostrando che ciò è possibile e che ha delle ricadute operazionali importanti e utili ai fini del lavoro di Eurojust.

Maugeri: Rispetto ad un nuovo strumento in materia di associazione di stampo mafioso, ma più in generale, di lotta al crimine organizzato c'è qualcosa di nuovo o siamo rimasti alla Decisione Quadro 2008, perché non è un tema all'ordine del giorno in Europa?

De Matteis: Purtroppo è un tema nel quale scontiamo un certo isolamento culturale tra le delegazioni nell'ambito della cooperazione in materia penale.

Ricordiamo innanzitutto che la Decisione Quadro 2008 avrebbe dovuto avere un seguito valutativo da parte della Commissione, che avrebbe dovuto prendere le mosse dal fatto che ci sono alcuni Stati membri nei quali ancora la Decisione Quadro – con il risultato della definizione del reato di criminalità organizzata – è rimasta lettera morta. Questa valutazione è arrivata molto tardi, è stata molto timida e, soprattutto, non porta in sé il germe di un ripensamento normativo e quindi di una proposta di revisione della Decisione Quadro o di una nuova proposta che la sostituisca integralmente. Si sarebbe potuta cogliere l'occasione in maniera più proficua.

Tutto questo ovviamente va letto contro lo sfondo dell'assoluta mancanza di programmaticità nell'azione della Commissione Europea, che, se non detiene il monopolio legislativo nel settore, è certamente l'organo primo cui rifarsi per l'esercizio del potere legislativo nell'UE; un organo che si muove in maniera reattiva e non proattiva rispetto ai temi della giustizia penale in Europa e che quindi ha un programma operativo di brevissimo termine e neanche di facilissima lettura, se ne volessimo



Parte II – Sezione II – Le audizioni

individuare le linee guida. In questo programma di brevissimo termine non c'è nulla che riguardi la criminalità organizzata; non vedo come probabile un'iniziativa in questo senso nel futuro immediato e, soprattutto, non da parte di una Commissione Europea che su questi temi, almeno dal punto di vista della considerazione generale del fenomeno, ha dimostrato di non avere molta sensibilità.

Va tenuto presente, peraltro, che da questo punto di vista vi sarebbero sollecitazioni anche chiare da parte del Parlamento Europeo sia nella relazione finale della Commissione speciale CRIM del 2013, sia nella Risoluzione che il Parlamento Europeo ha adottato nel novembre 2016 sulla lotta alla corruzione in seguito alla relazione CRIM; si invita la Commissione a presentare iniziative in numerosi campi, tra cui quello della criminalità organizzata, con indirizzo specifico alla possibilità di dotare l'ordinamento penale dell'UE di una definizione di criminalità organizzata più specificamente adeguata alle organizzazioni di tipo mafioso. È una sollecitazione che viene dal Parlamento Europeo in modo chiaro.

Purtroppo, mancando un luogo della dialettica tra le istituzioni dal punto di vista delle linee programmatiche, queste sollecitazioni rischiano di rimanere lettera morta, perché non vi è una reale stanza dove gli *input* politici del Parlamento Europeo possono essere verificati quanto al loro seguito da parte delle istituzioni che dovrebbero farlo, *in primis* la Commissione Europea.

Maugeri: Tutto sommato, sembra invece essere all'ordine del giorno l'argomento dell'armonizzazione, già con la Direttiva 42/2014, e soprattutto del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e di confisca, anche senza condanna (faccio riferimento alla proposta di Regolamento). Qual è la posizione della rappresentanza italiana rispetto a questa proposta, che per noi può diventare problematica? Più volte ho chiesto, ai magistrati operativi in diversi distretti particolarmente interessati dall'utilizzo di questi strumenti – le misure di prevenzione patrimoniali – come giudicano questa proposta, la possibilità di ricondurre il nostro procedimento di prevenzione ad un procedimento penale.

De Matteis: La posizione della rappresentanza italiana ovviamente coincide con quella del Ministero della Giustizia, quindi non credo di dire nulla di sorprendente. Nel corso dei negoziati sulla trattativa 42/2014 – di fronte all'impossibilità di coagulare una maggioranza per l'applicazione di questo strumento di ravvicinamento a forme di ablazione dei patrimoni criminali più ampie rispetto alla mera confisca-misura di sicurezza, presa in esito ad un procedimento penale, e frustrati per la mancanza di risposte da parte di molte delegazioni chiave in Consiglio – noi sottoponemmo una dichiarazione, poi ripresa dalla dichiarazione comune di Consiglio e Parlamento Europeo, che impegnava la Commissione alla presentazione di una duplice iniziativa: la prima circa l'estensione dell'armonizzazione alle confische senza condanna; la seconda relativa alla presentazione di un'iniziativa sul mutuo riconoscimento che fosse più in linea con il Trattato di Lisbona e con le sue potenzialità in questa materia. Quindi aspettavamo questa proposta della Commissione sul mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca con grande ansia, avendo partecipato ai lavori preparatori sempre



Parte II – Sezione II – Le audizioni

nell'ottica di sensibilizzare le delegazioni più restie rispetto all'importanza di dare considerazione alle misure di confisca senza condanna e, in particolare, alle nostre misure di prevenzione.

Ci troviamo di fronte ad una proposta che, purtroppo, non ha quasi nulla da questo punto di vista. La proposta della Commissione fa riferimento ancora a provvedimenti di congelamento e confisca emessi da un altro Stato membro nell'ambito di procedimenti penali e ciò purtroppo, a nostro modo di vedere, impedisce di sussumere nell'ambito operativo di questo regolamento le decisioni di prevenzione. Questo risultato si scontra con dati di realtà che parlano d'altro.

Noi sappiamo che, a livello operativo, mediante strumenti diversi rispetto a quelli di mutuo riconoscimento dell'UE, alcuni Stati membri, che anche all'interno del Consiglio si pongono in maniera molto scettica rispetto a questo ampliamento, poi sono molto più aperti e collaborativi sul piano concreto nell'esecuzione di provvedimenti di prevenzione all'estero. C'è uno scollamento tra pratica e politica che sarebbe meglio ricomporre.

L'intenzione della nostra delegazione è quella di presentare, ora che il negoziato su questa proposta della Commissione per un regolamento relativo al mutuo riconoscimento degli ordini di confisca è avviato, una proposta di modifica del testo che permetta di introdurre una nozione di confisca più al passo con la realtà operativa.

In particolare la nostra intenzione è quella di fare riferimento ad un concetto che non è nuovo ma viene da uno strumento già adottato: la direttiva 2011/99 del 13.12.2011 sull'Ordine di Protezione Europeo delle Vittime. Già allora, nel corso del negoziato di questa proposta, si era posta la questione di dare riconoscimento a ordini di protezione delle vittime di reato che, nelle diverse giurisdizioni degli Stati membri, vengono presi secondo sistemi tra loro eterogenei e, in particolare, non sono sempre decisioni di un'autorità giudiziaria penale ma sono spesso ordini di un'autorità civile o addirittura amministrativa. Si poneva il problema, già allora, di definire un campo di applicazione del mutuo riconoscimento tale per cui, pur facendo riferimento a delle situazioni di rilievo penale (perché è chiaro che stiamo parlando di vittime di reato e quindi, almeno nell'ipotesi investigativa, di un reato), il provvedimento relativo non avrebbe avuto di per sé diretto e immediato collegamento con un procedimento penale. Allora la soluzione, trovata dopo negoziati abbastanza intensi, è stata quella di fare riferimento non ad una decisione presa nell'ambito di un procedimento penale ma ad una misura di protezione che è una decisione in materia penale. Con ciò si faceva uso semplicemente delle parole del Trattato, senza introdurre una nozione ignota all'ordinamento UE; una nozione che, trattandosi di materia penale, tende a scollegare il provvedimento dalla meccanica "bruta" del procedimento che è stato seguito per arrivare a quel provvedimento. Quindi, ci si riferiva alla sostanza penale della decisione.

Secondo noi questa soluzione può essere adottata anche per quanto riguarda il Regolamento sul mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca, perché anche in questo caso l'uso di una nozione più ampia permetterebbe poi di fare rientrare una serie di procedimenti, che sono i nostri italiani ma non solo (ricordiamoci che ci sono altri paesi, peraltro di tradizioni abbastanza eterogenee rispetto alla nostra, che hanno la



Parte II – Sezione II – Le audizioni

stessa problematicità di provvedimenti ablatori criminali presi secondo procedure formalmente non penali).

La nostra posizione sarebbe quella di esplorare la possibilità di impiegare la nozione che deriva dall'*acquis*, la quale è già stata accettata dalle delegazioni, per cercare di recuperare uno spazio di manovra che consenta almeno in parte di far rientrare nell'ambito applicativo del regolamento anche le nostre procedure di prevenzione.

Stiamo facendo delle consultazioni informali in questo momento, stiamo lavorando per questo risultato ovviamente ancora aperto perché il negoziato su questo Regolamento è iniziato da due mesi scarsi; quindi è presto per dire se la nostra operazione possa o meno avere concrete possibilità di riuscita. Ovviamente presenteremo il nostro punto di vista anche al Parlamento Europeo per contribuire alla formazione della posizione negoziale del Parlamento Europeo, della commissione LIBE, perché sappiamo – come dimostrato anche dal contenuto delle Risoluzioni cui abbiamo fatto riferimento prima – che c'è una sensibilità diversa nel Parlamento Europeo per questo genere di temi, che, quindi, potrebbero trovare terreno più fertile per attecchire e poi rientrare nella dialettica negoziale tra le due istituzioni.

Maugeri: A proposito di materia penale, il concetto di materia penale cui fa riferimento la Corte EDU è un concetto appunto più ampio del penale in senso stretto, che ricomprende anche il disciplinare o il punitivo amministrativo ai fini delle garanzie. Si fa riferimento anche a questo concetto? Perché si porrebbe un problema dal momento che la Corte non ha mai riconosciuto, a nostro vantaggio, il fatto che rientri nel concetto di materia penale la confisca di prevenzione. Ciò ci è servito, perché se fosse stata riconosciuta come materia penale avrebbe comportato la necessità di applicare le garanzie del penale.

Quindi, se facciamo riferimento ad un concetto di materia penale a livello di UE, non ci dovremmo mettere in linea con un concetto di materia penale previsto dalla Corte EDU? Anche se è un concetto di materia penale molto ampio, però il problema rimane: quello di stabilire quali siano le garanzie.

De Matteis: Non credo debba esserci necessariamente una coincidenza totale tra le definizioni di materia penale nei due ordinamenti; peraltro anche nella giurisprudenza CEDU questa materia si declina diversamente a seconda dell'aspetto specifico preso in considerazione.

Certo, dal punto di vista delle garanzie dobbiamo essere in grado di dimostrare che il procedimento di prevenzione, sia pure nell'ambito di un quadro probatorio che ha natura molto diversa da quella di un procedimento penale, sul piano procedurale offra al prevenuto tutte le garanzie necessarie per un contraddittorio pieno e offra, soprattutto, anche a terzi la possibilità di intervenire. Quindi credo che possiamo utilizzare questa nozione di materia penale in questo Regolamento non tanto per darle una definizione, anche perché nell'ambito UE è impossibile dare una definizione di materia penale o di procedimento penale, che non si ritrova in nessun testo normativo. Se non si può definire il meno, a maggior ragione non si può definire il più. Direi che questo dovrebbe essere il punto di appoggio per una definizione sostanziale che consenta poi però di fare



Parte II – Sezione II – Le audizioni

rientrare nel contenitore ampio (almeno ai fini di questa materia) dell'applicazione di questo Regolamento anche la materia della prevenzione.

Maugeri: Glielo chiedevo perché anche la proposta della Commissione LIBE, rispetto a quella poi accolta dalla Direttiva, faceva riferimento ad un concetto di materia penale, e quindi di provvedimenti di confisca senza condanna, rispettoso delle garanzie penalistiche ai sensi della CEDU. Sembrava una quadratura del cerchio.

Non potrebbe essere per noi l'occasione, inserendo ulteriori accorgimenti nel nostro procedimento di prevenzione (come propongono i tedeschi) e anche se si tratta di una forma di confisca senza condanna, di definire il nostro procedimento come penale? Il modello di riferimento è quello tedesco, si arriva a definire il procedimento come penale. Allora, se non passasse la proposta della rappresentanza italiana, potremmo rivedere ulteriormente il nostro procedimento di prevenzione, eventualmente con un'ulteriore giurisdizionalizzazione, e farlo rientrare nel concetto di procedimento penale.

De Matteis: Ovviamente questa sarebbe la via maestra. E' chiaro che ci troviamo in una posizione meno che ideale dal punto di vista dell'esportabilità dei nostri procedimenti di prevenzione proprio per la loro specialità. È chiaro che ricondurre questi procedimenti al loro alveo naturale potrebbe senz'altro risolvere il problema in radice, anche a prescindere – lo dico al di fuori delle mie competenze – dalle vicende di questo atto normativo europeo.

Maugeri: Sarebbe auspicabile, anche alla luce della condanna della sentenza della Corte Edu *De Tommaso*; c'è bisogno di ulteriore riflessione.

De Matteis: Infatti, mi riferivo proprio a questo. Siamo stati messi un po' con le spalle al muro. Potrebbe essere il momento di un ripensamento da questo punto di vista.

Maugeri: A livello europeo, l'anno scorso è stata data attuazione a molti strumenti. Ci sono altri strumenti in discussione che possono essere rilevanti in materia di lotta al crimine organizzato?

De Matteis: Ci sono due argomenti che presentano notevoli potenzialità, uno in positivo e l'altro in negativo, e sono tra loro legati. Mi riferisco al procedimento imposto sul tema della giustizia penale nel cyberspazio e alle attuali vicende davanti alla Corte di Giustizia in materia di ritenzione dei dati del traffico telefonico e telematico nelle indagini penali.

La giustizia nel cyberspazio, ossia il tema che viene etichettato come *electronic evidence*, è applicazione di un concetto politico dell'UE di cui si parla molto negli ultimi giorni. Nel silenzio programmatico della Commissione, alcuni Stati membri (in particolare le delegazioni dell'Olanda, del Belgio e del Lussemburgo) hanno preso l'iniziativa per instaurare un dibattito molto approfondito, avviato prima in seno al Consiglio Giustizia e poi sfociato nell'adozione delle conclusioni del Consiglio, in tema



Parte II – Sezione II – Le audizioni

di conservazione e acquisizione della prova elettronica nonché di acquisizione transfrontaliera della stessa. È ovviamente un tema che, di fronte alla realtà operativa della criminalità organizzata, è di tutta evidenza: non stiamo più parlando di un fenomeno di stampo ottocentesco ma di una criminalità dotata di apparati tecnologici di rara importanza. Quindi, essere in grado di lottare da questo punto di vista è essenziale.

Le conclusioni del Consiglio riguardano tre aspetti. Anzitutto viene in rilievo l'acquisizione delle informazioni da parte dei fornitori di servizi (telecom e internet) laddove questi dati non riguardino il contenuto delle comunicazioni (che è escluso perché hanno un altro inquadramento dal punto di vista costituzionale). In particolare si tratta dell'acquisizione dei cd. dati utente, ovvero dei metadati. Si tratta di dover instaurare una cooperazione con il fornitore dei servizi per agevolare l'acquisizione di questi dati nell'ambito di un quadro di garanzie solido e quanto più possibile uniforme, dato che per definizione siamo nell'ambito di attività di carattere transfrontaliero, se non globale.

Quindi l'approccio individualizzato è considerato, da parte della maggioranza delle delegazioni in Consiglio, di scarsa efficacia. Sono guardati con favore un approccio comune nei confronti dei fornitori di servizi per l'acquisizione di questi dati, una semplificazione delle procedure di assistenza giudiziaria, qualora si tratti di acquisire prove elettroniche di natura diversa dai dati contenutistici, e una riflessione su una possibile modifica (in comune) dei criteri di competenza esecutiva nel cyberspazio.

Si tratta in sostanza di ripensare il collegamento tra un dato elettronico che funge da prova in un procedimento penale e il territorio, e quindi la giurisdizione, di uno Stato membro. Di fronte alla constatazione che parlare di collocazione territoriale in relazione a dati elettronici è sempre più illusorio, bisogna valutare se possono esserci criteri diversi da quello territoriale sulla base dei quali considerare un certo dato elettronico collegato ad una giurisdizione ai fini della sua acquisizione, sia diretta che transfrontaliera.

Queste tematiche fanno parte di un documento di conclusioni, adottato dal Consiglio dei Ministri della Giustizia nel giugno del 2016, che impegna la Commissione ad un'attività conoscitiva, attualmente in corso, la quale sfocerà nel giugno 2017 nella presentazione da parte della Commissione degli esiti.

Detti esiti potranno comprendere sia misure operative di adattamento di misure esistenti (ad esempio, la possibilità di impiegare i moduli della ormai prossima Direttiva sull'ordine europeo dell'indagine penale per l'acquisizione transfrontaliera della prova elettronica; quindi con un sistema che permetta di richiedere queste prove anche elettronicamente, con uno scambio veloce di una prova che per sua natura è volatile e per la quale i tempi di acquisizione si rivelano determinanti) sia l'adozione di misure normative, laddove si dimostri necessario che l'approccio comune cui si ispirano queste conclusioni abbia un supporto normativo (in particolare per quanto riguarda i criteri di collegamento per l'acquisizione di questi dati) che potrà, in un futuro a breve scadenza, essere oggetto di una nuova proposta della Commissione.

Maugeri: Anche nelle audizioni precedenti è emerso il problema dei nuovi strumenti di indagine di carattere telematico. Emerge addirittura – dal quel che ci ha riferito il Procuratore aggiunto di Reggio Calabria – che l'utilizzo del Blackberry è



Parte II – Sezione II – Le audizioni

diffuso tra narcotrafficienti: mentre nell’America Latina ci sono strumenti idonei ad intercettarli, in Europa non siamo capaci di intercettarli. Elemento curioso, dato che esiste un metodo di intercettazione. È un argomento molto interessante e, al di fuori del Tavolo, ho pregato due colleghi – un processualista e un sostanzialista – di occuparsi anche di questo profilo per la nostra relazione finale, perché è uno degli aspetti che porrà maggiori problemi dal punto di vista della lotta al crimine organizzato. Si pone poi un problema di tutela della privacy, molto forte in molti paesi europei, e forse dovremmo scontrarci con la mancanza di una piena consapevolezza o volontà di lottare il crimine organizzato.

De Matteis: È chiaro che abbiamo una sensibilità su questo tema che altri paesi non hanno. La questione del rapporto tra indagini penali e *privacy* è di scottante attualità; il problema è quello delle sentenze della Corte di Giustizia che hanno investito in pieno la questione della ritenzione dei dati del traffico telefonico e telematico al fine del successivo accesso per ragioni di giustizia penale, che è estremamente preoccupante perché non situa in maniera corretta l’equilibrio tra esigenze di tutela del diritto alla *privacy* e tutela della collettività tramite uso di tali dati per l’indagine su reati anche gravi.

Credo che l’ultima sentenza, nel caso Tele2 del 21 dicembre, ponga seri dubbi di compatibilità, in generale, del sistema di ritenzione dei dati con una lettura delle disposizioni della Carta dei diritti in materia di tutela del diritto alla protezione dei dati personali e potrà avere conseguenze. Le sta avendo già in generale.

Per quanto riguarda gli Stati membri, ormai la situazione è a macchia di leopardo e le normative nazionali che consentivano la conservazione del traffico stanno cadendo una per una. Da ultimo è toccato a quella svedese, annullata dalla Corte di rinvio rispetto al caso deciso dalla Corte di Giustizia con la sentenza 21.12.2016. Quindi la Svezia ha smesso di mantenere questi dati, che sono il pane quotidiano per chi indaga sulla criminalità organizzata: contatti cellulari, aggancio alle celle delle comunicazioni cellulari, indirizzi IP delle comunicazioni internet, tutti elementi essenziali per un contrasto serio alla criminalità. Rischiamo che la lettura di questa sentenza porti ad un depotenziamento forte di uno strumento essenziale per il contrasto alla criminalità organizzata.

Maugeri: Scenario abbastanza inquietante. Forse si dovrebbe valutare, anche a livello europeo, un nuovo strumento che metta d’accordo tutti e che eviti che la Corte di Giustizia possa intervenire.

De Matteis: È una domanda che abbiamo rivolto già all’indomani della prima sentenza in materia, la *Digital Rights Ireland*, dell’aprile 2014. Noi ed altri Stati membri abbiamo sollecitato la Commissione Europea a sostituire la normativa che era stata dichiarata illegittima con una più garantista, più rispondente alla tutela della *privacy*, ma che comunque contemperasse questo diritto con le esigenze di indagine. La Commissione ha scelto di non farlo e ha atteso l’esito di questa seconda sentenza del 21.12.2016, che ribadisce i principi molto rigorosi della Corte di Giustizia.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Adesso, forse, la Commissione si sta muovendo nel promuovere una ricognizione normativa negli Stati membri rispetto alla materia e presenterà a giugno una prima riflessione sull'applicazione della sentenza della Corte rispetto alle normative nazionali. Ovviamente tutto questo con la domanda relativa al se e come intervenire con una procedura legislativa che restauri condizioni comuni per questa attività.

Secondo me c'è un dato elementare che impone di chiedere una normativa comune in materia: se abbiamo un parametro comune per valutare la legittimità di una normativa in materia di ritenzione dei dati, altrettanto comuni devono essere le garanzie che si allineano a tale parametro per rendere questa attività conforme ai diritti fondamentali. Continuiamo come delegazione italiana, dal 2014, a richiamare la necessità di questo intervento; speriamo che adesso, finalmente, si entrerà nell'ordine di idee che tale intervento non è più differibile. Il consolidamento dei principi stabiliti con la sentenza 2014 tramite questa nuova sentenza pone anche al nostro ordinamento serie difficoltà di compatibilità con l'ordinamento UE come interpretato dalla Corte di Giustizia.

Maugeri: Ci sono altri profili in discussione, anche in relazione ai diritti della difesa o a fattispecie che sono normalmente oggetto di commissione da parte della criminalità organizzata, che possono essere rilevanti per il lavoro del tavolo?

De Matteis: Purtroppo in questo momento ci si sta muovendo poco. Le uniche due iniziative di interesse sono il Regolamento sul mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca e la Direttiva per la lotta mediante il diritto penale al riciclaggio, anche questa di recente presentazione, che mira ad adeguare la normativa UE agli *standard* internazionali (in particolare quelli dell'FDF del GABI) e quindi ad introdurre una serie di aggiustamenti alla normativa degli Stati membri. Anche il tema dell'autoriciclaggio vi è introdotto e dovrebbe entrare a far parte dell'*acquis* dell'UE.

Maugeri: Noi siamo già adempienti da questo punto di vista.

De Matteis: Sì, possiamo senz'altro entrare nel negoziato con tranquillità e chiedere la definizione delle fattispecie di reato più aderente agli *standard* internazionali cui ci siamo già adeguati e che impegni tutti gli Stati dell'UE, soprattutto dal punto di vista della relazione con i reati presupposti. Infatti, è sempre presente nella dialettica negoziale in Consiglio la volontà degli Stati membri di ridurre l'ambito di applicazione delle norme di riavvicinamento delle fattispecie penali e operare sul novero dei reati presupposti riducendoli al minimo.

La seconda preoccupazione è quella di verificare gli spazi per un ravvicinamento significativo ed efficace dei livelli di pena, che consenta, se sono condizione per la cooperazione giudiziaria, di superare diversità non giustificabili. Ciò renderebbe possibile lo scambio di decisioni giudiziarie sulla base del MAE o, un domani, dell'ordine europeo di indagine penale.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Da ultimo, anche la Germania ha introdotto l'autoriciclaggio, lo stesso la Spagna, nonostante ci siano molte perplessità sulla fattispecie soprattutto nei rapporti con l'evasione fiscale. Ci sono altri profili che vuole evidenziare?

De Matteis: Chiuderei con una constatazione. Come detto, difetta una prospettiva programmatica, è un dato di fatto storico. C'è un fatto nuovo che potrebbe, però, dare nuova linfa al dibattito programmatico del diritto penale dell'UE: l'entrata in operatività a maggio dell'ordine europeo di indagine penale, che, secondo me, riveste la stessa potenzialità che il MAE ha già esplicitato, perché costringe gli Stati a confrontarsi tra loro (da qui nascono la conoscenza e la fiducia reciproca). Così potranno eventualmente emergere i temi bisognosi di un intervento normativo di ravvicinamento ovvero quelli su cui l'UE può svolgere la sua funzione di facilitazione del dialogo tra ordinamenti. Ci sono temi che languiscono nel dibattito europeo, che non sono attuali, come l'ammissibilità della prova. Quindi mi aspetto che da questo momento della dialettica tra ordinamenti nascano nuovi temi su cui confrontarsi.

Maugeri: Nelle altre audizioni sono emerse le differenze procedurali tra ordinamenti, per esempio in tema di perquisizione: ci sono paesi, come la Francia, dove non è possibile la perquisizione notturna, oppure dove la polizia non ha poteri di sequestro. Differenze che rischiano di diventare un impedimento pratico all'effettività delle indagini. Sul nostro progetto in Italia per l'attuazione dell'Ordine Europeo di Indagine Penale può ufficialmente esprimere un parere?

De Matteis: È un progetto nelle mani dell'ufficio legislativo del Ministero, quindi preferirei non esprimermi.



MICHELE PRESTIPINO

13 marzo 2017

Maugeri: Il Procuratore Prestipino, accetta l'invito per l'audizione degli Stati generali della lotta al crimine organizzato.

Il Procuratore viene dalla realtà di Roma, realtà fondamentale per fare il punto in Italia sullo stato della cooperazione giudiziaria e per accogliere indicazioni o eventuali proposte sulle criticità in materia di cooperazione ed eventuali proposte *de iure condendo*.

La realtà Romana, come emerge da recenti vicende giudiziarie, conosce la realtà mafiosa. Proprio per iniziare alla luce delle esperienze romane, un primo profilo sul quale il tavolo è chiamato a relazionare e che, quindi, vorrei trattare con Lei, riguarda la possibilità di proporre a livello europeo un nuovo strumento di armonizzazione in relazione alla fattispecie di associazione, capace di includere anche la nostra associazione di stampo mafioso.

Molto importante è cercare di mettere in luce quali possano essere gli elementi fondamentali da indicare in una eventuale proposta a livello europeo.

Prestipino: Io credo che la questione del 416-bis sia, sul versante criminalità organizzata di tipo mafioso, lo snodo cruciale, il problema fondamentale, perché soprattutto nei nostri *partner* europei c'è una tendenza ad utilizzare come sinonimi i termini criminalità organizzata e mafia (almeno per l'esperienza professionale che prima a Palermo, poi a Reggio Calabria e adesso a Roma ho potuto maturare in relazione a vari paesi europei).

Quando si varcano i confini, e questo succede anche nel nostro paese, dei territori dove operano le strutture specializzate sia da un punto di vista giudiziario che da un punto di vista investigativo, c'è una tendenza ad identificare o equiparare la criminalità organizzata con la mafia.

Al sud capita anche l'inverso ma qui si fa in mala fede, ovvero si fa per non citare la mafia e la 'ndrangheta ed utilizzare il termine criminalità organizzata sfumando tutto, per cui in Calabria si diventa europei a costo zero.

Io credo che per affrontare il nodo cruciale, ossia l'individuazione degli elementi tipici non di una fattispecie ma anche soltanto di una condotta ipotizzabile che è quella che dobbiamo costruire in modo omogeneo su tutta l'eurozona, occorre anzitutto partire dall'idea che la mafia non è uguale alla criminalità organizzata e questo lo si deve spiegare ai *partner* europei.

Loro hanno fenomeni di criminalità organizzata ed esperienza in questa materia. In Spagna, per esempio, ci sono organizzazioni criminali che operano nel settore del traffico internazionale di stupefacenti molto più che in Italia e hanno anche altri problemi, così come in Francia. Loro però non hanno il problema delle mafie che noi



Parte II – Sezione II – Le audizioni

abbiamo storicamente, che è indubbiamente una sotto-categoria sussumibile in quella della criminalità organizzata ma che si distingue per alcune caratteristiche assolutamente peculiari.

Quando noi parliamo di criminalità organizzata parliamo di organizzazioni complesse, articolate, strutturate, e probabilmente a volte anche più di alcune mafie; però si parla sempre di organizzazioni che si muovono in modo chiaro, esplicito, vocazionale sul terreno dell'illecito, cioè sul terreno criminale. Le mafie invece no. Il nostro problema è quello di trovare qualche cosa che accomuni noi, inglesi, francesi tedeschi, etc... su quello che Costantino Visconti chiama il genoma, cioè il c.d. metodo mafioso, perché è questo profilo che da noi caratterizza le mafie, cioè a dire l'utilizzazione del metodo mafioso anche con riferimento ad attività che di per sé sono lecite, perché l'acquisizione di attività economiche è una attività tipica delle mafie soprattutto fuori dai territori di insediamento (ciò ovviamente non significa che le mafie non occupino anche settori criminali in senso stretto).

Il vero problema è quello di trovare elementi che rendano omogenee le nostre legislazioni in cui rileva il metodo mafioso, questo è il vero snodo della questione.

Quando ero già a Roma abbiamo condotto un'attività investigativa che vedeva impegnate da un lato la Procura di Reggio Calabria e dall'altro l'Autorità giudiziaria olandese. La fattispecie era semplice, ovviamente nella sua complessità: sull'asse versante Ionico della Calabria-Latina-Amsterdam operava una famiglia della 'ndrangheta molto potente, la famiglia dei Crupi, che aveva trasferito e stabilizzato buona parte del suo nucleo a Latina. Lì avevano impiantato un'attività nel settore vivaistico e quindi tenevano i rapporti con Amsterdam. Ovviamente si occupavano di questa attività anche con una certa professionalità ma assieme alle piante viaggiava anche il resto. Quando loro però sbarcarono sul mercato di Amsterdam, ovviamente lì riproposero il loro *modus operandi*, il modo dell'ndrangheta di stare sul mercato. Questa sta sul mercato, come tutti sappiamo, con condotte, definiamole genericamente, di prevaricazione, tendenti a monopolizzare il mercato, ad espellere dal mercato tutti gli altri imprenditori che non si sottomettono a determinati interessi.

Questo lo chiamiamo il 416-bis, perché se stai sul mercato avvalendoti della forza di intimidazione che deriva dal fatto che tu sei 'ndrangheta e gli altri ti percepiscono in quel settore di mercato come tale, è chiaro che l'imprenditore, anche se non minacciato esplicitamente, non si oppone.

Maugeri: Riescono ad Amsterdam a far sentire la forza di intimidazione?

Prestipino: Loro ad Amsterdam hanno cominciato, nel pezzo di mercato vivaistico in cui operavano, a porre in essere tutte quelle tipologie di condotte e di comportamenti tipicamente da 416-bis, dunque vessatori, ma trovandosi ad Amsterdam e non a Latina, un certo numero di imprenditori ha denunciato l'accaduto alla Polizia.

L'Autorità giudiziaria olandese, con cui abbiamo fatto varie riunioni di coordinamento, percepisce queste condotte (che potremmo chiamare di imposizione, poiché non sono condotte puramente estorsive ma impositive del metodo mafioso) come costituenti la fattispecie di truffa. Infatti, non avendo una fattispecie analoga a quella



Parte II – Sezione II – Le audizioni

nostra, secondo loro la qualificazione giuridica era truffa e non minaccia. Per loro erano tutte truffe commerciali, cioè comportamenti fraudolenti nell'esercizio del commercio, e naturalmente la qualificazione di quelle condotte in questi termini determina un totale svilimento della relativa portata criminale e soprattutto la mancanza di poterne apprezzare in termini globali e complessivi le conseguenze ultime. Con la truffa non riesci ad escludere infatti un imprenditore dal mercato, con l'esercizio del metodo mafioso invece lo metti fuori dal mercato.

Per affrontare questo snodo dobbiamo spiegare agli altri che è reato quando uno, pur non commettendo atti di violenza, atti di intimidazione che sfocino in reati specifici (quindi violenze, estorsioni, costrizioni, etc...), riesce a condizionare in modo impositivo il comportamento degli imprenditori sul mercato attraverso la forza di intimidazione del vincolo associativo. È questo l'ostacolo principale.

Seppur nell'ambito di un unico genere, allora, dobbiamo cercare di dare alla fattispecie "mafia" una rilevanza autonoma rispetto a quella che ha la fattispecie "criminalità organizzata".

Se noi infatti ragioniamo su un'organizzazione anche transnazionale di trafficanti di stupefacenti, cosa che nell'esperienza romana, calabrese e siciliana si è fatto, non ci sono grandi ostacoli di cooperazione e collaborazione, se non ostacoli di basso-livello; quindi non ci sono veri ostacoli.

Maugeri: In Olanda sorge invece un problema perché la polizia non ha un potere di sequestro?

Prestipino: Il problema riguarda in tal caso le regole procedurali che non sono collimanti con le nostre, perché ovviamente quando si ragiona in termini di traffici di stupefacenti si è al punto massimo di gravità di ciò di cui si può discutere.

Salvo il caso di terrorismo, per noi il fenomeno massimo è altro, cioè l'asticella è molto più alta da noi che da loro. Quindi è chiaro che da noi si ha un apparato di regole procedurali che ci consente di agire in modo che, come affermano altri, se gli altri Stati avessero questi strumenti non sorgerebbero problemi.

Per esempio, da noi si possono effettuare le perquisizioni e i provvedimenti restrittivi della libertà personale anche di notte, invece in molti altri Stati non è possibile. Noi adesso abbiamo eseguito alcuni provvedimenti restrittivi nelle Antille francesi e in Italia, e abbiamo quindi cercato di far coincidere gli orari, non potendo rispettare i soliti orari in cui usualmente in Italia si procede con un provvedimento restrittivo, poiché lì era ancora notte. La loro legislazione infatti non consente di eseguire provvedimenti restrittivi se non quando si è fatto giorno. Aspettare il sole alle Antille ha comportato non poche difficoltà, poiché in Italia eravamo già molto avanti.

Maugeri: È strano che si proceda così poiché di notte è più facile trovare le persone. Forse sarebbe necessario un coordinamento anche a livello procedurale.

Prestipino: Sono tanti i paesi in cui vi sono queste regole procedurali ma il tema di coordinamento delle procedure è solo successivo.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Nell'ultimo periodo sono stato invitato più volte in università di prestigio, come Berlino, e ho avuto l'occasione di interloquire con importanti cattedratici. In queste occasioni ho intuito, da un punto di vista oggettivo, un ostacolo, riguardante il reato associativo puro, che appariva insormontabile. Loro sono ancora legati all'idea che il reato associativo sia un reato pericoloso perché liberticida, perché è un reato che può essere usato anche politicamente.

Loro infatti non concepiscono il nostro 416-*bis* per il fatto che si possa perseguire penalmente una persona senza che la stessa abbia commesso "reati specifici", che per loro sono i veri reati.

Maugeri: È ancora più complesso quando l'associazione è lecita, ma il metodo di cui si avvalgono non lo è.

Loro infatti hanno anche un'ipotesi di associazione a delinquere.

Prestipino: La loro associazione a delinquere è definita *conspiracy* nel mondo anglosassone, è una struttura di per sé criminale e lo è anche visivamente, in modo riconosciuto.

Qui il problema riguarda invece un aggregato che apparentemente non è criminale, perché non ha come scopo attività oggettivamente criminali o almeno immediatamente riconoscibili come criminali, ma che ha come scopo vincere appalti, conquistare mercati e settori economici.

La difficoltà è quella di dare rilevanza non al fine e neppure al soggetto che opera ma al metodo mafioso, cioè a come il soggetto raggiunge il fine che si persegue. Questo è il grosso scoglio che bisogna superare ma in realtà non possiamo fare passi in avanti se noi rimuoviamo questo problema e lo mascheriamo, rinunciando al termine mafia e utilizzando quello di criminalità organizzata.

Maugeri: Si potrebbe anche rinunciare al termine mafia cercando però di dare dei caratteri a questo metodo utilizzato.

Prestipino: Lo si potrebbe anche fare ma il problema è di carattere concettuale e non terminologico. Io credo, però, che la rappresentazione massima di questa concettualità sia nel 416 bis.

Maugeri: Però è anche vero che nel 416-*bis* si parla di assoggettamento e di omertà, ma questo non accadde ad Amsterdam ove gli imprenditori denunciarono l'accaduto.

Fermo restando che anche per il nostro ordinamento l'applicazione della fattispecie è compatibile con la denuncia, non tutti devono risultare omertosi.

Prestipino: Questo è vero. Ciò che infatti deve maggiormente rilevare è il nucleo duro del metodo mafioso, insomma l'avvalimento di quella forza che deriva dall'associazione a cui il soggetto appartiene e in nome e per conto della quale sta operando.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Bisogna allora dare rilevanza alla forza di intimidazione e fare derivare, dall'utilizzo della forza di intimidazione, un connotato di illiceità anche per il risultato che si consegue, a prescindere dal fatto che quel risultato o quell'obiettivo sia trafficare cocaina, trafficare esseri umani etc... Così si potrebbe superare il nostro problema. Questo è oggi, sul terreno delle mafie, il problema vero della cooperazione a livello europeo. Tutti gli altri problemi possono affrontarsi in un'ottica di derivazione dalla soluzione di questo.

Maugeri: Non si potrebbe allora perlomeno imporre il mutuo riconoscimento laddove si tratti di associazione che rientra nel 416 bis?

Prestipino: Non si può dire ai francesi, tedeschi, olandesi, di inserire nel codice penale il 416-bis, perché loro non hanno bisogno di questa fattispecie incriminatrice nonostante tutto. Una fattispecie incriminatrice di questo genere non corrisponde alla loro storia.

Maugeri: Siamo sicuri che non ne hanno di bisogno?

Prestipino: Io ne sono sicuro; non ne hanno bisogno come fattispecie a carattere ordinario.

È vero che l'ndrangheta, come è emerso in sentenze passate in giudicato, ha strutture organizzate in Svizzera, Germania e altrove, ma è anche vero che solo per questo non si può imporre a questi Stati di avere una fattispecie analoga alla nostra, quando noi abbiamo impiegato 150 anni per costruircela.

Ciò che è importante è che abbiano uno strumento normativo che sappia qualificare, laddove viene esercitata, la forza di intimidazione del vincolo associativo. Questo garantisce anche a noi, quando dobbiamo interloquire in regime di reciprocità di discipline normative, la possibilità di farci riconoscere quello che da noi si chiama 416-bis.

Maugeri: La strategia dovrebbe essere questa, evitare di imporre la normativizzazione (armonizzazione), ma il mutuo riconoscimento sì.

Prestipino: Potrebbero anche prevedere, ad esempio, una circostanza aggravante per ciò che per noi è invece un connotato strutturale della fattispecie. In questo momento a noi infatti basterebbe questa circostanza aggravante per consentirci il mutuo riconoscimento.

Per puntare a qualcosa di più significativo, io infatti partirei da questo perché, se non si rimuove primariamente questo ostacolo, tutto il resto diventa inutile.

Maugeri: Sostanzialmente devono riconoscere la nostra associazione di stampo mafioso.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Prestipino: Probabilmente è una forzatura ma a noi basterebbe la previsione di una circostanza aggravante.

Maugeri: Il MAE funziona? Vi è mai stato opposto che non sia possibile dare attuazione ad una MAE perché in Italia sarebbero sottoposti al 41 bis?

Prestipino: Nella mia esperienza no. Ce li hanno eseguiti senza alcun problema. In Francia abbiamo agito con questo procedimento.

Maugeri: Può dirci qualcosa sui provvedimenti di carattere patrimoniale, sequestro e confisca, in termini di cooperazione e mutuo riconoscimento?

Prestipino: Nell'ambito di questo procedimento nelle Antille Francesi, abbiamo sequestrato, 250, 300 milioni di euro di beni; però questo sequestro era dentro il procedimento penale. Abbiamo proceduto con il 321, quindi con il sequestro puro e semplice, preventivo finalizzato alla confisca ai sensi del 240 c.p. Il reato base era riciclaggio, 648-bis c.p., rilevando come reati presupposto nel caso di specie peculato per un periodo, appropriazione indebita per un altro e frode fiscale; quindi abbiamo disposto il sequestro per l'equivalente delle somme sottratte al fisco e oggetto dell'indebita appropriazione anche nella forma del peculato.

Quando ero a Reggio Calabria con gli Olandesi abbiamo eseguito il sequestro di una somma rinvenuta in occasione dell'arresto di Strangio, latitante preso vicino Amsterdam. Lì è stata sequestrata questa somma cospicua di denaro e in questo caso non c'era alcun procedimento o reato; probabilmente non si è arrivati ad alcuna confisca definitiva però.

Maugeri: Ma poi si è arrivati alla confisca definitiva?

Prestipino: Non so se siamo arrivati alla confisca definitiva, però so che il sequestro ha retto.

Maugeri: È partita come misura di prevenzione o sempre all'interno del processo?

Prestipino: No, perché non c'era alcun processo. Vi era un latitante sottrattosi ad un ordine di carcerazione definitivo e a provvedimenti cautelari, che al momento dell'arresto è stato ritrovato con questa somma di denaro.

Maugeri: Nella prospettiva futura il problema che ci poniamo è quello delle misure di prevenzione.

A mio avviso potremmo utilizzare la legge del 2015 che ha dato attuazione alla decisione quadro 783/2006 sul mutuo riconoscimento, anche se il paese richiesto può opporre il rifiuto.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Prestipino: Oggi siamo nelle sabbie mobili con questo argomento perché dobbiamo vedere cosa succede con la sentenza De Tommaso.

Questa mette in discussione non solo il contenuto prescrittivo, facilmente modificabile, ma anche la definizione della categoria della pericolosità sociale generica, che ovviamente non è un problema per la misura di prevenzione personale, piuttosto il problema riguarda le misure di prevenzione patrimoniali.

La procura di Roma ha fatto un grosso sforzo nelle misure di prevenzione patrimoniali che hanno come presupposto non il mafioso ma il corruttore. La procura di Roma ha fatto corruzione e bancarotta, la procura di Milano l'evasione. Dove infatti vi era il presupposto duplice, quello dell'art. 1 delle lettere a) e b), cioè dei "dediti" e degli "abituati" contemporaneamente, ovvero dedito e abituale, perché c'era una contestazione del reato associativo ordinario insieme a tutta una serie di reati specifici, soprattutto corruzione, e il reato associativo si protraeva nel tempo, quindi faceva diventare il fatto corruttivo, una corruzione sistemica che fa diventare il fatto una corruzione organizzata.

Di fronte a questo fenomeno noi abbiamo detto che qui i soggetti imprenditori, funzionari etc..., sono non solo dediti in relazione alla sistematicità, all'organizzazione che hanno creato e all'estensione temporale, ma sono anche abituali, quanto meno in parte, e quindi noi abbiamo avuto sequestri e confische già dal Tribunale delle misure di prevenzione di Roma di patrimoni molto ingenti.

Non si tratta di un giudizio di tipo sociologico sui dediti e abituali, è un giudizio fattuale che si fonda su un quadro, quanto meno, di gravi indizi di colpevolezza.

Maugeri: Sui gravi indizi di colpevolezza vogliamo dare una lettura garantistica, allora, perché per contro molte sentenze dicono che ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione non sono necessari?

Prestipino: Noi abbiamo agito con questo quadro probatorio contro soggetti nei cui confronti vi era un quadro valutato dal giudice e dal tribunale del riesame in termini di gravi indizi di colpevolezza a fini cautelari. Si tratta di un parallelo ad un processo penale in corso.

Maugeri: Si tratta di un'ipotesi che dovremmo far capire nel panorama europeo.

Prestipino: Dico infatti questo perché leggendo quest'ultima sentenza, la sentenza De Tommaso (bisogna sempre vedere se si consolida), mi sono fatto l'idea che loro prendono in considerazione una definizione della categoria di pericolosità sociale generica che è molto risalente nel tempo rispetto a quello che oggi facciamo noi (o almeno che fanno determinati uffici giudiziari) con le misure patrimoniali nei confronti di corrotti, evasori.

Noi oggi infatti lavoriamo non sulla base di indistinti elementi fattuali, generici indizi; oggi si lavora sulla base di un quadro in cui almeno si è superata la soglia dei gravi indizi di colpevolezza, scongiurando così il pericolo che mette in luce la CEDU.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Rimane il peccato originale; per l'applicazione della misura, la quantità di indizi sufficienti rimane affidata alla discrezionalità del giudice, manca la prevedibilità.

In prospettiva futura, questa potrebbe anche essere l'ipotesi in cui si può operare con il 12-*sexies*?

Prestipino: No perché, comunque sia, il sequestro di prevenzione ha caratteristiche più ampie e di tenuta maggiore.

Maugeri: In realtà io Le chiedo se un procedimento di prevenzione possa essere utilizzato tecnicamente, anche per le competenze che hanno i magistrati della prevenzione, come una sorta di parallelo ad un processo penale.

Prestipino: Io nella mia esperienza lo utilizzo così da diversi anni, dunque il procedimento di prevenzione patrimoniale come parallelo ad un processo penale. Già da diversi anni lo abbiamo sperimentato (dico lo abbiamo perché a Palermo il Dott. Pignatone era l'aggiunto e io facevo il sostituto, a Reggio Calabria lui era Procuratore e io facevo l'aggiunto; quindi in queste vesti abbiamo sperimentato tale metodo a Palermo, poi a Reggio Calabria e adesso a Roma).

Abbiamo lavorato parallelamente nella fase delle indagini in modo da raccogliere gli elementi di prova sia sulla responsabilità sia sul patrimonio ai fini della misura patrimoniale, in modo da potere poi eseguire, contestualmente (ove possibile) o quasi contestualmente, i provvedimenti restrittivi della libertà personale e il sequestro patrimoniale ai fini della prevenzione.

Poi ovviamente il processo con detenuti ha il cappio dei termini di fase e quindi la sentenza spesso arriva prima della confisca.

Maugeri: In quanti casi è arrivata la confisca e non è arrivata la sentenza, cioè vi è stata sentenza di assoluzione?

Prestipino: Questo in termini percentuali non lo so, però non è la maggioranza dei casi, anzi la percentuale è minima e non significativa.

Bisogna considerare due cose.

Nel procedimento penale si colpisce una serie di indagati che rispondono gradualmente nell'ambito del fenomeno criminale (dal promotore al favoreggiatore); quando si parla di misure di prevenzione in parallelo i proposti sono sempre un numero inferiore di soggetti rispetto a quelli che sono diventati imputati. Questo perché non è né utile né economico proporre l'azione di prevenzione patrimoniale nei confronti di tutti; non la si propone ad esempio per prendere l'auto del favoreggiatore.

In Mafia Capitale nella prima *tranche* vi sono stati più di trenta provvedimenti restrittivi della libertà personale e contestualmente abbiamo eseguito le misure di prevenzione patrimoniale nei confronti di otto di coloro che figuravano all'epoca come persone sottoposte alle indagini nel procedimento penale.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: L'idea di un procedimento specializzato contro il patrimonio che cammina in parallelo sarebbe più facile da far passare nel panorama europeo, perché questo è ovviamente diverso rispetto alla confisca senza condanna.

Prestipino: Noi potremmo fare due cose. Occorre partire dal presupposto che soprattutto nel contrasto di determinati fenomeni criminali, intendendo per tali non soltanto quello mafioso ma anche per esempio quello della grande corruzione, le misure di prevenzione patrimoniali sono uno strumento importante e fondamentale tanto quanto lo è l'intervento tramite il procedimento penale; preferisco agire nel giudizio di prevenzione piuttosto che con il 12-*sexies* perché c'è per esempio un problema di gestione dei beni. Se io infatti ricorro al 12-*sexies*, gravo il GIP di un compito onerosissimo.

Maugeri: Le proposte sono infatti di ricondurre, anche da un punto di vista di gestione e amministrazione la procedura ex 12-*sexies* nell'ambito delle misure di prevenzione.

Prestipino: Certo, perché il Tribunale di prevenzione è un tribunale specializzato, ha una logica di specializzazione nella gestione, etc... Proprio per questo io preferisco lo strumento della prevenzione. Ciò comunque non toglie che spesso procediamo con entrambi, nel senso che si doppiano i sequestri. Partendo da questo presupposto, ovvero dal fatto che si tratta di procedimenti importanti, strategici, fondamentali, io non voglio rinunciare a uno strumento di questo genere; pertanto, se ci sono punti di criticità, io penso che questi si possano superare.

Potremmo allora allinearci agli *standard* europei sotto due profili: il primo è quello di proceduralizzare al massimo lo strumento della prevenzione, cioè prevedere una giurisdizionalizzazione piena (mi riferisco ad una proceduralizzazione soprattutto da un punto di vista delle garanzie difensive); il secondo, se necessario, è quello di elevare il livello probatorio. Questa sarebbe una conseguenza indispensabile della giurisdizionalizzazione; non si può, infatti, giurisdizionalizzare un procedimento e poi mantenere un livello probatorio basso.

Maugeri: Tanto più quando non c'è neanche la condanna, ma si è riusciti con un elevato livello probatorio a dimostrare l'origine illecita.

Prestipino: Io sono infatti disponibile: da un lato, ad elevare la soglia probatoria, e si può stabilire l'equiparazione con le soglie cautelari, cioè con i gravi indizi di colpevolezza; dall'altro, a porre in essere la giurisdizionalizzazione piena, tanto da farlo diventare il procedimento parallelo. Però, se c'è questo, dobbiamo ammettere la confisca anche se non c'è la condanna.

Maugeri: A questo punto con la proceduralizzazione, giurisdizionalizzazione ed elevazione del livello probatorio, se si riuscisse, con i tempi della politica, ad approvare questa proposta di regolamento sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, anche senza condanna in un procedimento penale, noi



Parte II – Sezione II – Le audizioni

potremmo cercare di vendere in Europa il nostro procedimento di prevenzione come procedimento penale

Prestipino: Certo, dovremmo "venderlo" come un altro tipo di procedimento.

Noi possiamo avere un procedimento come il luogo di esercizio dell'azione penale e un procedimento di prevenzione, egualmente garantito e giurisdizionalizzato, come luogo di esercizio dell'azione di prevenzione.

Maugeri: La sentenza "De Tommaso" potrebbe avere riflessi anche sulle misure di prevenzione nei confronti di soggetti a pericolosità qualificata? Nel senso che dato che la Corte mette in discussione la prevedibilità dell'intervento, partendo dal presupposto che anche per questa categoria di pericolosità e, in particolare, per gli indiziati di appartenenza all'associazione mafiosa si riscontrano interpretazioni diverse in giurisprudenza.....

La pericolosità generica si presta di più ovviamente perché non sono definiti né i comportamenti di partenza, né i reati rispetto ai quali valutare la pericolosità, anche se poi nella prassi si fa riferimento a delitti, precedenti.

Prestipino: La lettera c) prevede una categoria di delitti specifici, la lettera a) parla di traffici delittuosi, quindi sono certamente delitti e non contravvenzioni; sugli abituali, anche qui si tratta di delitto, però se noi eleviamo la soglia probatoria questo tipo di perplessità può essere superato.

Nel corso degli ultimi sette, otto anni, almeno due volte l'anno mi capita di essere all'estero per ragioni di lezioni o nell'ambito di rogatorie, di procedimenti e in queste occasioni ho notato in generale un cambio di passo, di atteggiamento.

Prima c'era una perplessità di fondo nel comprendere come si possa confiscare il bene ad un soggetto senza condannarlo; adesso ho notato una sorta di tendenza emulativa rispetto alla nostra disciplina nell'affermare che, se non si procede alla confisca dei beni di questi soggetti, non si può risolvere il problema.

A me pare sia cambiato l'approccio, perché prima il problema non era come prendere i beni al soggetto, ma si trattava di un problema formale, di un ostacolo insormontabile.

Maugeri: Questo è dimostrato anche nel nuovo progetto tedesco che allarga le ipotesi in cui è possibile procedere alla confisca senza condanna. Prima si trattava di ipotesi in cui per motivi di fatto non si era arrivati alla condanna, adesso si fa riferimento anche alle ipotesi in cui per motivi di diritto non si può arrivare alla condanna, sempre dopo che si è iniziato un procedimento penale.

Io vedo un po' come una Spada di Damocle, questa possibilità che, anche se un soggetto è stato sottoposto alle misure di prevenzione, o condannato 15 anni prima, in un qualunque momento successivo, anche se è stato pericoloso nel passato, possa iniziarsi un procedimento di prevenzione, quasi un *actio in rem*.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Allora io mi chiedo questo: per tutelare la libertà personale abbiamo la prescrizione, con questo meccanismo è come se non ci fosse mai prescrizione per le sanzioni patrimoniali.

Diventa una sorta di spada di Damocle *sine die* e senza nessun limite? Gli inglesi in una sentenza dicono che così si compromette anche la finalità rieducativa della pena.

Prestipino: A me convince di più l'idea che io possa prendere il bene sempre perché si tratta di pericolosità del patrimonio.

Maugeri: E se nei 15 anni ho reinvestito tutto in attività lecita?

Prestipino: Si ma si tratta di un patrimonio di origine illecita.

Prof.ssa Maugeri: Ma non deve mai esserci allora un limite temporale?

Prestipino: Il principio dell'applicazione disgiunta è stata la chiave di volta dell'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali e non poteva essere diversamente.

C'è un problema di sfasatura, in quanto le indagini sulla responsabilità personale sono veloci, le indagini sul patrimonio sono molto più complicate anche perché è più semplice occultare il patrimonio.

A me è capitato di arrivare alla ricostruzione di patrimoni di persone già indagate, poi imputate, poi condannate in un processo e di raccogliere gli elementi sul patrimonio in un'altra attività investigativa, perché non si parte da quel soggetto ma dal proprietario fittizio. In questo caso è vero che c'è un passaggio di anni ma l'accertamento è venuto solo dopo. Quindi qui bisognerebbe affermare la pericolosità del patrimonio.

Io condivido la posizione degli inglesi e, prima degli inglesi, di Salvatore Rossi, economista della banca d'Italia, il quale ha scritto un piccolo saggio "Controtempo" in cui si spiega che il nostro paese su tante cose vive controtempo; nel periodo in cui la tendenza è una, noi siamo controtendenza, quindi viviamo una sfasatura tra tendenza e tempo. Rossi sulla giustizia dice che i tempi che servono per amministrare e assicurare giustizia non sono sempre indifferenti, nel senso che il trascorrere del tempo rappresenta una curva tipo utilità marginale. Ad un certo punto la curva inizia a scendere e, quando tu rendi il servizio giustizia nel momento di discesa, ciò non serve più a nessuno e rappresenta solo un costo per la società che amministra giustizia e per chi la deve subire.

Io sono d'accordo; però questo riguarda la pena, perché è la pena che ha la funzione rieducativa, nonché le misure di prevenzione personali e in generale tutto quel sistema che affligge o limita in qualche modo la libertà personale.

Con i beni funziona diversamente perché non c'è stata la catarsi e quindi i beni non si sono purificati.

Maugeri: Però se nel frattempo ho impiegato i beni in attività lecita? Diversamente diventa una sorta di imprescrittibilità.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Prestipino: Lo so, però noi parliamo di processo al patrimonio.

Maugeri: Concentrandoci sulla cooperazione e sul mutuo riconoscimento, a livello investigativo vi sono delle difficoltà quando si parla di associazione di stampo mafioso, ma nelle investigazioni proprio sul patrimonio, si fanno delle indagini anche all'estero? Oppure si richiede il sequestro di beni che, alla luce delle indagini fatte in Italia sono stati individuati all'estero?

Prestipino: Negli ultimi anni ho coordinato un'attività investigativa che aveva una refluenza anche all'estero. Si trattava di un patrimonio espanso anche in un paese europeo. In quella occasione trovammo volontà di collaborazione manifestata al tavolo, poi però in concreto ci aiutarono poco. Sui patrimoni c'è molta ritrosia, quando si parla di soldi scattano molti meccanismi difensivi.

Sotto questo punto di vista sono convinto che in Italia c'è una cultura imprenditoriale che si fonda su una lezione economica: l'origine dei soldi non ha importanza nel momento in cui quei soldi circolano. Se i soldi circolano fanno bene all'economia e incrementano la domanda; se questa incrementa, poi condizioniamo l'offerta attraverso i meccanismi della pubblicità e quindi c'è un'espansione del mercato.

Ma non è così.

L'esperienza dimostra che nei mercati ove circolano soldi sporchi, circolano anche imprenditori altrettanto sporchi che determinano l'alterazione delle regole. Questa idea è, soprattutto in determinati settori, forte e consolidata. All'estero questa idea è fortissima; sono convinti che *pecunia non olet*.

Prima di parlare di strumenti, allora, dobbiamo ragionare su un problema culturale. Così come dobbiamo spiegare il metodo mafioso, dobbiamo fare capire quali sono le conseguenze ineliminabili, e non potenziali, della presenza di questi soldi. Dobbiamo eliminare l'idea, presente anche negli imprenditori del nord, che io prendo i soldi e la mafia resta fuori. Questa idea, quindi, che la circolazione pulisce l'origine va eliminata.

Maugeri: Questo comporta un'alterazione delle regole del mercato facendolo divenire un mercato chiuso. Comporta anche dei danni per la società e in Italia siamo esperti in questo.

Prestipino: Come anche l'abbassamento della qualità dei servizi.

Maugeri: Eurojust? Stamattina si parlava di questo anche con Salazar, il quale diceva che l'Italia sfrutta pochissimo questo strumento, che andrebbe potenziato.

Prestipino: Io condivo quello che diceva Ignazio Patrone.

Noi come ufficio nutriamo perplessità su una sorta di meccanismo di superfetazione di organismi sovraordinati, di coordinamento a livello di estensione territoriale, come la Procura Europea, che non sia poi accompagnato dalla definizione di poteri e competenze.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Ci sono già le Direzioni Distrettuali Antimafia che a livello distrettuale coordinano le indagini su criminalità mafiosa, criminalità organizzata e non solo. Queste hanno già il problema di interloquire con la propria Procura Ordinaria in sede distrettuale. Sono 26 le Direzioni Distrettuali Antimafia. Poi abbiamo la Procura Nazionale che ha poteri di coordinamento e di impulso sulle attività delle Direzioni Distrettuali Antimafia e però non ha poteri reali; poi vi sono Magistrati di collegamento, Eurojust, etc...

Tutto questo a fronte di fenomeni criminali che, anche dove non sono criminalità organizzata o fenomeno mafioso, tendono alla globalizzazione, ovvero tendono ad un'estensione su territori senza più considerare confini regionali, provinciali, nazionali.

Per esempio le truffe su internet ormai non hanno un luogo di consumazione come accadeva una volta; ora ci sono molti reati che non hanno più territorio materializzato, hanno un territorio virtuale. Questo ovviamente produce una conflittualità dal punto di vista della competenza.

Allora io condivido quello che diceva il collega Patrone: noi dovremmo avere il coraggio di dire che servono momenti di centralizzazione, che siano però finalizzati non a fare riunioni bensì alla centralizzazione del potere, altrimenti non hanno senso. Si dovrebbe avere un coordinamento reale, per promuovere il quale, però, è necessario un potere decisionale, che a sua volta significa possibilità di impartire direttive il cui inadempimento è sanzionato.

Un quadro organizzativo di questo tipo presuppone, però, che ci sia un'omogeneità dal punto di vista delle norme sostanziali e procedurali di riferimento. Se non si ha questa omogeneità alla base, si ha una sfasatura terrificante tra i due profili. Bisogna quindi prima fare uno sforzo per rendere omogeneo sia il diritto sostanziale che le regole procedurali; poi ci diamo la struttura per il governo di quello che è omogeneo.

Maugeri: Potremmo dare anche più poteri al nostro rappresentante presso Eurojust? Noi siamo lo Stato che dà meno poteri.

Prestipino: Ha un senso se noi rendiamo omogeneo quello che dobbiamo applicare con gli strumenti del coordinamento.

Maugeri: Nella prassi che problemi avete riscontrato?

Prestipino: Se più poteri significa il fatto che la delegazione della Germania a Eurojust ha un magistrato che è il rappresentante, quattro delegati, ognuno per settore, noi abbiamo un solo rappresentante che non ha alcun potere.

Considerato questo, il problema non può essere formale ma sostanziale. Il problema è perimetrare la materia che Eurojust deve governare e poi, in relazione a quello che deve governare, disegnare la struttura del governo; altrimenti non ha senso.

Maugeri: Procuratore Europeo?



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Prestipino: Siamo sempre lì. La Procura Distrettuale fa indagini; però poi, per fare le indagini, deve comunicare con la Procura Nazionale, con il Procuratore Europeo; questo meccanismo non serve se funziona a vuoto. Invece, se definiamo appunto il perimetro di quello che deve essere governato, ridisegniamo gli strumenti di governo.

Oltretutto noi viviamo un momento particolare, si parla anche di modificare l'organizzazione strutturale.

Il CSM sta pensando ad una circolare sulle Procure della Repubblica (incluse anche le Direzioni Distrettuali Antimafia) che vada in direzione della costruzione di un organismo non di tipo piramidale-verticistico (organismo cui faceva invece riferimento il collega Patrone per la necessità che in certe materie siano assicurati momenti di centralizzazione). Secondo questa circolare ci si proietta verso un'organizzazione di tipo più orizzontale.

Noi facciamo queste scelte; poi lavoriamo con paesi vicini, i quali hanno un'organizzazione differente. La Francia ha sostanzialmente un ufficio antiterrorismo a Parigi che non coordina ma che fa le indagini a livello nazionale; in Spagna c'è una procura anticorruzione che fa indagini sulla corruzione a livello nazionale; le DDA in Francia sono sostanzialmente tre, c'è una DDA che va dal confine italiano al confine spagnolo e prende tutta la zona, non solo costiera ma anche l'entroterra, con un solo ufficio avente sede a Marsiglia. Noi abbiamo la Direzione Distrettuale Antimafia anche a Campobasso, a Trento.

Noi dovremmo scegliere la via da percorrere, perché la proliferazione di organi di coordinamento è uno degli ostacoli maggiori ad un vero coordinamento.

Maugeri: Questo è un problema a livello interno perché a livello europeo il discorso è un po' diverso.

Prestipino: Quelli che parlano davanti ad un tavolo e coordinano devono essere soggetti pari, cioè con uguali poteri e che abbiano un retroterra di tipo organizzativo abbastanza simile ed omogeneo; se il rappresentante italiano avesse gli stessi poteri dello spagnolo e del tedesco, rispetto ai quali c'è però un'organizzazione di altro genere, ci sarebbe una sfasatura rispetto a tutto il nostro sistema in questo momento e con questa situazione data.

Maugeri: Ringraziamo il Dott. Prestipino per il Suo importante contributo su tutti i profili del Tavolo 15.



CALOGERO PACI

13 marzo 2017

Maugeri: Soffermandoci sulla cooperazione giudiziaria in materia di criminalità organizzata, vorrei chiedere al Dott. Paci: quali sono le principali criticità che emergono alla luce dell'esperienza maturata sul campo? E inoltre quali strumenti per la lotta al crimine organizzato potrebbero suggerirsi *de jure condendo*?

Paci: L'occasione è importante per fare il punto sull'esperienza della DDA di Reggio Calabria negli ultimi venti anni; esperienza, questa, ricca sotto il profilo probatorio e della cooperazione, atteso che in tale realtà è stato accertato in numerose sentenze passate in giudicato il radicamento della 'ndrangheta in Italia e la presenza della stessa non solo nei paesi europei ma anche in Australia (l'estrema mobilità delle cosche ha di fatto travalicato i confini territoriali, che sono più allargati rispetto al territorio di Reggio Calabria).

Da un lato, ciò è avvenuto per i massicci fenomeni migratori che si sono registrati nel corso del Novecento; dall'altro, l'estrema mobilità anche delle cosche ha fatto sì che si riempissero di cosche di 'ndrangheta molti paesi come l'Australia, l'America, il Messico e l'Europa, dove vi sono calabresi di seconda generazione inseriti nell'economia legale. Questo è lo scenario che abbiamo davanti di fronte: si tratta di una realtà stratificata, in quanto i fenomeni sono molteplici, e il sistema di controllo è di gran lunga più efficace in Italia rispetto al resto del mondo.

Dinnanzi a tale scenario lo strumento principale di contrasto a questa realtà, così stratificata, era la Convenzione Onu firmata a Palermo nel dicembre del 2000 e ratificata nel 2006 con la Legge 146, che avrebbe dovuto dare omogeneità alle varie leggi nazionali. Ad esempio era prevista la penalizzazione delle condotte criminali riconducendo nell'art. 416-bis c.p.p. così come l'art. 12 sul reinvestimento dei traffici illeciti, che va ben oltre l'incriminabilità del riciclaggio e colpisce le risultanti non più direttamente connesse al reato ma al reinvestimento dei proventi illeciti. Si tratta di una disposizione chiaramente ispirata alle nostre misure di prevenzione, in quanto: la confisca e il sequestro si realizzano in ambito penale quando si riesce a dimostrare la pertinenza con il reato; ma nell'ambito delle misure di prevenzione si può utilizzare la confisca o il sequestro di altre utilità quando connesse a condotte. Quindi anche l'art. 12 lasciava presagire la possibilità di un regime giuridico uniforme sul piano internazionale, al pari dell'art. 19 che prevedeva le indagini da condurre in modo congiunto tramite le squadre investigative comuni.

Queste disposizioni e anche altre ad oggi, a quasi 15 anni dalla firma della Convenzione, sono rimaste sostanzialmente inattuata. La Convenzione di fatto non è stata realizzata: molti Paesi, benché l'abbiano ratificata, non hanno poi adottato al loro



Parte II – Sezione II – Le audizioni

interno le misure di attuazione previste, con una conseguente disarmonia legislativa che complica sia la fase delle indagini che quella processuale.

Quali sono i problemi? Con questo non si intende dire che negli ultimi venti anni nel contrasto alla 'ndrangheta non ci sia stata la cooperazione internazionale. Nondimeno va detto che questa cooperazione si è svolta non sulla base di regole tendenzialmente uniformi, date dal regime giuridico previsto dalla Convenzione ratificata, bensì sulla base di intese bilaterali (non prive di criticità) e soprattutto sulla base di intese personali, che si instaurano di volta in volta tra i vari protagonisti *pro tempore* del sistema (come successo grazie alle capacità personali sviluppate da Giovanni Falcone in modo artigianale). Oggi ci troviamo in presenza di un sistema in cui molte regole sono state dettate ma spesso rimangono prive di una concreta attuazione, se non in virtù di queste intese bilaterali o confidando in rapporti informali che la polizia giudiziaria, come Interpol, Europol o Eurojust, riesce ad instaurare.

In questo quadro, partendo dall'Europa, realtà a noi più vicina, l'art. 416-bis è una norma cardine sulla base della quale i rapporti internazionali dovrebbero instaurarsi tutte le volte che soggetti appartenenti alla 'ndrangheta si spostano. Non essendo prevista questa fattispecie in altri Paesi, però, si complica moltissimo il tipo di relazioni. Quando l'ufficio chiede cooperazione internazionale a Germania, Olanda, Svizzera, Francia, Belgio, Grecia, Romania o Spagna, quest'ultima più vicina allo spirito e alle prassi italiane (Paesi in cui, in ordine decrescente, è previsto il maggior collegamento di indagini), ebbene tutte le volte che ci avventuriamo a chiedere un'attività di indagine a questi Paesi sulla base del 416-bis, abbiamo difficoltà perché questa disposizione non rientra tra quelle previste nel loro ordinamento. Diventa difficile anche chiedere un banale pedinamento, per non parlare di quando si chiede di svolgere attività di intercettazione telefonica o di ricerca di latitanti. In alcuni casi è stato chiesto di seguire i movimenti di latitanti e hanno chiesto di sapere dove si trovasse il latitante. Questo è un indicatore del *modus operandi* di altri Paesi, i quali spesso non si rendono conto che alcuni tra i latitanti più famosi hanno stazionato in Olanda, Spagna e Belgio, in quanto sapevano di godere lì di una posizione di particolare tranquillità; tranquillità derivante non da collusioni ma dall'assenza di un sistema di contrasto che di fatto li metteva al riparo dalla giustizia.

Maugeri: L'obiezione che di solito viene mossa è che in alcuni casi vi sono già delle fattispecie associative, anche se non di criminalità di stampo mafioso.

Paci: Da un lato, c'è una difficoltà di carattere giuridico, che noi aggiriamo utilizzando anche altre ipotesi di reato che coltiviamo in sede di indagine, come il traffico di stupefacenti (che è un *passepourtout* il quale consente di aprire ogni porta), il riciclaggio (come accaduto in un'inchiesta sulle agromafie), frodi al bilancio comunitario in agricoltura. In questo modo riusciamo ad avere una copertura giuridica sulle attività di indagine che via via richiediamo.

Questo, però, non garantisce il risultato. Ad esempio, rispetto alle intercettazioni di carattere ambientale si riscontra nei Paesi europei grande difficoltà, perché la loro legislazione è improntata ad una concezione particolarmente rigorosa della tutela della



Parte II – Sezione II – Le audizioni

privacy, che ha implicazioni notevoli. Si pensi che, con riguardo alle intercettazioni ambientali più tradizionali (in macchina o a casa), in l'Olanda come anche in Germania, un po' meno in Spagna, sussiste la difficoltà dovuta al fatto che l'intercettazione non può essere utilizzata o attuata o proseguita se è già attivata nel momento in cui i colloquianti non parlano più di questioni che riguardano il reato o le indagini bensì di questioni personali. Diversamente da quanto avviene in Italia, è prevista l'inutilizzabilità di quella parte delle intercettazioni non rilevante; in questo caso bisogna sospendere le attività di intercettazione e riprenderle in un momento in cui, con una presunzione legislativa o giurisprudenziale, si può ragionevolmente ritenere che l'interlocutore non faccia riferimento a quegli argomenti. Ciò significa che l'operatore deve spegnere l'ascolto in modo che non avvenga la registrazione di quella parte del colloquio in cui gli interlocutori stanno parlando di questioni relative alla loro sfera privata, che non riguarda il reato; ciò produce implicazioni enormi perché, quando arrivano, queste intercettazioni sono completamente incomprensibili.

Vi sono altre situazioni che rasentano la trama di un film comico per quanto sono paradossali. Ad esempio, se in una macchina si procede ad un'intercettazione autorizzata ma sale a bordo una persona che non è stata preventivamente identificata, quella intercettazione non si può captare, perché non si sa chi è l'altra persona (atteso che per questa legislazione è necessario identificare preventivamente gli interlocutori). Se poi siamo in presenza di un soggetto scaltro che cambia periodicamente le targhe dell'autovettura, succede che, se l'intercettazione era stata disposta su una certa vettura con una certa targa e questa è stata cambiata (ciò avviene soprattutto in Germania), bisogna richiedere un nuovo decreto, con la conseguenza che la precedente intercettazione non potrà più essere utilizzata.

Per non parlare poi delle intercettazioni con i *BlackBerry*, apparati telefonici che, per le loro caratteristiche di *software* e di *hardware*, risultano particolarmente impermeabili all'indagine e vengono utilizzati dai narcotrafficienti. Sono intercettabili in Paesi come il Venezuela, la Columbia, il Perù, l'Argentina, il Brasile e talvolta anche il Messico, mentre non lo sono in Europa, perché non c'è la professionalità adeguata anche da parte della polizia giudiziaria per operare su questo tipo di dispositivi. Inoltre si pensi ai *trojan*, strumento *sub iudice*; solo di recente la Cassazione ne ha ammesso l'utilizzabilità con una serie di limiti, in quanto si tratta di uno strumento estremamente invasivo ma che al contempo può essere di grande aiuto per le indagini sul narcotraffico. In America Latina, invece, e in Nord America le intercettazioni sul *BlackBerry* sono molto frequenti. Quindi si pone un problema di adeguatezza della polizia giudiziaria.

In molti paesi dell'Europa e dell'America Latina la polizia giudiziaria ha anche limiti di orario interni, per cui è anche capitato che nel pieno dell'attività di indagine o al suo inizio loro cortesemente sospendessero il servizio, dicendo che ci saremmo rivisti dall'indomani a causa della fine del servizio; anche se in quel momento c'era una esigenza concreta di concludere l'operazione.

Ad esempio, in Olanda la polizia giudiziaria non può fare sequestri di propria iniziativa. Qualche anno fa la polizia giudiziaria olandese, su richiesta della polizia italiana, aveva chiesto di pedinare un uomo dei Mirta, che si è rivelato coinvolto nella strage di Duisburg. Questo era stato rintracciato in un appartamento. Così, gli operatori



Parte II – Sezione II – Le audizioni

di polizia bussarono per vedere se riconoscevano la persona ritratta nella foto che era stata trasmessa dalla polizia giudiziaria italiana e ne constatarono la corrispondenza; dando un'occhiata all'appartamento scoprirono, occultato sotto il letto, un involucri di grosse dimensioni in cui erano contenuti 40 chili di cocaina e un borsone con oltre € 50.000 in contanti; pur essendosi resi conto che si trattava di qualcosa di illecito, non hanno potuto fare il sequestro, perché non hanno potere di iniziativa. Il sequestro può avvenire solo se il p.m. sopraggiunge sul luogo o se si ottengono provvedimenti da parte del giudice. Queste modalità operative non potrebbero avere luogo nel nostro Paese, in quanto la polizia ha poteri di intervento nell'immediatezza, sebbene nel rispetto di garanzie e con il controllo preventivo e successivo del p.m.

Ecco, questo è il quadro che noi abbiamo davanti. Oggi le condizioni possono migliorare, perché il 10 marzo del 2016 è entrato in vigore il D.Lgs. n. 34/2016 sulla costituzione delle cosiddette JIT "squadre investigative comuni", che erano già previste dall'art. 19 della Convenzione ma che non avevano mai ricevuto una loro disciplina. È una regolamentazione composita, perché di queste squadre possono far parte non solo la polizia giudiziaria ma anche magistrati, e la loro costituzione avviene sulla base di un provvedimento del Procuratore della Repubblica nazionale richiedente con gli altri Paesi dove si svolge l'indagine. Non è richiesta la reciprocità dell'indagine ma che l'indagine abbia una valenza transnazionale.

Anche questa disciplina ha una serie di problematiche non semplicissime da armonizzare. C'è, ad esempio, il problema di chi paga le spese delle squadre investigative (queste sono situazioni concrete da risolvere). Ad esempio un ufficiale di p.g. viene mandato in Spagna, in Germania o in Olanda e si pone il problema di pagare la missione, dato che non si può chiamare in causa il corpo di appartenenza in quanto si tratta di una missione giurisdizionale; e non si può pagare sul capitolo del Ministero della giustizia, perché non si tratta di attività ausiliaria ma autonoma, regolamentata con apposito provvedimento. Ciò costituisce un problema e, se non si trova una soluzione, potrebbe comportare una difficoltà nello svolgimento delle indagini stesse. Si è trovato lo strumento di pagare le spese per il tramite di intese con il Ministero dell'Interno, che ha la possibilità di operare in deroga ai regolamenti; questo è un problema interno, un'aporia che non consente a volte di operare adeguatamente. Tutte le forze di polizia italiana non hanno mai sollevato questo tipo di problemi rispetto ad attività dinamiche, non c'è mai stata un'interruzione del servizio (anche perché poi magari esistono meccanismi compensativi del lavoro). Questo, ad esempio, è un profilo sul quale un'armonizzazione potrebbe intervenire per rendere efficace tale tipologia di strumenti e non compromettere il lavoro di inchiesta.

Oggi possiamo dire che le organizzazioni criminali si modellano in base ai modelli di contrasto con cui operiamo ed è difficile trovare grandi organizzazioni di narcotrafficienti operanti in Italia; tali organizzazioni operano tutte in Europa, dato che sanno che lì possono avere un margine di manovra molto più ampio (e quindi fanno largo uso di apparati telefonici *blackberry*) e le prassi investigative europee non si sono ancora consolidate. Sappiamo, ad esempio, che le colonie di grandi 'ndranghetisti della ionica operano stabilmente tra i porti di Rotterdam, Germania, nonché Inghilterra e Irlanda, dove intrattengono i loro rapporti con i narcotrafficienti che arrivano dal sud



Parte II – Sezione II – Le audizioni

America, i quali si fermano in Europa giusto il tempo di fare le loro trattative e in una condizione ove si muovono con maggiore facilità.

Un ulteriore versante dell'indagine sul narcotraffico si svolge via mare, dove operano le grandi navi *container* che partono dai porti di Panama, dal Brasile, dal Perù, dalla Colombia e che fanno la loro prima base in Europa, normalmente nei porti spagnoli o a Gioia Tauro, primo porto d'approdo dopo lo stretto di Gibilterra. Ebbene questo nel tempo ha determinato una serie di problemi, con conseguenti soluzioni, e le prassi hanno consentito di operare. L'Agenzia delle Dogane ha sviluppato uno straordinario servizio di *intelligence* efficace e operativo, capace di monitorare i *container* con una serie di anomalie già dal momento in cui partono (verificando, ad esempio, il tipo di sigillo fotografato e comparato con una sorta di banca dati, ma soprattutto con l'analisi degli spedizionieri, della ciclicità di spedizione della categoria merceologica del *container* e così via); in questo modo il porto di Gioia Tauro ha incrementato la quantità di controlli, scoraggiando sempre più le organizzazioni criminali dal considerarlo come la base di arrivo.

Le modifiche delle prassi operative hanno portato le organizzazioni 'ndranghetiste ad individuare come base di approdo il porto di Valencia (dove però non opera la 'ndrangheta come opera a Gioia Tauro, né cosche prospicienti a quelle della Calabria) con la cd. esfiltrazione dai *container*, che viene effettuata direttamente in mare. Si tratta di una modalità operativa raffinata. Nell'ultimo anno abbiamo anche sequestrato una nave con 1500 *container*, poiché avevano sbagliato a fare l'esfiltrazione; il peschereccio, che doveva prendere lo stupefacente, si era erroneamente avveduto che vi fosse una barca della polizia e lo scambio non era stato fatto, per cui dello stupefacente era stato ritrovato all'interno della nave. Negli ultimi tempi hanno buttato in mare lo stupefacente confezionato in un modo sofisticato, impermeabilizzato e dotato di localizzatori satellitare GPS, che consentono a chi deve poi arrivare in mare di poterlo ritrovare. Per rendere operativa questa modalità (che sto velocemente riassumendo) è stato necessario creare un collegamento particolarmente stretto con la Spagna, in quanto Paese più direttamente interessato dalla possibile esfiltrazione già a partire dal canale di Gibilterra. Ciò ha creato rapporti in corso molto proficui. Infatti, occorre seguire queste navi *container* sia dall'alto, con mezzi che operano in alto per non essere visti e che seguono tutto il percorso di mare della nave, sia pattugliando quella zona di mare. A tal fine è necessaria un'intesa con la Spagna, proprio perché loro seguono la nave fino a un certo punto e poi da quel punto in poi subentra l'autorità italiana attraverso i mezzi navali della Guardia di Finanza. Questo raccordo ha funzionato ed è tuttora in corso grazie all'attivazione di un canale con i servizi di polizia spagnoli, che hanno manifestato disponibilità in quanto hanno compreso esattamente il tipo di problema.

Tra i paesi che hanno difficoltà ad aderire immediatamente alle nostre richieste in ambito extra-europeo, vi è il Canada (oggetto di ampia attenzione da parte del nostro Paese), che in più occasioni non ha voluto aderire a richieste di attività di indagine e di intercettazione, pur in presenza di un trattato bilaterale il quale prevede espressamente lo svolgimento delle attività di polizia, ovviamente previste dall'ordinamento interno. In più occasioni, quando abbiamo inoltrato le nostre richieste chiedendo che venissero accolte con riferimento alla loro registrazione, hanno risposto che il trattato non era



Parte II – Sezione II – Le audizioni

sufficiente per attivare queste indagini, perché avevano bisogno di una legge di attuazione (come se il trattato non fosse *self-executing*).

Già lo scorso anno a febbraio una serie di attività ci sono state negate, per cui si sono rese necessarie varie riunioni con la DNA e con i funzionari delle direzioni generali del Ministero; e ancora il problema non si è sbloccato. Eppure il Canada è un paese dove la concentrazione criminale delle famiglie di 'ndrangheta è molto diffusa e dove i proventi vengono reimpiegati. Questa riottosità alla collaborazione è ancora più inspiegabile se si considera che con gli Stati Uniti la collaborazione è estremamente proficua e c'è oltretutto un livello di informalità straordinario, per cui la richiesta di attività di indagine è sufficiente che venga inoltrata via *mail*; qui c'è una componente personale importante, perché prima l'ufficiale di collegamento era Bill Nardini, il quale era in grado di immedesimarsi immediatamente nei nostri problemi e comprendere la rilevanza, così come oggi vi è Cristina Posa, la quale capisce se un'indagine si può fare (quindi capisce i limiti giuridici) senza particolari problemi.

Con il Canada, invece, ci sono grossi problemi e spesso verifichiamo che lì le famiglie di 'ndrangheta hanno maggiore facilità ad operare; sappiamo ciò dalle intercettazioni e abbiamo anche dati su quante attività economiche vengono aperte con i proventi dei traffici delle attività illecite relative alla droga o delle attività edilizie sul territorio. Ciò si verifica proprio perché quello è considerato un paese più tranquillo, con un apparato di contrasto meno incisivo. Questa è un'ipotesi di reinvestimento in attività lecite; quindi non si può neanche parlare di confisca, se non c'è un'immediata diretta correlazione con uno specifico reato. In definitiva, il sequestro e la confisca non vengono effettuati. Quello che la loro cultura giurisdizionale non consente è che il reato, elemento base da cui provengono questi flussi, non viene commesso in Canada ma altrove, ad esempio in Venezuela, in Columbia, e quindi loro non sono abituati all'idea del reato transnazionale. Per questa ragione dicevo che la Convenzione Onu è stata finora un'occasione mancata; è un problema di cultura giuridica.

Se poi andiamo a vedere tanti altri profili e fattori, ci rendiamo conto che ci sono anche ragioni più direttamente legate al territorio. Dalle indagini sappiamo che la presenza della 'ndrangheta nella vita economica e politica si è così fortemente radicata che loro si ritengono al riparo da ogni forma di controllo giurisdizionale o investigativo. Le indagini, anche recentemente, hanno fatto emergere questo connubio fortissimo con il Canada, come dimostrato dall'uccisione di sindaci, avvocati, imprenditori, colletti bianchi di provenienza calabrese da precedenti generazioni.

Nonostante ciò, sotto altri profili il Canada non è un paese in cui il livello del garantismo, come filosofia dell'impatto penale, è stato particolarmente alto. Il Senato della Repubblica nel 2006 fece un'indagine sulla comparazione tra i sistemi di intercettazione di tutto il mondo e constatò che in Canada i *rangers*, che si occupano del controllo di migliaia e migliaia di chilometri di parchi naturali, possono fare intercettazioni per reati legati alla salvaguardia dell'ambiente senza l'avallo del giudice. Quindi questo paese non ha una cultura garantista particolarmente radicata come l'abbiamo noi, ma al contempo si trova a gestire un flusso immigratorio, anche criminale, che è diventato nel frattempo anche un fattore economico; quindi un fenomeno così forte



Parte II – Sezione II – Le audizioni

e imponente che ancora oggi non si è in grado di reagire ad esso con la dovuta razionalità.

Maugeri. Il mandato di arresto europeo invece funziona?

Paci. Il mandato di arresto europeo funziona come quadro di riferimento preventivo; non è un atto di indagine ma una cornice giuridica che viene preventivamente predisposta allorché si ha il sospetto che una persona colpita da un provvedimento cautelare si sia spostata in ambito europeo. Certamente semplifica molto, perché è un surrogato della procedura rogatoria; però è necessario sempre attivare quantomeno il collegamento con Eurojust. Ecco perché, quando chiediamo l'intervento, ci sentiamo rispondere che non c'è una norma; e questo è insostenibile.

Maugeri. Il problema è che non tutti i membri di Eurojust hanno gli stessi poteri; ad esempio, il membro italiano non ha poteri di indagine. La Procura Europea ha poteri di indagine seppur limitati al contesto europeo.

Paci. Per quanto riguarda le indagini patrimoniali, noi sappiamo bene che nel nostro Paese possiamo fare due tipi di indagini: quelle legate al reato e quelle invece legate alla pericolosità sociale, soprattutto per quanto riguarda la pericolosità sociale qualificata di soggetti che appartengono all'organizzazione criminale. Le due cose sono parallele ma anche interdipendenti; quindi per noi utilizzare l'una o l'altra leva è diventato estremamente semplice e possibile, dosando i tempi e gli strumenti.

All'estero è praticamente impossibile chiedere attività di indagine per dimostrare e ricostruire il patrimonio di soggetti di pericolosità sociale qualificata, che hanno ormai importato all'estero i loro proventi; occorre sempre la dimostrazione di un reato. Nella Convenzione si parla, all'art. 12, di proventi di reato e non si parla mai di pericolosità sociale, sebbene il GAI del 2006 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca parla non solo di reati che hanno un riflesso di ordine economico, ma anche di proventi illecitamente conseguiti; tuttavia ci rendiamo conto che, se riusciamo ad indicare esattamente qual'è il bene che si trova all'estero ed è intrinsecamente collegato ad una specifica condotta criminale (che deve essere commessa in modo consistente all'estero), allora riusciamo ad ottenere il sequestro (come nel caso dei soldi sequestrati al Mirta, in cui si fece comprendere il collegamento).

Pensate a quanto può essere difficile sequestrare beni o aziende che si trovano all'estero. Quando si riesce a fare, in media i tempi sono estremamente lunghi: per ottenere il sequestro di un immobile e poi la confisca, i tempi variano dai cinque ai dieci anni. Ad esempio si pensi alle procedure di prevenzione attivate con la Francia, l'Austria, l'Olanda e anche con il Lussemburgo. Quella più risalente si riferisce ad un imprenditore, condannato per un'estorsione, che in realtà aveva detenuto il monopolio dei giochi a Reggio Calabria ed era riuscito ad accumulare ingenti fortune in opere d'arte, vere e false, nonché in immobili sparsi sul territorio nazionale; possedeva altresì alcuni immobili in Francia.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Questi immobili, di cui era stato chiesto il sequestro in fase di prevenzione, erano stati acquistati con i proventi dei giochi clandestini, apparentemente regolari. In particolare un palazzo era rimasto bloccato in una condizione di limbo, perché il provvedimento di sequestro non era stato eseguito nell'immediatezza; poi era intervenuta la confisca di primo grado e la Francia aveva posto un vincolo su questo bene in attesa della definizione del procedimento (si parla del 2009); il provvedimento è divenuto definitivo solo lo scorso anno. Abbiamo utilizzato nel frattempo il D.Lgs. che ha dato attuazione al Gai del 2006/783 sul mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca, in cui non si fa più riferimento al procedimento di prevenzione ma alla "decisione di confisca" con una formulazione apparentemente neutra; detta formulazione per noi è importante, perché supera il problema di stabilire la natura della confisca. Quindi, solo recentemente, per il tramite di un formulario uniforme per gli immobili (una sorta di mandato europeo per gli immobili) e grazie anche al nostro magistrato di collegamento a Parigi, sembra che la Francia abbia stabilito la validità del provvedimento.

Abbiamo utilizzato una simile procedura con l'Austria, dove è stata confiscata (in sede di misure di prevenzione e non in sede penale) una villa; grazie al nostro punto di riferimento in Eurojust, il Dott. Spiezia, abbiamo avviato tutte le procedure e siamo in attesa di una risposta dall'autorità. Inoltre in Olanda è divenuta definitiva a carico di un certo Pulito la confisca di una somma correlata ad attività di narcotraffico svolte in collegamento con il Sudamerica e il resto d'Europa; la somma non è entrata nella diretta disponibilità dello Stato ma ne è stata chiesta la restituzione con una rogatoria ulteriore. Questa procedura si trascina da vari anni in attesa dell'impulso dell'autorità olandese.

Maugeri. C'è a livello europeo la proposta di regolamento direttamente esecutivo, che agevolerebbe moltissimo l'applicazione, senza possibilità di disarmonie, di confisca senza condanna pronunciata in un procedimento penale. Si fa riferimento ad un modello previsto in Germania (dir. 2014): in sostanza il giudice si pronuncia sulla confisca con le garanzie di una procedura penalistica; possiamo in Italia pensare di far diventare il procedimento di prevenzione un procedimento da ricondurre alla definizione di procedimento penale?

Paci. Negli ultimi dieci anni c'è stato un progressivo processo di giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione, sicché queste godono di garanzie assimilabili a quelle proprie della sede penale (mi riferisco alle garanzie di contraddittorio, partecipazione, impugnazione per la parte interessata e per il terzo che hanno piena possibilità di far valere le ragioni nel procedimento di prevenzione). Il livello di garanzia è oggi notevole. Ad esempio, quando in Corte d'Appello viene revocato un procedimento di prevenzione, il decreto, anche se chiesto dal p.m., non ha effetto sospensivo, per cui i beni devono essere immediatamente restituiti.

Quindi, trovo che ci sia un'assimilazione sempre più marcata del procedimento di prevenzione con le garanzie dell'ipotesi tedesca o con il regolamento proposto. Il settore normativo delle misure di prevenzione è stato oggetto di elaborazione e ha una significativa ricchezza di giurisprudenza e di prassi; quindi il vero processo al



Parte II – Sezione II – Le audizioni

patrimonio si fa con le misure di prevenzione. Abbiamo chiesto diversi sequestri di aziende in paesi *offshore* ma siamo in attesa delle pronunce.

Maugeri. Cosa possiamo dire invece sull'amministrazione giudiziaria nell'esperienza calabrese?

Paci. Nell'esperienza calabrese il sequestro dell'azienda di cui all'art. 34 è stato poco utilizzato, perché normalmente tutte le imprese attive sono direttamente o indirettamente riconducibili alla criminalità organizzata o a soggetti legati alla criminalità organizzata. L'art. 34 presuppone l'assenza di collegamenti con i soggetti inseriti nell'organizzazione mafiosa e, inoltre, indica come criterio di configurazione una situazione di sudditanza dell'impresa rispetto al ruolo egemonico della criminalità organizzata. Spesso troviamo, invece, aziende collegate ma non vittime.

Maugeri. Potrebbe proporsi a livello europeo una misura simile all'amministrazione giudiziaria per le imprese non compromesse, laddove potrebbe essere sufficiente l'amministrazione giudiziaria o il controllo giudiziario.

Paci. Quando lavoravo a Palermo facevamo molte indagini. Alcune si sono risolte *in bonis*, come nel caso della società che gestiva i lavori portuali: questo procedimento si è concluso con la restituzione dell'azienda, priva di una serie di collegamenti personali indiretti alla organizzazione criminale; grazie all'art. 34, la Prefettura poi rilasciò il certificato antimafia per avere le concessioni da parte dell'autorità portuale. Quindi il procedimento si è concluso con una piena restituzione di una società con quattrocento dipendenti, la cui chiusura avrebbe creato un problema sociale enorme. Intanto in questi casi parliamo di una società che non è di copertura, non è funzionale ad interessi economici illeciti.

Maugeri. Il problema che ci poniamo come gruppo di lavoro è quello di individuare una nozione di associazione criminale mafiosa da proporre a livello europeo, sganciata dal dato territoriale.

Paci. La criminalità organizzata va desacralizzata e decontestualizzata. Per molti anni abbiamo discusso in sede giurisprudenziale della valenza dei riti ma oggi la criminalità organizzata dimostra di basarsi su un archetipo, quello di Cosa Nostra, inteso come insieme regole consolidate. Quando una organizzazione criminale opera attraverso l'intimidazione esplicita o implicita con il fine specifico di trarre profitto non solo da un singolo reato ma da un complessivo programma delittuoso, condizionando l'operato dei poteri pubblici, della politica, delle istituzioni, allora non si tratta più di una mera associazione a delinquere ma si è in presenza di una forma di potere criminale mafioso. Il termine "mafioso" rischia di essere troppo ancorato ad un fenomeno criminale locale.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri. Quali sono le caratteristiche del metodo illecito delittuoso da proporre a livello europeo, ferma restando la necessità di sottolineare l'imprenditorialità dell'associazione?

Paci. Il condizionamento del mercato, l'accaparramento di quote di mercato, il condizionamento della politica ma anche l'intimidazione violenta o non violenta. Questo avviene anche quando con l'intimidazione non violenta non si riesce a perseguire lo scopo e allora si arriva all'intimidazione violenta. Ciò vale anche per la criminalità russa, perché non c'è bisogno della criminalità mafiosa siciliana per arrivare a forme di violenza; ciò avviene anche per altre forme di criminalità come in Germania. In quei Paesi questi fenomeni non vengono letti in questa visione, ma non si può prescindere dal "metodo mafioso"; secondo le diverse declinazioni potremmo chiamarlo criminale, violento, ma l'elemento dell'intimidazione è importante.

Maugeri. In Calabria emerge l'interesse per il pubblico ministero europeo, anche nella versione minimalista?

Paci. Per esempio nel settore agricolo abbiamo collaborato con l'Olaf per perseguire un sistema di truffe consolidate all'UE nel settore della falsificazione della documentazione: si attesta la disponibilità di ettari di territorio coltivati ad agrumeti o a piante di olio, che producono certe quantità di prodotto le quali richiedono di essere sostenute per essere portate all'ammasso; ma in realtà si tratta di documentazione falsa (ad esempio, lo stadio di un paese era indicato come particella di un settore agrumicolo). Ciò porta a molte salatissime per il nostro Stato, anche se poi questo sistema sostiene un *welfare* di famiglie, che si riuniscono attorno alle organizzazioni di produttori agricoli e vinicoli e vivono con questo sistema di sostegno pubblico basato sulle truffe all'UE; si tratta di una perpetrazione esponenziale di truffe e ovviamente c'è anche un certo livello di compiacenza e contiguità da parte degli organismi territoriali di controllo, che non hanno svolto le necessarie verifiche. Questa è una situazione di collusione-corrruzione che ha dato vita ad una serie di inchieste, per cui c'è stato un forte collegamento con l'Olaf per l'accertamento delle frodi al bilancio UE. Ci sono poi altre indagini che hanno riguardato truffe su quantitativi di olio grezzo esportato negli Stati Uniti, dove non esiste una catalogazione merceologica.



FILIPPO SPIEZIA

14 marzo 2017

(trascrizione: dott.ssa Nina Mistretta)

Maugeri: Il primo argomento che appare utile ai fini del tavolo riguarda Eurojust, che dovrebbe rappresentare un organismo fondamentale nella lotta al crimine organizzato e, però, l'Italia non ha dotato di tutti i poteri possibili il membro nazionale nel dare attuazione alla decisione quadro in materia, 2002/187/GAI, con la legge n. 145/2005, come non ha dato attuazione alla decisione quadro del 2009/426/GAI che fornisce ulteriori poteri e prerogative ai membri nazionali. E, quindi, la sensazione è che probabilmente dovremmo innanzitutto, come tavolo XV, proporre un potenziamento dei poteri e del ruolo dei magistrati italiani presso Eurojust, nonché il riconoscimento di una effettiva natura giudiziaria del loro ruolo, piuttosto che amministrativa - come anche affermato dalla Corte Costituzionale -. Questo è identificabile come un primo punto di discussione; sarebbe, inoltre, opportuno evidenziare i problemi concreti che si riscontrano nell'attuazione dei compiti di Eurojust.

Spiezia: A monte il problema di una piena trasposizione della Decisione del 2009, che consolida i poteri e le prerogative di Eurojust nonché dei membri nazionali, potrebbe essere superato dalle future dinamiche normative. Infatti, nel momento in cui il destino ed il futuro di Eurojust saranno sganciati da quelli del Procuratore Europeo (processo già avviato verso una procedura di cooperazione rafforzata), è altamente prevedibile che il destino di Eurojust sarà di nuovo riconnesso a quello di Europol. Quindi, poiché entro l'anno dovrebbe entrare in vigore il nuovo regolamento su Europol, questo potrebbe dare una spinta alla procedura circa un nuovo regolamento di Eurojust, che attualmente sembra essere bloccato in attesa del parere del Parlamento Europeo. Sul contenuto normativo della proposta di regolamento Eurojust non si riscontrano grandi contrasti.

Maugeri: Ieri è stato detto che la proposta di regolamento sembra debole. Cosa ne pensa?

Spiezia: È vero. La proposta di regolamento non modifica gli effetti normativi dell'attuale Decisione 426 del 2009; anzi, secondo un mio personale parere, per certi aspetti li indebolisce. La proposta, infatti, fallisce nell'obiettivo di evitare la frammentazione delle prerogative dei membri nazionali; com'è noto, la clausola di cui all'art. 9 della Decisione 426 consente agli Stati membri di non attribuire le prerogative giudiziarie, che sono previste negli articoli precedenti, laddove tutto questo sia in contrasto con l'ordinamento costituzionale di organizzazione dei poteri dello Stato. Quindi, in questo senso, mentre la proposta originaria della Commissione del luglio 2013



Parte II – Sezione II – Le audizioni

nasce con questo spirito, i negoziati reintroducono questa clausola. Sostanzialmente, quindi, nulla di nuovo dal punto di vista dell'assetto delle prerogative dei membri nazionali.

C'è qualcosa in meno, invece, in merito alle prerogative del *College* di Eurojust che, per esempio, ai sensi dell'attuale normativa può emettere opinioni non vincolanti per invitare le autorità giudiziarie, che hanno partecipato alle riunioni di coordinamento, ad attuare le misure che sono state concordate; allo stato della normativa attuale, quindi, ci sono prerogative che scompaiono nel testo finale dell'attuale proposta di regolamento.

Di contro la proposta di regolamento incrementa le possibili iniziative *ex officio* di Eurojust, cioè la possibilità di agire *motu proprio* per assicurare il coordinamento e ciò rinvia naturalmente alle connesse problematiche dello scambio di informazioni con Europol. Evidentemente, infatti, Eurojust può essere propositiva verso le autorità giudiziarie nazionali, proponendo l'apertura di nuovi filoni investigativi, nella misura in cui ha ricevuto informazioni da parte di Europol, che consentono l'avvio di procedure nazionali, oppure perché queste informazioni sono quelle mutate da fonte nazionale e vengono opportunamente rielaborate e combinate con altre informazioni attinte a livello europeo, così da fare emergere nuovi indizi. Questo è un aspetto molto importante che nella pratica viene già in qualche modo attuato. La rappresentanza italiana, in questo, si configura come assolutamente propositiva e originale nel panorama attuale che si svolge a livello Eurojust: siamo la rappresentanza che ha il maggior numero di iniziative che vengono anche formalmente registrate e con le quali si chiede alle autorità nazionali l'avvio di nuove indagini e nuovi procedimenti investigativi.

Il problema dello scambio informativo, dunque, è strettamente legato alle funzioni di coordinamento; se si riuscirà a migliorare i flussi informativi, l'Italia potrà ancor più assumere questo ruolo propositivo. A tal riguardo segnalo come nel programma organizzativo, che è stato da me adottato all'inizio della mia esperienza come membro nazionale (ruolo assunto nel gennaio 2016), ho previsto anche l'avvio di un dialogo, sotto il profilo dello scambio informativo, con gli organismi centrali di polizia; ciò non per sovrappormi o per esercitare prerogative in maniera indebita, bensì nell'ottica (che scaturisce dalla pratica) di poter presentare agli organismi investigativi centrali informazioni reperibili dal circuito informativo europeo, che non sono ancora disponibili a livello nazionale e che potrebbero essere oggetto di ulteriori sviluppi di arricchimento sul piano nazionale.

Ad esempio, una rogatoria di un'autorità giudiziaria straniera, che viene veicolata attraverso il competente *Desk* di Eurojust, potrebbe contenere informazioni che possono anche non giustificare l'avvio di un procedimento di cooperazione giudiziaria. È accaduto, per esempio, che in una rogatoria rumena erano segnalati una serie di IBAN bancari, che rappresentavano sostanzialmente gli estremi identificativi di conti correnti utilizzati per la trasmissione di somme di denaro da parte di soggetti (verosimilmente di supporto) ad una organizzazione criminale che svolgeva attività di phishing. Le autorità rumene erano, dunque, a conoscenza di questo flusso finanziario nel proprio Paese ed avevano esigenza di costruire la titolarità dei conti bancari riconducibili a quegli IBAN. Quegli IBAN, tuttavia, così come presentati nella rogatoria, non hanno consentito alla Procura Generale della Corte d'Appello di potere individuare una



Parte II – Sezione II – Le audizioni

specifica autorità competente per indagare su quei conti. L'effetto pratico, quindi, è stato che la Corte d'Appello ha dichiarato la non esecutività della rogatoria, anche se quell'atto conteneva già elementi informativi che avrebbero meritato un approfondimento sul piano investigativo.

In altri termini può accadere che il membro nazionale italiano riceva informazioni (o attraverso rogatoria o per il tramite di meri scambi informativi), che non rappresentano ancora una base sufficiente per determinare l'apertura di un'indagine (e, quindi, per poter attivare le prerogative di cui all'art. 6 della Decisione 187), ma che tuttavia potrebbero, se arricchite e rielaborate in sede nazionale, portare a risultati interessanti.

Tutto questo come potrebbe essere realizzato? Io ho proposto queste informazioni ad organismi centrali e ciò sta avvenendo su basi informali con la DCSA, Direzione Centrale per i Servizi Antidroga, nel settore del traffico internazionale di stupefacenti; ma potrebbe avvenire, per esempio, anche con la Banca d'Italia, con la UIF, rispetto a informazioni che potrebbero dare luogo ad un appropriato sviluppo (ad esempio, potrebbe essere utile la circolazione di informazioni di tipo finanziario che si collegano a precedenti segnalazioni di operazioni sospette). Nel caso del rapporto con la DCSA questo tipo di collaborazione su base informale sta avvenendo costantemente. Nel rapporto con la UIF, invece, attualmente manca una base normativa per potere avviare un dialogo informativo fecondo con la rappresentanza italiana di Eurojust; in questo senso, quindi, io devo veicolare l'informazione attraverso la DDA, nella misura in cui ovviamente la Direzione Nazionale ritenga, poi, di sviluppare queste informazioni e dialogare di conseguenza.

Maugeri: È possibile intervenire su questo punto?

Spiezia: Su questo profilo sarebbe possibile passare dal livello meramente protocollare (cioè da una disciplina basata su protocolli informali) ad una regolamentazione di tipo normativo, facendo leva sulle previsioni delle prerogative del membro nazionale rispetto alle informazioni disponibili a livello nazionale.

Già oggi sappiamo che la disciplina circa il membro nazionale (art. 9) prevede l'accesso alle informazioni raccolte nel casellario giudiziario e nelle banche dati, ma in questo senso il riferimento alle banche dati è limitato a quelle che sono nella disponibilità di pubbliche entità (ad esempio pubblici registri automobilistici, registri immobiliari). Questo riferimento potrebbe però essere esteso anche ad altre banche dati disponibili sul piano nazionale; inoltre si potrebbe prevedere la possibilità di scambiare informazioni con gli organismi investigativi centrali, ossia la possibilità (non di chiedere all'organismo centrale di svolgere la preinvestigazione, attività che compete al Procuratore Nazionale, bensì) di comunicare agli organismi investigativi centrali informazioni su attività criminali a carattere transnazionale la cui entità non è ancora ben definita. Ovviamente ciò è finalizzato a ricevere poi anche appropriati *feedback*, perché l'esito di questo percorso informativo dovrebbe essere l'enucleazione di una potenziale notizia di reato da comunicare all'autorità giudiziaria procedente, informando di rimando anche il membro nazionale italiano in ragione delle sue funzioni di coordinamento investigativo.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Al riguardo si registrano vischiosità nella circolazione delle informazioni, poiché questo scambio informativo si sta sviluppando su base volontaristica sostanzialmente informale.

Maugeri: In quest'ambito dovrebbe aversi una base normativa.

Spiezia: Sì, sarebbe necessaria una copertura normativa. Similmente si dovrebbe assicurare la copertura normativa alla possibilità di accesso diretto alle informazioni del casellario giudiziario, ossia un accesso non mediato attraverso una richiesta veicolata all'ufficio giudiziario disponibile o, ad esempio, al funzionario o all'ispettore di turno del Ministero della Giustizia (che in questo caso è un ispettore del DAP e formula la richiesta e la invia al Dipartimento Amministrazione Penitenziaria).

Si dovrebbe prevedere una copertura normativa anche alla possibilità di accesso al sistema ECRIS. ECRIS attualmente non è una banca dati centralizzata e si sviluppa attraverso il collegamento con i casellari giudiziali nazionali. Tuttavia, si sta discutendo ad Eurojust dell'ulteriore sviluppo del sistema ECRIS con riferimento alle sentenze di condanna di cittadini terzi non appartenenti agli Stati membri. In prospettiva si sta pensando ad una base normativa per l'estensione di detto sistema alle condanne che riguardano i cittadini appartenenti ai Paesi terzi. Com'è noto questa è una problematica strettamente collegata al tema del terrorismo e si sta maturando l'idea di realizzare la banca dati ECRIS attraverso un *database* centrale, un sistema centralizzato. L'alternativa sarebbe, invece, quella di richiedere per un cittadino di un Paese terzo l'eventuale registrazione del precedente giudiziario (l'esistenza di un *criminal record*) in tutte le banche dati dei 28 Paesi Membri; ma evidentemente questo sistema sarebbe defaticante e poco produttivo.

Rispetto a questa possibile configurazione avanzata di ECRIS, la Commissione ha anche richiesto il punto di vista di Eurojust, per verificare se in qualche modo un accesso diretto da parte dei membri nazionali possa essere funzionale alla prospettiva di lavoro di Eurojust. La nostra risposta è positiva. Io credo che la suddetta nuova configurazione di ECRIS con tutta evidenza potrebbe essere di utilità per Eurojust e ciò con specifico riferimento alla materia del terrorismo. In questo settore io stesso mi sono reso promotore di un'iniziativa (che è stata recepita da Eurojust ed è in via di elaborazione) consistente nel definire una sorta di protocollo operativo di azioni da attuare in uno Stato Membro nell'immediatezza di un attacco terroristico.

Io ho segnalato che noi attualmente abbiamo già il sistema dei 28 corrispondenti nazionali in materia di terrorismo (in Italia la Direzione Nazionale) che sono posti in *standby*, cioè sono in uno stato di allerta in caso di attacco terroristico e possono ricevere rogatorie urgenti da parte dei Paesi Membri. Nondimeno proprio dall'esperienza pratica emerge l'utilità di una nuova configurazione del sistema ECRIS. Mi riferisco, ad esempio, all'attacco a Berlino alla Vigilia di Natale e al successivo epilogo, con l'uccisione del terrorista nel milanese. In questo caso io sono stato coinvolto fin dalle prime ore del 23 dicembre 2016; poi, in seguito ai successivi rapporti con il *Desk* tedesco e con quello polacco è emerso come sia importante non solo agevolare e facilitare i contatti, ma anche potere disporre delle informazioni da scambiare in alternativa allo strumento rogatorio



Parte II – Sezione II – Le audizioni

(per esempio in quel caso fu utile sapere se il soggetto in questione, coinvolto nell'attacco, avesse già avuto precedenti in Italia o fosse già stato condannato in Italia e per quale reato ed eventualmente anche in concorso con altre persone). In un caso come quello di Berlino è utile avere un sistema informativo che consenta di offrire (in quell'occasione alla controparte tedesca) le informazioni a disposizione, potenzialmente utili per uno sviluppo ulteriore delle indagini. In questa prospettiva, quindi, credo che sia assolutamente interessante l'idea di un ECRIS allargato alle condanne nei confronti dei soggetti terzi non appartenenti all'UE, con la possibilità anche di accesso diretto da parte di Eurojust.

Circoscrivendo, poi, ancora di più la risposta alle prerogative mancanti al membro nazionale, vorrei segnalare che nella pratica accade che spesso noi potremmo essere di maggior ausilio rispetto alle nostre autorità giudiziarie nazionali, se avessimo la potestà o la prerogativa di integrare e/o modificare le rogatorie internazionali formulate, d'intesa ovviamente con l'autorità giudiziarie nazionali. Ad esempio, in un caso molto interessante comunicatoci dalla procura di Bergamo, il collega ha predisposto il testo di una rogatoria diretta a sei Paesi Membri in una vicenda di bancarotta fraudolenta aggravata. Io ho rilevato come la strutturazione della rogatoria come un testo unitario, con l'indicazione di tutte le misure indistintamente formulate per tutte le autorità, non si presta ad una esecuzione agevole e rapida; se io avessi il potere di intervenire già oggi con quella rogatoria, non avrei formulato la richiesta negli stessi termini in cui ha proceduto il mio collega, bensì avrei riconsiderato la formulazione della rogatoria articolandola in sei distinti testi rogatoriali. Questa vicenda molto semplice esemplifica i tanti casi che possono accadere, nei quali si potrebbero integrare i testi rogatoriali senza onerare i nostri colleghi che si stanno occupando delle indagini; cioè a dire in questi casi si potrebbe svolgere un servizio integrativo attraverso la modifica del testo.

Maugeri: Durante le audizioni svoltesi ieri è emersa la necessità di darvi il potere diretto di elaborarla o modificarla o integrarla; proprio per scongiurare il rischio di situazioni in cui, a livello locale, alcuni non sanno bene come agire.

Spiezia: Questa è una delle prerogative che, pur essendo previste dalla Decisione del 2009, non ci sono state conferite. L'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale si riferisce ad un contesto normativo che oggi è profondamente cambiato; quella sentenza non considerava, infatti, né la decisione del 2009 né le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona né le concrete dinamiche attraverso cui si snoda la funzione di coordinamento che indefettibilmente ha carattere giudiziario. Basti pensare a quello che noi stiamo facendo, per esempio, in materia di squadre investigative comuni. La necessità di definire una squadra può emergere, come spesso accade, all'esito di (o durante) riunioni di coordinamento investigativo.

In un caso recente relativo a indagini condotte dalla Procura di Milano in materia di criminalità informatica (tra l'altro, circa nel 70-80% dei nostri casi si registra il coinvolgimento della criminalità informatica), l'idea della squadra, che risultava estranea all'inizio della riunione, è poi emersa come conseguenza dello scambio



Parte II – Sezione II – Le audizioni

informativo realizzatosi nella riunione stessa. Quindi il collega ci dà il mandato sostanzialmente per elaborazione dello schema, del negozio giuridico; i *Desk*, oltre a svolgere la funzione di supporto al coordinamento, sono concretamente attivi nell'elaborazione dell'atto giuridico fondante la squadra, che normalmente viene condiviso con l'autorità giudiziaria nazionale. Il Procuratore della Repubblica, che dovrà poi sottoscrivere l'atto di costituzione della squadra in base alla legislazione vigente, ovviamente trova un grande beneficio nel fatto che questo schema viene definito sulla base di un dato di esperienza messo a disposizione nonché sulla base delle intese raggiunte nel corso della riunione. Per tal via si supera anche un problema pratico, che è quello linguistico: chiaramente, avendo la possibilità di lavorare in una lingua franca, si definisce una comune base, normalmente la lingua inglese, con la restituzione all'autorità nazionale italiana di un testo già pronto anche per le osservazioni e riconsiderazioni dell'autorità che poi diventerà il soggetto attivo della squadra.

Maugeri: Questo è uno strumento fondamentale anche nella lotta al crimine organizzato. Infatti, anche il Libro Bianco del Consiglio d'Europa, da ultimo, metteva in evidenza l'importanza strategica delle squadre investigative comuni, forse ancora non abbastanza ottimizzate nell'ambito della lotta al crimine organizzato.

Spiezia: Sì. E' è uno strumento nuovo rispetto al quale va maturata anche una progressiva consapevolezza delle relative possibilità operative. Si sta dimostrando molto utile nella pratica non solo e non tanto per lo scambio informativo (in quanto consente di realizzare detto scambio in modo semplificato rispetto allo schema rogatorio), ma proprio perché diventa un momento di condivisione di un'esperienza investigativa e di un'esperienza pregiuridica rispetto ai fenomeni criminali che si stanno indagando.

Quando parliamo di criminalità organizzata, specie di tipo mafioso, i nostri *partner* europei hanno spesso difficoltà a comprendere l'esatta portata di questi fenomeni criminali e delle relative forme di manifestazione che si proiettano nel loro territorio, le quali sono evidentemente soltanto un aspetto esteriore dell'operatività dell'associazione criminale di tipo mafioso. La definizione, quindi, di una squadra è proprio l'occasione, anzitutto, per la condivisione di un'informazione pregiuridica epistemologica sul fenomeno criminale in sé e per sé e, poi, per la condivisione di un'esperienza investigativa, di un approccio investigativo.

Per esempio, l'esperienza delle autorità giudiziarie e l'attività di *law enforcement* di polizia in materia di intercettazioni non è comune a gran parte delle altre polizie giudiziarie e delle altre magistrature europee. Cambiano i presupposti, sono diversi gli statuti normativi, ma è anche diverso proprio l'approccio a questo strumento come tecnica di emersione di una conoscenza che ovviamente è fortemente condizionata dal vincolo omertoso dell'organizzazione. Quindi, chiaramente l'investigatore italiano e il p.m. italiano sanno che non possono prescindere dal ricorso a questo strumento che risulta molto intrusivo (specialmente nelle forme delle intercettazioni ambientali e telematiche). Questo dato, invece, non è noto agli investigatori degli altri Paesi, i quali,



Parte II – Sezione II – Le audizioni

per esempio, sono più propensi ad una sorveglianza dinamica (come quella dell'automobile) o ad una sorveglianza fisica del soggetto.

Maugeri: Molti Paesi, poi, hanno delle regole base che pongono alcune limitazioni; per esempio in alcuni ordinamenti appena si intercetta qualcosa di privato, le intercettazioni, per legge, devono essere interrotte.

Spiezia: Le intercettazioni rappresentano uno degli ambiti nei quali si riscontra il maggior numero di divergenze sul piano normativo, a partire dai presupposti dell'autorizzazione e dalla definizione delle autorità giudiziarie che autorizzano l'intercettazione stessa (in alcuni casi il p.m., in altri il giudice). In altri termini, lo statuto normativo è enormemente differenziato.

Maugeri: Ieri parlavamo di una dinamica che forse potrebbe essere proficua. In particolare, quando l'ordine investigativo europeo comincerà davvero a funzionare bene, emergeranno delle difficoltà ancor maggiori e questo forse potrebbe essere un *input* per una futura, almeno in parte, armonizzazione o comunque creazione di qualche regola comune in maniera da evitare questi problemi, - soprattutto quando si tratta di alcune forme di criminalità, come la criminalità organizzata o il terrorismo, dove l'interruzione delle intercettazioni rischia di vanificare l'indagine -.

Spiezia: Quello che accadrà è tutto da verificare. Io temo che in alcuni casi questo non si verificherà e potrà esserci un irrigidimento dell'autorità giudiziaria che riceve la richiesta, la quale non sarà disponibile a raccogliere ordini se riferiti a certe misure con quelle modalità e ricorrerà alle clausole che consentono di proporre una misura diversa e meno intrusiva.

Maugeri: Però questo potrebbe costituire uno stimolo per un futuro lavoro a livello europeo.

Spiezia: Sicuramente è molto stimolante, dato che si passa da un sistema piuttosto rigido di assistenza (basato sul principio della richiesta) ad un sistema molto più flessibile ed elastico, in cui sarà importante il ruolo del giudice in sede di interpretazione e applicazione di queste clausole generali che governeranno la disciplina della misura. Al contempo, però, questo sistema risulta alquanto incerto negli esiti; quindi, in questo senso io ho segnalato, anche nella mia relazione annuale del 2016, come l'applicazione di tale nuova misura determinerà di sicuro la necessità di un ricorso crescente ad Eurojust e alla sua attività di mediazione.

Maugeri: Un ruolo fondamentale, sebbene già esistente, sarà quello di mediazione di Eurojust, un ruolo di maggiore spinta nel prossimo futuro. Ci sono altri profili di Eurojust che potremmo mettere in evidenza, soprattutto in riferimento a riforme *de iure condendo* della nostra legislazione interna? Al riguardo ci sono eventuali proposte da presentare che è bene mettere in luce?



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Spiezia: Un dato, che è stato in parte risolto, concerne a mio avviso lo scambio delle informazioni in materia di terrorismo. Sul punto sono consapevole che l'Ufficio Legislativo ed il Gabinetto del Ministro ritengono che non sia necessaria un'ulteriore attività normativa: la Decisione 671 del 2005 non richiederebbe ulteriori attività traspositiva, nella misura in cui la Procura nazionale antimafia ed antiterrorismo si pone quale interfaccia della rappresentanza italiana di Eurojust. Tuttavia in questa materia c'era un blocco legato agli effetti della circolare della Risoluzione del Consiglio Superiore del marzo 2016, che rendeva fluido lo scambio informativo da parte del Procuratore nazionale soltanto nella misura in cui esso fosse inerente alle funzioni di coordinamento; laddove invece non inerisse all'esercizio di queste funzioni, era (e continua ad essere) imprescindibile l'acquisizione del consenso da parte del Procuratore che è titolare del procedimento nel quale quelle informazioni si inseriscono. Questo comportava che, dopo che venivano trasmessi appropriati spunti informativi alla Direzione nazionale per eventuali arricchimenti della banca dati nazionale, gli esiti di questo arricchimento spesso giungevano sul nostro tavolo quando la situazione di coordinamento era già avviata, quindi con ritardo rispetto alle reali necessità.

Questo problema è particolarmente forte in relazione alle attività di indagine sul terrorismo internazionale, che richiedono una modalità efficace e tempestiva nello scambio informativo. Ho dunque segnalato la problematica al Procuratore nazionale che, facendo proprie una serie di osservazioni, ha sollecitato la rivisitazione di queste risoluzioni; ciò è accaduto, com'è noto, nell'ottobre 2016. Quindi, per questi aspetti di cooperazione giudiziaria la DNA può trasferire informazioni al membro nazionale italiano senza onerare quest'ultimo nella fase di acquisizione del consenso del Procuratore, quando quelle informazioni verranno spese verso terzi. Il punto è che la Decisione n. 671 del 2005 merita ancora un'attenzione particolare in sede di implementazione, atteso che tale Decisione fissa anche i contenuti dello scambio informativo; essa, quindi, disciplina non soltanto i soggetti interlocutori, ma anche cosa va trasmesso. In particolare, nella prospettiva della Decisione, sostanzialmente l'oggetto dello scambio informativo comprende sia i procedimenti penali definiti (ad es. le sentenze di condanna) sia le indagini relative ai procedimenti investigativi in corso.

La Decisione Quadro Eurojust del 2009 all'art. 13 detta il catalogo dei casi in cui il membro nazionale deve ricevere informazioni dalle autorità nazionali. Tuttavia l'Italia non l'ha ancora trasposta e la mancata trasposizione di quella normativa, in particolare dell'art. 13, produce come effetto pratico il fatto che tutte le informazioni, che dovrebbero giungere ad Eurojust in relazione alle indagini per terrorismo internazionale, ancora non pervengono; quindi, dal punto di vista della pratica operativa, siamo ancora in presenza di una trasmissione a macchia di leopardo.

Pertanto sono fondamentali le implementazioni sia della Decisione del 2009, con particolare riferimento all'art. 13 il quale contiene un catalogo molto più ampio, sia della Decisione del 2005, che governa specificamente la materia del terrorismo internazionale. Mi permetto, allora, di richiamare l'attenzione su questo profilo che, a mio avviso, non è ancora sufficientemente regolato e coperto dalla normativa vigente. Esso è ripreso anche dall'ultima Direttiva in materia di terrorismo, la quale, laddove prevede un



Parte II – Sezione II – Le audizioni

obbligo per gli Stati membri di scambiarsi informazioni rilevanti per le autorità nazionali di altri Paesi ai fini della prevenzione e del contrasto del terrorismo, stabilisce che il regime giuridico di questo scambio informativo dovrà essere almeno equivalente a quello previsto dalla Decisione del 2005 con riguardo alle informazioni di Eurojust.

Il tema, quindi, della Decisione del 2005 è centrale nella prospettiva delle istituzioni europee e dello stesso Coordinatore Europeo Antiterrorismo, per assicurare quella circolarità delle informazioni che è alla base di qualsiasi politica di prevenzione e contrasto.

Maugeri: Non potremmo estendere questo discorso anche al crimine organizzato? Quello che è previsto dalla Decisione del 2005 con riferimento al terrorismo, quindi il contenuto delle informazioni ecc..., si può applicare anche nell'ambito della lotta contro il crimine organizzato?

Spiezia: In parte questo aspetto è già coperto, perché (com'è noto) l'art. 7 co. 3 della L. n. 41/2005, che attua la Decisione 2002/187, obbliga il Procuratore della Repubblica a trasmettere informazioni al membro nazionale nei casi di indagini concernenti due o più Stati membri; quindi, nel caso specifico di un'indagine per criminalità organizzata a carattere transnazionale, questo obbligo ha già uno specifico inquadramento normativo. Ciò verrebbe poi confermato dall'art. 13, che si riferisce espressamente ai casi di crimine organizzato. Quindi, una completa trasposizione dell'art. 13 dovrebbe essere sufficiente per regolamentare quest'aspetto.

Piuttosto su tale profilo, passando al versante del diritto penale sostanziale, c'è da chiedersi se l'attuale assetto normativo (anche avendo riguardo alla Convenzione ONU del 2000 e ai contenuti traspositivi assicurati dalla L. n. 146/2006) sia sufficiente a dare la giusta rilevanza alla dimensione transnazionale delle organizzazioni criminali endogene di tipo mafioso. Sul punto vorrei richiamare gli arresti della sentenza Adami delle Sezioni Unite Penali del 2013 con riguardo alla contestazione dell'aggravante di transnazionalità. Rispetto al problema di diritto sulla possibilità di contestare l'aggravante di transnazionalità anche in relazione al reato associativo, vi è una risposta positiva della Suprema Corte di Cassazione, la quale opera però precisi distinguo; in particolare, dalla sfera di operatività della circostanza aggravante viene espunta l'ipotesi in cui il gruppo organizzato sia esso stesso un'associazione per delinquere. Quindi l'applicazione di questo meccanismo, così come delineato nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, presuppone la dualità delle associazioni: l'associazione base e l'associazione transnazionale che dà il contributo alla prima. Invece nella pratica proprio l'associazione criminale endogena di tipo mafioso ha ramificazioni transnazionali, in virtù della presenza di soggetti che ricoprono stabilmente ruoli all'estero o in funzione di riciclaggio o per assicurare i giusti canali e contatti, quindi non solo per esigenze di reinvestimento di profitti ma anche per lo sviluppo del tenore delle attività delittuose.

Rispetto a questo tipo di proiezione transnazionale dell'associazione criminale mafiosa, qual è il regime giuridico attualmente vigente? Se noi andiamo a controllare il sistema delle aggravanti, non credo che ci sia una specifica rilevanza conferita all'associazione mafiosa che sia stata capace di inserire stabilmente alcuni dei propri



Parte II – Sezione II – Le audizioni

componenti all'estero, svolgendo un'attività che è parte integrante delle attività del sodalizio criminale, ossia attività di partecipazione e di contribuzione alle sorti del sodalizio. L'attuale Decisione Quadro del 2008, che ha sostituito l'azione comune, non si riferisce per nulla a questo fenomeno. Quindi, sostanzialmente, tutto dipende dall'entità della ratifica che è stata assicurata dai Paesi Membri rispetto alla Convenzione ONU del 2000. Sul punto si osservano contenuti normativi divergenti sul piano nazionale. In questo senso sembra da condividere l'invito del Parlamento Europeo, nella risoluzione del 25 ottobre 2016 sulla lotta contro la corruzione, circa una nuova iniziativa normativa sul piano europeo, che possa contemplare anche i caratteri di un'associazione di tipo mafioso, cioè strutturata secondo le caratteristiche di mafiosità del nostro art. 416 *bis*; ma in più si dovrebbe conferire rilevanza alla natura transnazionale dell'associazione (mi sembra che nella Risoluzione non ci sia un riferimento in tal senso).

Questo *deficit* normativo è verificabile in concreto. Nella nostra prassi abbiamo un caso molto interessante (che ovviamente non posso indicare nel dettaglio, poiché si tratta di indagini in corso). Una procura distrettuale antimafia sta svolgendo indagini nel territorio con la collaborazione di autorità straniere, tedesche ed olandesi, e rispetto a queste indagini abbiamo avuto molte difficoltà non solo per poter condividere informazioni con i nostri *partner* stranieri, ma anche per fare comprendere come la ricerca, a volte anche asfissiante, da parte delle autorità straniere del reato presupposto (che potesse giustificare le ricchezze accumulate in territorio straniero) potesse rivelarsi in qualche modo fuorviante, o quanto meno non sufficientemente illustrativa delle dinamiche criminali che si stavano realizzando; e ciò perché quelle dinamiche criminali riguardavano non un reinvestimento in maniera isolata, ma una vera e propria infiltrazione, una colonizzazione di alcune aree territoriali specifiche, nel caso di specie Germania ed Olanda.

Da un lato, dunque, c'è un problema in termini di capacità di condividere informazioni, ma dall'altro c'è anche un limite normativo da parte dei nostri *partner*: poiché gli altri Stati hanno una fattispecie articolata in forma diversa, sarebbe necessaria una fattispecie comune che possa sanzionare specificamente le associazioni criminali nate in un contesto territoriale ma operanti stabilmente anche all'estero; una siffatta fattispecie potrebbe in qualche modo agevolare anche il compito degli operatori e coprire, dal punto di vista delle politiche criminali, queste sfere di operatività che sono piuttosto diffuse.

Maugeri: Aleggia, dunque, l'idea di introdurre un'aggravante, dal punto di vista nazionale, nell'art. 416-*bis* cod. pen. che dia rilevanza alle capacità di infiltrazione all'estero delle associazioni criminali endogene, aspetto che attualmente non è coperto dal meccanismo traspositivo della Convenzione ONU alla luce della interpretazione che ne dà anche la Cassazione, Sezioni Unite.

Spiezia: In un'ottica *de iure condendo*, nella prospettiva dell'adozione di una nuova direttiva armonizzante in materia penale ai sensi dell'art. 83 del Trattato di Lisbona (che, com'è noto, fa riferimento alle dieci fattispecie di criminalità transnazionale), si potrebbe prevedere una fattispecie che tipizzi l'associazione



Parte II – Sezione II – Le audizioni

criminale, rinnovando così il contesto legale, e che dia conto anche di questa possibile dimensione transnazionale dell'organizzazione.

Maugeri: A proposito di questo, emerge una difficoltà di elaborare un concetto di associazione criminale ai fini di una direttiva europea che sia capace di ricomprendere il concetto di associazione di stampo mafioso. Chiara è la sua peculiarità di essere un'associazione che persegue dei fini anche leciti, come gestire appalti o realizzare dei profitti, fini in sé leciti, ma con metodo mafioso e chiaramente il concetto di metodo mafioso a livello sovranazionale è difficilmente comprensibile, poiché non c'è la comprensione pregiudiziale della nostra realtà. Ci si chiede, allora, quali sarebbero gli elementi da mettere in evidenza. Emerge già dalla relazione del 2011 della Commissione sullo stato di attuazione della decisione quadro del 2008, l'esigenza di individuare quelle associazioni criminali che hanno degli scopi di tipo imprenditoriale a livello europeo (questo comincia già a maturare); però il problema è come definire questo metodo illecito senza definirlo mafioso. Quali sono le peculiarità da mettere in evidenza? Qualcuno parla di forza di intimidazione, altri hanno parlato di metodo corruttivo. Quali potrebbero essere gli elementi che più facilmente potrebbero essere comprensibili e percepibili anche in una dimensione europea?

Spiezia: Io vorrei fare un'osservazione un po' provocatoria. Secondo me questo è un falso problema. Noi non dobbiamo andare alla ricerca di un comune denominatore che possa essere in qualche modo incastonato nei contesti sociali pregiudiziali degli altri Paesi. E' chiaro che, nel momento in cui dichiariamo che la mafiosità si connota per la capacità di controllare il territorio con tutte le caratteristiche a noi note, diventa poi difficile riferire questo denominatore anche a contesti diversi.

Piuttosto, secondo me, si tratta di potere concepire una fattispecie in cui alcune manifestazioni di questa mafiosità possono estrinsecarsi nel territorio di uno Stato membro, ma al contempo la proiezione, l'attività economica, il risultato di questa mafiosità può essere prodotto in un altro contesto territoriale. Questa soluzione potrebbe essere molto innovativa, poiché in qualche modo, secondo me, occorre provare a costruire una fattispecie che sia adeguata alle attuali dinamiche criminali.

Maugeri: Però parliamo sempre di una realtà che parte da un territorio d'origine, che sarebbe l'Italia. Probabilmente, però, ormai c'è una realtà criminale ben radicata - da decenni almeno - anche in Canada, in Germania, in Olanda e far dipendere la collaborazione dal riconoscimento di questa mafiosità solo all'origine, rispetto magari a diverse generazioni di associazioni che si sono ormai sviluppate nel territorio, rischia di ancorarla sempre a un *quid* che esiste in Italia. E secondo me, però, probabilmente non è così, magari potrebbero esserci dei rapporti, ma quello che si registra ultimamente è che in quei Paesi esistono ormai delle realtà criminali totalmente autonome e svincolate dall'Italia.

Spiezia: Certamente si potrebbe avere una realtà criminale talmente sviluppata in un territorio estero da avere radicato lì la propria mafiosità. Potremmo avere, però,



Parte II – Sezione II – Le audizioni

anche il caso in cui la mafiosità nasce e si sviluppa con le modalità a noi note e poi acquisisce il controllo di una serie di esercizi economici (nel momento in cui riesce a fare usura o ad infiltrarsi in interi settori dell'attività economica). In quest'ultimo caso ci si deve chiedere cosa sta facendo l'associazione. Sta commettendo riciclaggio o è la stessa associazione criminale che sta operando in territorio straniero? Si possono inquadrare correttamente tali casi soltanto se si congiungono questi due elementi che sono entrambi espressione di un unico sodalizio che sta operando in forma transnazionale. Questa idea, secondo me, manca ancora nell'attuale istituto normativo, mentre è riflessa nelle definizioni di cui all'art. 3 della Convenzione ONU (gruppo criminale operante in più Stati Membri).

Maugeri: Potremmo, però, più che pretendere l'armonizzazione, che forse è più difficile, pretendere il mutuo riconoscimento e la cooperazione laddove si parli anche di associazioni di stampo mafioso, e cioè il riconoscimento in qualche documento a livello europeo di questa realtà, indipendentemente dal fatto che poi altri Stati vogliono adottare al loro interno fattispecie più o meno corrispondenti (già dalla relazione del 2016 sull'attuazione della Decisione Quadro del 2008 emerge che la maggior parte degli Stati hanno al loro interno fattispecie di associazione a delinquere e sono invece ormai pochi gli Stati che continuano a fare riferimento al modello della *conspiracy*). Per ottenere una maggiore cooperazione, forse, dovremmo riuscire ad affermare a livello europeo il fatto che ci venga riconosciuto che, laddove un Procuratore italiano chiede cooperazione in tema di associazione di stampo mafioso, non venga ad obiettarsi quali siano i reati presupposto, ma venga dato questo riconoscimento.

Spiezia: Io, però, non rinuncerei in partenza alla prospettiva armonizzante per due ragioni. Anzitutto una fattispecie potrebbe essere articolata prevedendo un'associazione criminale caratterizzata dalle caratteristiche strutturali note, cioè si potrebbe prevedere un'associazione criminale che abbia sviluppato alcune attività illecite, acquisito il controllo del territorio, esercitato estorsione o altre attività e poi abbia sviluppato la propria attività con la propria influenza e violenza in un altro territorio. In altri termini si potrebbe dare conto di possibili derivazioni in più Stati membri come proiezione ed espressione dell'attività criminale.

In secondo luogo, nella prospettiva della cooperazione giudiziaria, voglio segnalare le difficoltà legate al problema della pratica. Purtroppo, allo stato delle attuali analisi l'associazione criminale di tipo mafioso non è entrata ancora tra le priorità dell'Unione Europea e questo è un po' un controsenso. Cioè, da un lato, affermiamo che la 'ndrangheta è la terza organizzazione criminale più potente sul piano mondiale per la propria capacità di controllo del traffico internazionale di stupefacenti (specialmente della cocaina); dall'altro, nell'ultimo documento di analisi di Europol e SOCTA (Serious Organised Crime Agency) non vi è alcun riferimento alla 'ndrangheta, mentre si legge tra le priorità segnalate da Europol (che condizioneranno poi, a loro volta, l'individuazione delle priorità da parte del Consiglio per il prossimo quadriennio 2018-2021) il riferimento alle organizzazioni dedite alla *propriety crime* (ossia dedite alla commissione di rapine, furti). Atteso che la 'ndrangheta pone in essere fatti odiosissimi



Parte II – Sezione II – Le audizioni

e gravissimi, è del tutto comprensibile che un investigatore italiano così come un magistrato italiano non riescano a capire come questo tipo di criminalità non trovi riconoscimento. La ragione va rinvenuta nel fatto che i nostri canali terminali di Europol non ricevono le adeguate informazioni da parte delle autorità di polizia nazionali, le quali quindi non alimentano in maniera adeguata i flussi informativi rispetto all'analisi di Europol.

In sintesi, l'insufficienza dei flussi informativi (mi riconduco al tema, da Lei richiamato, dello scambio informativo da assicurare sul crimine organizzato mafioso) ha come effetto la circostanza che non si attribuisce giusta rilevanza a questi fenomeni nei documenti di analisi che poi a loro volta determinano le priorità di azione; per tal via si determina un riflesso anche sul piano della cooperazione. Per questa ragione penso che rinunciare già a priori ad una prospettiva armonizzante potrebbe non risolvere i problemi alla luce dell'attuale stato delle cose.

Maugeri: Addirittura qualche procuratore è arrivato a dire che in Europa continua ad esserci la cultura del *pecunia non olet* e, quindi, non si vuole riconoscere fino in fondo la necessità di confiscare i proventi di origine illecita, una volta che questi ultimi sono reinvestiti all'estero; anche se dobbiamo dire che a livello europeo continua ad esserci lo sforzo di potenziare gli strumenti in materia, basti pensare a questa nuova proposta di regolamento in materia di confisca. Ho la sensazione, però, che a livello europeo non si stia facendo nulla sulla nozione di crimine organizzato, sulla nuova Direttiva, nonostante rientri a pieno nell'art. 83; si continua, piuttosto, a lavorare, dopo la Direttiva 2014 che tutto sommato ha lasciato molte perplessità, su questa idea di inseguire il denaro e le infiltrazioni da parte della criminalità. Ed è un po' un controsenso.

Un ultimo appunto: forse anche a livello europeo si potrebbe pretendere di più, sfruttare di più l'art. 85; è emersa questa necessità di riflettere di più sulle potenzialità e utilizzarle non solo a livello italiano, ma anche proprio a livello europeo circa la valorizzazione della lotta al crimine organizzato. Una volta che si è scelto di sfruttare al meglio questi rapporti che ci sono tra Europol e Eurojust, potenzialmente si dovrebbe valorizzare di più Eurojust come strumento di lotta al crimine organizzato.

Spiezia: Questo passa anche attraverso dinamiche interne all'organismo che sono poco note, in quanto legate alla vita di Eurojust; non c'è una grandissima prospettiva innovativa sotto questo profilo, cioè Eurojust sta vivendo ancora, secondo me, una stagione conservativa. In questo senso la mia posizione non è isolata, ma su alcuni punti noto resistenze anche da parte di colleghi.

Fornisco soltanto un dato. Com'è noto, l'art. 7 della Decisione di Eurojust stabilisce che il *College* può emettere opinioni (*non binding opinions*) nei riguardi delle autorità giudiziarie internazionali in caso di reiterate difficoltà o rifiuti di fornire la cooperazione giudiziaria richiesta. Ebbene, abbiamo casi che sono stati già portati all'attenzione del *College* e altri che potrebbero esservi portati, ma vi è un'espressa presa di posizione da parte dei miei colleghi che non intendono fare ricorso a questo strumento, perché si ritiene che in qualche modo possa generare frizioni nei rapporti con



Parte II – Sezione II – Le audizioni

i *College members*. Quindi, io penso che la definizione di una nuova e inedita prospettiva di lavoro passi necessariamente per l'individuazione di una maggiore indipendenza dei membri nazionali rispetto ai propri governi nazionali.

Maugeri: Tra l'altro, tutti i nuovi strumenti parlano di indipendenza.

Spiezia: Non mi pare che ci sia proprio un espresso riferimento all'indipendenza. L'indipendenza rispetto alle altre attività, alle altre istituzioni europee sì, è menzionata, ma in questo è un po' prevalente la dimensione intergovernativa. Paradossalmente poi nel sistema italiano, dove c'è una nomina ministeriale con un concetto invertito dell'ordine superiore...; però, questa nomina si innesta su una certa storia istituzionale, per cui il magistrato è sempre portatore di un punto di vista molto indipendente rispetto alle problematiche che vengono affrontate. Questo dato non è comune a tutti i Paesi Membri, in cui a volte esso può destare meraviglia, e si assiste a prese di posizione dei membri nazionali che sono meramente ripetitive delle indicazioni provenienti dai propri Ministri della Giustizia.

Maugeri: È connesso alla cultura d'origine?

Spiezia: Sì, certo. Ciò riflette anche il sistema ordinamentale nazionale e l'identità nazionale dei vari Stati. Questa è anche la ragione per cui, in fondo, uno degli argomenti addotti dalla Commissione per non riconsiderare Eurojust come base per il futuro Europol è l'insufficiente indipendenza dei membri nazionali rispetto ai propri governi.

Si potrebbe riconsiderare l'idea di una implementazione dell'art. 85 (che poteva essere il passaggio intermedio per un EPPO); questa prospettiva mi vede assolutamente favorevole, essa secondo me potrebbe essere risolutiva di molti nodi irrisolti nell'attuale panorama della cooperazione giudiziaria sul piano europeo.

Maugeri: Sembra che ci siano una serie di occasioni mancate...

Spiezia: Ci sono sicuramente occasioni mancate. Secondo me, anche il nostro ruolo potrebbe essere giocato, in sede di implementazione, in maniera ancora più incisiva. Per questo mi sono permesso di chiedere in più occasioni al Ministro il rafforzamento della presenza italiana ad Eurojust. Il problema è legato anche alla mancanza di risorse sufficienti, perché, a mio avviso, c'è un effetto distorsivo nelle dinamiche interne che vale la pena segnalare.

Ci sono, cioè, una serie di dinamiche a carattere strategico che sono preparatorie rispetto a delibere del *College*, ossia dinamiche che segnano lo sviluppo di questa istituzione e che vedono la presenza molto marcata dei *Desk* nazionali; questi ultimi a loro volta sono meno impegnati sul piano operativo, perché paradossalmente hanno più tempo e risorse da dedicare a questi aspetti strategici dell'organismo. Il *Desk* italiano, che potrebbe dare indicazioni molto puntuali su temi di grande rilevanza, ha molta difficoltà invece a potere esprimere questo tipo di contributo. C'è un totale assorbimento rispetto all'attività operativa in senso stretto. Tuttavia, bisogna essere consapevoli che c'è una



Parte II – Sezione II – Le audizioni

prospettiva strategica che viene elaborata, analizzata, definita e che è alla base delle delibere del *College*, le quali poi sono quelle che vengono anche all'attenzione della Commissione Europea (poi, in realtà, i discorsi si collegano). Varrebbe, quindi, la pena di spenderci qualche energia in più.

Maugeri: Soprattutto in Italia, che è il Paese che ha più bisogno ed è anche quello più cosciente del fenomeno e della pericolosità del crimine organizzato.

Inoltre, cosa è possibile evidenziare circa la proposta di regolamento in materia di confisca? C'è questa idea di un mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca anche senza condanna, sebbene pronunciata in un procedimento penale (proposta di regolamento del 31/12/16). Si richiama un po' il modello tedesco.

Ieri ho lanciato una provocazione a dei magistrati che si occupano concretamente delle nostre misure di confisca e di prevenzione, chiedendo se non possiamo lavorare per modificare il nostro sistema al fine di renderlo un procedimento penale, giurisdizionalizzarlo con un più completo sistema di garanzia, alzandone un po' il livello. Ieri De Matteis parlava e insisteva per far entrare nel regolamento il concetto di "materia penale", piuttosto che di "procedimento penale"; veniva richiamata anche la Convenzione sulle vittime del 2015, ma in fondo anche la Convenzione di Strasburgo ammette la cooperazione per provvedimenti pronunciati senza condanna, purché davanti al giudice e facendo riferimento a proventi di crimini.

Spiezia: In tal senso può essere utile un documento, che è stato elaborato da un collega irlandese e nel quale si affronta espressamente la prospettiva della proposta di regolamento. Mi sembrano condivisibili le conclusioni raggiunte dal collega nel senso di una riconsiderazione dei tempi per allargare anche i procedimenti aventi natura non strettamente penale. L'idea, invece, di cogliere l'occasione per una rivisitazione del nostro sistema secondo me non è peregrina, anche alla luce della recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulle misure di prevenzione legate alla pericolosità generica. Abbiamo, secondo me, da riflettere su questo. Ci sono spunti che potrebbero indurci a mettere a punto un modello che, senza rinunciare agli aspetti positivi ed innovativi del nostro sistema, ne assicuri però il totale allineamento anche a questa nuova formulazione, che risente molto del modello tedesco (evidentemente c'è stato un forte condizionamento della parte tedesca rispetto a questa elaborazione).

Però vorrei sottolineare che, nonostante gli evidenziati limiti normativi, stiamo giocando un ruolo positivo in questa materia sulla base degli strumenti vigenti, ad esempio la Direttiva n. 783/2006 o la Convenzione di Strasburgo del 1990. Abbiamo esempi recenti nei rapporti con l'Austria. Altresì è interessante un caso (che è possibile citare in quanto già definito) di ingiunzione di misure di prevenzione adottate dal Tribunale di Torino in Croazia; in questa vicenda il ricorso alla Convenzione del 1990 è stato risolutivo. Direi che in questo caso, come forse la maggior parte delle volte, molto dipende dal contenuto della misura da eseguire all'estero. Laddove la misura è ancorata ad una valutazione anche su base indiziaria (e quindi non c'è solo un ricorso su base di presunzioni), allora questo è un dato che certamente aiuta l'autorità straniera e favorisce



Parte II – Sezione II – Le audizioni

l'esecuzione all'estero; quanto più, invece, la misura è sganciata dal ragionamento probatorio e da quello indiziario, tanto più è complesso ottenere la collaborazione necessaria. Quindi il dato che desidero comunicare è un dato positivo sotto questo profilo; ma è inutile negare che difficoltà ancora permangono.

Maugeri: A me questa definizione di “materia penale” un po' spaventa, perché si rischia di entrare nel concetto di materia penale della Corte Europea, che implica il riconoscimento della presunzione di innocenza, della irretroattività, etc. Cambiare termine non porta il mutamento dei problemi; sicuramente questa locuzione può essere utile per quei procedimenti ibridi che non rappresentano il classico procedimento penale; occorre, però, stare attenti, anche nel caso di confisca in seguito a condanna estesa, il nostro 12-*sexies*, c'è il rischio che si applichi la misura sì nel processo penale, però noi le applichiamo poi di fatto nel procedimento di esecuzione senza certe garanzie, a partire da un pieno contraddittorio, con uno *standard* probatorio più basso, quindi, sotto questo profilo, la nuova proposta di regolamento rischia di travolgere certe misure che fino ad ora si ritiene pacificamente che rientrino nell'ambito di applicazione anche della Decisione Quadro 2006/783. A proposito di quest'ultima, sottolineo che, a mio avviso, dà copertura al mutuo riconoscimento anche di provvedimenti di confisca senza condanna, perché la Decisione Quadro usa la locuzione “*at least*”, ossia impone “almeno” di prevedere il mutuo riconoscimento nelle ipotesi previste prima dalla Decisione 212/2005, poi dalla Direttiva, ma consente anche il mutuo riconoscimento di forme di confisca assunte con quei “poteri ulteriori”, - rispetto ai modelli di confisca previsti -, la cui introduzione è consentita dalla stessa Direttiva (e prima dalla Decisione 212). Salvo però che *ex* articolo 8 – sempre della Decisione Quadro 783 - si consente di opporre il rifiuto al mutuo riconoscimento di forme di confisca assunte con questi “poteri ulteriori”.

Spiezia: Cosa che viene recepita poi nella nostra legislazione nazionale, ‘a condizione di reciprocità’.

Maugeri: Nella pratica si continua a far riferimento alla Convenzione di Strasburgo del 1990 o si comincia a fare riferimento al mutuo riconoscimento in base a questa normativa?

Spiezia: Sì, sia degli ordini di sequestro che di confisca. È proprio di appena una settimana fa il primo caso di confisca finale definitiva per la quale è stato emesso il certificato accompagnato dal relativo provvedimento; si tratta proprio di un caso di misura di prevenzione. Anche se in questa vicenda si era stati agevolati dall'esistenza di un precedente sequestro, ma non solo; esso si aggancia ad un procedimento parallelo nel territorio straniero per riciclaggio, in cui il Procuratore precedente ha deciso di sospendere il procedimento nazionale in attesa degli esiti del procedimento italiano (tra l'altro non penale). Trattasi, quindi, di un importante esempio di alta collaborazione con l'Austria. Adesso siamo in attesa delle valutazioni per il riconoscimento.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: La legislazione austriaca conosce un procedimento davanti un giudice penale in cui si pronuncia una forma di confisca, senza condanna, contro l'organizzazione criminale, una sorta di *actio in rem*, in alcune ipotesi particolari; almeno fino a due anni fa, però, - in base a quanto la collega austriaca mi riferiva -, tale misura, considerata come una sorta di misura di prevenzione, non è stata sostanzialmente applicata nella prassi e quindi la dottrina non si è interessata all'argomento.

Spiezia: Questo sta avvenendo con la Decisione Quadro del 2006, quindi sfruttando quell'ambito applicativo potenzialmente più ampio che in effetti la Decisione configura; staremo a vedere.

Maugeri: Però questo non toglie il fatto che noi dovremmo ragionare di più su questo punto, per poi evitare anche problemi per il futuro. Forse occorre dire qualcosa in più sui rapporti con l'EPPO.

Spiezia: È bene sottolineare al riguardo questo orientamento della Commissione per il quale ho chiesto anche al Ministro di Giustizia di sostenere le ragioni di Eurojust, cioè l'idea (che per adesso è abortita ma che forse sarà ripresa) di costruire l'EPPO a partire da Eurojust, nel senso però di sfruttarne le risorse o prendere parte delle risorse di Eurojust.

Maugeri: Il progetto originario prevedeva questo concetto di connessione tra EPPO e Eurojust, anche se era una connessione più che altro funzionale.

Spiezia: Invece qui il concetto è di recuperare dallo *staff* di Eurojust 46 posti di funzionari che dovrebbero essere dedicati all'attività; è un problema meramente organizzativo, che però avrebbe un impatto considerevole sulle attività di Eurojust, atteso che in questo momento Eurojust è l'unica agenzia dell'UE che non ha conosciuto nell'ultimo biennio un incremento del proprio personale (parlo non del personale magistratuale distaccato degli Stati membri, ma dello *staff* amministrativo di supporto alle funzioni dei membri nazionali). Secondo lo studio della Commissione e tenuto conto del fatto che nel 2016 Eurojust ha trattato 142 casi PIF, questo rappresenterebbe un 6,15% del totale dell'attività lavorativa, del totale dei casi trattati da Eurojust; da ciò si desume, secondo la valutazione fatta dalla Commissione, che ciò dovrebbe comportare l'abbattimento del numero di personale anche nella misura percentuale che viene indicata e che corrisponde a 46 posti.

Un siffatto ragionamento meramente matematico è, dal nostro punto di vista, destituito di ogni fondamento. Questi casi di frodi PIF vengono trattati non dal personale amministrativo, ma per lo più dai *Desk*; quindi non c'è una comparazione automatica tra la percentuale di casi in materia di frodi finanziarie e la percentuale di personale preposto a ciò. Poi spesso si dimentica che c'è tutta l'ulteriore attività di fattispecie connesse che non sarebbero di competenza dell'EPPO. Spesso si dimentica anche la possibilità (che poi è diventata una realtà) di una EPPO che non toccherà tutti gli Stati



Parte II – Sezione II – Le audizioni

membri come cooperazione rafforzata, con la conseguente necessità per Eurojust di continuare a svolgere l'attività di coordinamento per i Paesi non aderenti all'EPPO. Perciò noi abbiamo raccomandato (e io l'ho fatto per quanto mi competeva) che i Ministri in sede di Consiglio non avallassero questo progetto riorganizzativo della Commissione Europea (vi consegno il documento in questione).

Il tema, comunque, si riproporrà. Eurojust, a mio avviso, è un organismo che deve crescere in termini qualitativi, di funzioni, ma anche di personale di supporto. Se lo si paragona ad Europol in questo momento, c'è una dismisura e un disequilibrio tra i due organismi che risente anche di questioni di carattere politico. Basti pensare all'attualissimo tema delle immigrazioni illegali e del contrasto di tale fenomeno, che ha fatto sì che Europol divenisse il catalizzatore di molte risorse; lo stesso dicasi, a maggior ragione, in tema di terrorismo.

Però, dal mio punto di vista, non vi può essere lo sviluppo di una cooperazione di polizia senza un adeguato sviluppo di una cooperazione giudiziaria. È molto rischioso andare ad irrobustire solo questo aspetto della *law enforcement* senza un bilanciamento sotto il profilo della cooperazione giudiziaria. Segnalo, quindi, questa visione un po' unilaterale come una tendenza che andrebbe, non dico contrastata, ma irreggimentata nelle forme più idonee. E su questo punto vanno sensibilizzati i Ministri della Giustizia.

Maugeri: Ma nella prassi poi concreta, avendo una visione più completa, quali sono le difficoltà che si riscontrano nella cooperazione? Non tanto quelle all'interno di Eurojust, ma, alla luce della visione che Eurojust dà sulla cooperazione giudiziaria, quali sono le difficoltà che emergono nella prassi operativa? Perché ad esempio sono state sollevate anche difficoltà banali, come la formazione, anche linguistica, dei magistrati che potrebbe facilitare ancora di più la cooperazione.

Spiezia: La cooperazione giudiziaria riflette il peso e l'importanza che a livello politico i Governi danno a questo ambito operativo, per cui laddove non vi sono sufficienti risorse in termini di personale, magistrati e strutture per il settore della cooperazione giudiziaria è chiaro che questo costituisce una difficoltà operativa. Diceva un mio professore di diritto amministrativo alla Federico II che l'organizzazione è la misura dell'interesse: nella misura in cui ci sono strutture governative che non hanno un'allocatione sufficiente di risorse, la cooperazione non potrà mai essere davvero soddisfacente e adeguata. Ad esempio, Cipro sta diventando un buco nero nella cooperazione con l'UE. Non è un caso che grandi bancarottieri riescano ad occultare su quell'isola grandi fortune, perché manca risposta e non c'è risposta perché il personale è esiguo, le responsabilità non sono ripartite in maniera efficiente tra le autorità giudiziarie del Ministro della Giustizia.

Si può asserire quindi che, ai fini del buon esito delle cooperazioni, la componente della buona volontà è rilevante, nel senso che si possono costruire i migliori strumenti ed i migliori sistemi di cooperazione ma, se non si ha una disponibilità ed una volontà di collaborare, la cooperazione subisce degli arresti. Per esempio, in tema di terrorismo sta accadendo che le impellenze dovute alle situazioni concrete di questi ultimi tempi hanno favorito un maggiore interesse e la spinta politica alla cooperazione



Parte II – Sezione II – Le audizioni

in tal senso. La cooperazione non può, infatti, essere frutto di decisioni e volontà unilaterali, ma deve rispondere ad un preciso dovere giuridico di questa comunità.

Maugeri: Qualcuno lamentava proprio che in questo periodo manca una volontà, una prospettiva strategica.

Spiezia: Il terrorismo è ancora un'occasione e, a mio avviso, ci sono ancora grandi possibilità operative. Il giudizio, tuttavia, deve essere complessivo. Quindi occorre sottolineare che ci sono progressi non solo nei meccanismi che riguardano l'acquisizione della prova transfrontaliera, ma anche sotto il profilo delle garanzie. L'adozione delle direttive sulle garanzie procedurali, secondo me, rappresenta un'occasione importante che ha riflessi positivi sugli stessi meccanismi di funzionamento della collaborazione e contribuisce, al di là della singola e specifica disposizione, a creare questo substrato di norme più omogenee e armonizzate.

Maugeri: E anche più fiducia, fiducia che è alla base della cooperazione. Questo è molto importante, non dobbiamo dimenticare che a livello europeo c'è stato questo un lavoro su due fronti, questa sorta di 'effetto scudo'.

Spiezia: Anche la penetrazione della giurisprudenza della Corte Europea attraverso i meccanismi di rinvio e rimando fissati nel Trattato (artt. 6 e 51-52 della Carta dei diritti fondamentali) consente oggi ai giudici e ai protagonisti della scena processuale un richiamo diretto dei valori e delle interpretazioni della Corte Europea. Quindi, secondo me, sono stati fatti importanti passi in avanti. Dal punto di vista dei meccanismi, vedo un'occasione sciupata nell'EPPO, nella costituzione del Procuratore Europeo, rispetto al quale l'esperienza italiana della DNA avrebbe davvero potuto fungere da possibile modello.

Maugeri: Si sarebbe potuto sfruttare l'art. 86, comma 2, TFUE, anche per estendere le competenze dell'EPPO. Sicuramente, sotto questo profilo, si tratta di un'occasione mancata per lo Stato.



ENRICO CIERI

15 marzo 2017

Maugeri: Il Dott. Cieri ci parlerà delle problematiche connesse alla cooperazione giudiziaria nella lotta al crimine organizzato alla luce dell'esperienza bolognese.

Quali sono i casi di cooperazione giudiziaria e i problemi riscontrati nella prassi?

Cieri: Nella Procura di Bologna mi sono occupato di molti casi di cooperazione giudiziaria internazionale in materia sia di antiterrorismo che di antimafia e criminalità organizzata.

Per esempio, nel settore dell'antiterrorismo, con la Procura generale di Berlino e con il Tribunale di *Grande Instance* di Parigi, abbiamo interrogato un terrorista internazionale (tale Carlos, noto alle cronache).

Come Direzione distrettuale antimafia siamo tutt'ora impegnati in una serie di attività di assistenza giudiziaria internazionale che riguardano soprattutto richieste di informazioni, sequestri penali e, in particolare, un sequestro di prevenzione nell'ambito di un procedimento penale molto voluminoso per numero di imputati e di atti, sul quale è impegnata la Procura di Bologna. Questo sequestro di prevenzione ha riguardato immobili e disponibilità bancarie in Lituania. La Lituania ci ha riconosciuto l'assistenza giudiziaria e ha eseguito il sequestro di questi beni, compresi gli immobili: si tratta di una cooperazione basata sulla Convenzione di Strasburgo. Il sequestro permane da un certo numero di anni (2014) e dalla Lituania viene periodicamente rinnovata la richiesta di proroga di questa sorta di *freezing* dei beni. L'autorità giudiziaria lituana ha riconosciuto l'apposizione di un vincolo su questi beni, senza sollevare alcuna questione sulla natura del procedimento. Questo vincolo si rinnova trimestralmente su richiesta di proroga, in attesa di una decisione di confisca che però è stata ritardata da una perizia disposta dal Tribunale di Reggio Emilia. I beni al momento sono nella libera disponibilità della moglie del proposto, cui sono intestati, e su di essi non gravano diritti di terzi. L'amministratore giudiziario è completamente all'oscuro delle vicende di questi beni in Lituania.

Uno dei problemi della gestione di tali beni è la sostanziale estraneità del pubblico ministero alla gestione stessa. In realtà gli uffici del p.m. sono quelli più attrezzati non solo per cultura professionale ormai stratificata nel tempo (mentre invece la cultura dei tribunali è in via di formazione), ma anche per la capacità del p.m. di interloquire in via informale con queste autorità che si occupano della gestione dei beni (mentre i tribunali interloquiscono in modo più formale). L'ulteriore problema è che soprattutto nelle realtà del Nord Italia le confische di prevenzione sono viste come "procedimenti oscuri", mal tollerati e con una cultura professionale dei giudici ancora in via di formazione. Questo determina problemi procedurali, dato che abbiamo visto



Parte II – Sezione II – Le audizioni

opporci la terzietà del giudice e il rifiuto all'esercizio di poteri d'ufficio del giudice in materia di prova. Ai fini della cooperazione giudiziaria, per fare accettare all'estero il nostro procedimento di prevenzione, dovremmo garantire una piena giurisdizionalizzazione (nella proposta di regolamento si opta per il mutuo riconoscimento solo in relazione ai provvedimenti di confisca pronunciati in un procedimento penale, anche senza condanna), e il problema della terzietà del giudice riguarda la circostanza che l'organo che dispone il sequestro è lo stesso che pronuncia la confisca definitiva.

Il giudice penale è gravato della problematica relativa al riconoscimento dei diritti dei terzi sui beni, che rappresenta una questione "enorme" dal punto di vista dell'acquisizione di una cultura del giudice penale in questa materia. Anche se il procedimento di prevenzione regola tale profilo, rispetto al riconoscimento in generale dei diritti dei terzi sui beni sequestrati è estranea la procedura di cui agli artt. 52 e ss. del codice antimafia, per cui i giudici penali devono munirsi di "un'attrezzatura professionale" per comprendere queste dinamiche e questi problemi.

Il problema principale è che questa attività del giudice penale nel procedimento di prevenzione, "attività ufficiosa", è assolutamente distonica rispetto a quella del processo penale, che vede invece il giudice conquistarsi una posizione (sempre più richiesta) di assoluta terzietà e di estraneità al contenzioso tra p.m. e difensore, nella prospettiva di un processo di parti rispetto al quale l'intervento del giudice è assolutamente surrogatorio e quindi distante rispetto all'onere probatorio che grava sulle parti. Nel procedimento di prevenzione non è così. In un caso di un paio di anni fa il giudice rimproverava al p.m. la mancata allegazione in un procedimento di prevenzione: si è di fronte a una censura che non coglie nel segno, poiché il procedimento di prevenzione assegna anche al tribunale provvedimenti d'ufficio nell'accertamento dei fatti e dei requisiti soggettivo e oggettivo per l'applicazione della confisca di prevenzione.

Maugeri: Sembrerebbe quasi un modello "inquisitorio", anche se tutti i magistrati ascoltati prima di Lei hanno detto che il contraddittorio è garantito pienamente.

Cieri: È sicuramente così, ma il retaggio storico dell'istituto è forte poiché nasce come misura di polizia.

Maugeri: Per quanto riguarda invece le competenze dei giudici, a Catania, uno dei giudici del gruppo delle misure di prevenzione aveva lavorato precedentemente alla sezione fallimentare, era quindi esperto in materia civilistica: in effetti per occuparsi bene delle misure di prevenzione ci vorrebbe sia la competenza del penalista sia la competenza del civilista. Si dovrebbe andare verso la creazione di un *pool* di esperti o di sezioni specializzate per le indagini sul patrimonio?

Cieri: Non solo quello. Bisognerebbe distrettualizzare il procedimento di prevenzione: nei grandi tribunali la creazione di sezioni specializzate è possibile; il



Parte II – Sezione II – Le audizioni

problema sono i piccoli tribunali in cui le sezioni sono “promiscue”, dato che si occupano di materie diverse, per esempio procedimenti per reati monocratici e procedimenti di questo genere, i quali sono estranei alla cultura del giudice penale, quindi un coacervo difficile da comprendere e da fronteggiare.

Maugeri: Le banche che devono concedere credito, chiamate a garantire la prosecuzione dell’azienda, mi chiedevano perché non si garantisce un maggiore ruolo al p.m.

Cieri: Il p.m. riesce a esercitarlo, anche perché c’è una sua presenza facoltativa a norma di legge nella procedura di riconoscimento dei diritti dei terzi. In una vicenda che riguardava una serie di cespiti confiscati al defunto (art. 18 del codice antimafia), uno di questi era un albergo acquistato a Bologna versando una parte in contanti e il residuo in *leasing*, non interamente pagato a causa dell’intervenuto decesso del proposto. L’amministratore giudiziario aveva trovato il modo per vendere l’albergo (difficilmente vendibile poiché situato in una particolare zona di Bologna) a una società che voleva destinarlo a casa di ricovero per anziani, ma la procedura di acquisto era complicata perché la società aveva proposto di pagarlo con versamenti diluiti per un certo numero di anni. Di fronte a una proposta di questo genere l’agenzia si è bloccata, perché faceva fatica a riconoscere questa modalità di pagamento. Infine, il bene è stato retrocesso alla banca, con sacrificio enorme per gli interessi dell’erario. Da questa vicenda si possono desumere, per un verso, la necessità della presenza del p.m. (io stesso mi sono occupato delle trattative con la banca e con la società disponibile all’acquisto) e, per altro verso, la necessità della presenza nell’agenzia di una professionalità di tipo economico-imprenditoriale, concretamente assente.

Maugeri: Altri casi in cui emergono i rapporti con Eurojust?

Cieri: Uno dei problemi principali è quello dei tempi e dei modi dell’assistenza giudiziaria, tempi assolutamente lunghi e incompatibili con lo sviluppo di investigazioni in materia di criminalità organizzata, perché le autorità estere non riconoscono le caratteristiche di celerità e urgenza che molti procedimenti e richieste dovrebbero avere.

In un caso di importazione di una tonnellata e mezzo di cocaina dall’Ecuador era stato convenuto pattiziamente con il procuratore di Lubiana la costituzione di squadre comuni, applicando la L. n. 146/2006 che disciplinava l’accordo diretto in tal senso tra le autorità giudiziarie, in un periodo in cui non erano state ancora disciplinate le squadre comuni. In questo procedimento la procura italiana aveva richiesto a quella spagnola di intercettare alcune conversazioni avvenute tra i membri di questa organizzazione dedita al narcotraffico e, nonostante la presenza del magistrato di collegamento in Spagna, per accelerare le operazioni fu necessario l’invio di un ufficiale di polizia giudiziaria in Spagna presso l’UDICO, che ha personalmente sollecitato e guidato le attività di investigazione. Comunque furono inviati soltanto dei brogliacci, senza *cd-rom*, senza indice, e quindi l’uso processuale di queste intercettazioni fu nullo, poiché vennero



Parte II – Sezione II – Le audizioni

ritenute inutilizzabili dal Tribunale di Bologna; ciò perché, una volta venuto via l'ufficiale di p.g., i rapporti con l'autorità spagnola vennero disgregandosi e, del resto, in materia di assistenza giudiziaria internazionale la mancata presenza *in loco* di un agente italiano (ad es. magistrato di collegamento) fa stemperare i rapporti con le autorità straniere. Eurojust d'altronde non può essere molto d'aiuto, perché ha il problema dell'ingestibilità di una mole eccessiva di lavoro rispetto alle concrete possibilità del suo rappresentante nazionale.

In un altro caso relativo ad un'operazione in Germania e in Belgio (anche questa concernente il traffico di stupefacenti), alla richiesta di intercettazioni avanzata nel giugno 2016, anche se sia la Germania sia il Belgio comunicarono di essere in procinto di accoglierla, non seguì alcun invio e la procura di Bologna non ha ricevuto nemmeno copia degli atti cui aveva partecipato. Alla fine, comunque, fu sequestrata una tonnellata e mezza di *hashish* con l'arresto del custode. A tal fine fu richiesto l'intervento di Eurojust, che è intervenuta senza alcun risultato per carenze nell'interlocuzione e nella disponibilità da parte dell'autorità estera. Da giugno 2016 non si è avuta alcuna risposta da parte delle autorità estere: sono stati fatti solleciti, è stato organizzato un incontro con loro ma comunque a questo punto le intercettazioni, se sono state fatte, non servono più per guidare nuove investigazioni sulle attività di questo gruppo criminale¹. Per Eurojust il problema, oltre che quello logistico della sproporzione delle richieste avanzate rispetto alle sue concrete possibilità, è che non tutte le autorità straniere si mostrano disponibili alla collaborazione.

Maugeri: Si sono registrati casi, a Bologna, di applicazione della fattispecie di associazione di stampo mafioso? È possibile che quello nostro sia un modello da proporre per la redazione di una direttiva europea in materia di crimine organizzato, volta a intensificare la cooperazione giudiziaria?

Cieri: Non sono in grado di portarLe esperienze di riconoscimento all'estero del 416-bis c.p. In ogni caso, il modello definitorio adottato in questa norma non potrebbe essere pienamente accettato dagli Stati Membri nella specifica forma del fenomeno mafioso con finalità imprenditoriali lecite perseguite con metodi illeciti. Resta piuttosto il classico schema concettuale della criminalità organizzata richiamato da ultimo anche dalla recente Direttiva UE sulla confisca. Questa nozione si presta ad essere accolta anche da tradizioni giuridiche diverse dalla nostra e può costituire un riferimento sufficientemente preciso, tanto che è stato accolto anche dalla nostra Corte di Cassazione a Sezioni Unite (mi riferisco alla sentenza sul captatore informatico). Si tratta di una nozione onnicomprensiva, generale rispetto all'art. 416-bis e impostata sul fenomeno associativo di stampo classico *ex art.* 416 c.p. Non a caso l'esperienza delle procure italiane è stata quella di agganciare richieste di cooperazione giudiziaria o al

¹ Di fronte a una trasmissione di questo genere Eurojust apre un *dossier* provvisorio che poi o archivia, se la richiesta trova autonomo espletamento, ovvero trasforma in un *dossier* vero e proprio con codice ID, se si rivela necessario l'intervento di Eurojust sull'autorità estera.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

narcotraffico o a reati-fine di un'associazione, che sono più immediatamente percepibili nel loro disvalore anche da culture diverse dalla nostra.

In relazione alla lotta all'infiltrazione economica della mafia anche attraverso il delitto di riciclaggio, va segnalato che la Svizzera ha mostrato disponibilità (di fronte a richieste di assistenza della procura di Bologna non sempre intelleggibili per il diritto svizzero) ad iniziare un autonomo procedimento penale a Lugano, contraddistinto dai medesimi requisiti di segretezza di quello italiano, per lavorare in parallelo e travasare il risultato di quelle informazioni nel processo italiano (si fa riferimento alle indagini volte a ricercare il "tesoretto" dei Casalesi in Svizzera).

Maugeri: Ha riscontrato criticità nell'applicazione del mandato d'arresto europeo?

Cieri: Sul mandato d'arresto europeo non vi sono criticità; esso funziona anche se comunque si tratta di un'attività gestita dalle corti giudicanti e non dal p.m. Non è stato mai opposto l'art. 41-bis c.p.p., peraltro utilizzato dalla procura di Bologna solo nella seconda metà del 2015 nei confronti della 'ndrangheta; e ciò in quanto – sebbene l'Emilia sia ritenuta "terra di 41-bis" poiché Provenzano era a Parma – la città è sempre stata "terra non di mafia". Nel 2010 a Bologna è arrivato Roberto Alfonso, che dalla Procura nazionale è venuto alla Procura distrettuale, e Ledonne, che dalla Procura nazionale è venuto alla Procura generale, con un approccio completamente diverso dai precedenti procuratori che venivano tutti dal circuito ordinario. Purtroppo questa comincia a essere una differenza di un certo rilievo, perché i magistrati che vengono dal circuito dell'antimafia hanno un'attitudine molto spiccata rispetto a quelli della Procura ordinaria, attitudine che si riverbera anche sull'ordinario. La vicenda di "mafia capitale" a Roma è significativa: Pignatone viene dall'antimafia ed è significativo che un procedimento apparentemente estraneo al circuito dell'antimafia ne sia stato assorbito, con tutto quello che comporta l'applicazione degli istituti di questo binario particolare. Quindi, il fatto che ci fossero questi due procuratori ha impresso un'accelerazione notevolissima alle indagini con la scoperta, ad esempio, della confisca di prevenzione, che era un istituto "poco frequentato", se non addirittura sconosciuto.

Noi ad esempio recentemente abbiamo premuto per l'istituzione di un nucleo speciale del GICO della Guardia di Finanza che si occupa esclusivamente di misure di prevenzione e di indagini patrimoniali; nonostante la dicitura "GICO" ("Gruppo di investigazione sulla criminalità organizzata") questo piccolo nucleo lavora anche sulle fattispecie ordinarie, quindi con un'applicazione che è tendenzialmente diventata di tipo ordinario. Di recente ci hanno chiesto l'accesso diretto al SIPPI, ossia il registro delle misure di prevenzione, per verificare non solo le persone che sono soggette a procedimenti di prevenzione, ma anche quelle che lo sono state in passato, così da monitorare su larga scala questi individui e le relative vicende con un'attività molto interessante. Certo, il panorama delle misure di prevenzione va per certi versi anche circoscritto, poiché tendenzialmente dannoso; ma il fatto che ci sia una forza di polizia fortemente specializzata – come il GICO della Guardia di Finanza – che si occupa esclusivamente di misure di prevenzione concretizza un'attività seria, svolta da



Parte II – Sezione II – Le audizioni

professionisti che sanno leggere le carte (dichiarazioni dei redditi, documentazione bancaria e fiscale) e che quindi assicurano un ausilio notevolissimo all'autorità giudiziaria.

Maugeri: Avete esperienza di frodi contro gli interessi comunitari? Penso alla costituzione dell'EPPO (p.m. europeo) ormai prossima alla realtà.

Cieri: Per quanto riguarda le frodi, me ne sono occupato personalmente qualche anno fa quando ero fuori dall'antimafia, lavorando con l'OLAF. Ci fu una "stagione della frode intracomunitaria", perpetrata con il commercio di metalli preziosi (oro, rame, platino) tra la fine degli anni '90 e l'inizio degli anni 2000. Ci furono moltissimi procedimenti che riguardavano tutta l'Europa: in sostanza questi soggetti "giocavano" con l'IVA intracomunitaria (atteso che allora non c'era ancora il meccanismo del *'reverse charge'* che c'è adesso) e quindi sostanzialmente per il tramite di prestanome situati all'interno degli Stati europei si riusciva ad annullare l'effetto dell'IVA, che anzi diventava oggetto di ulteriore profitto.

Ci furono molti procedimenti che riguardavano più procure italiane e straniere e l'allora Procuratore nazionale Luigi Vigna ebbe il merito di assumersi il compito di coordinare l'attività delle tante procure italiane interessate (anche se la Direzione Nazionale non ne avrebbe avuto titolo perché si trattava di procedimenti ordinari). Tra le persone coinvolte all'epoca penso a Gerardo Cuomo, contrabbandiere di tabacchi che viveva in Svizzera e da lì controllava il mercato delle sigarette; egli fu imputato a Bari di traffico di armi dall'Albania all'Italia e commerciava anche metalli preziosi, attività sicuramente gestite dalla criminalità organizzata. Al di là dei nomi e dei capitali enormi che queste attività comportavano (parliamo del sequestro di quintali di barre di argento puro, acquistate da queste organizzazioni su mercati extracomunitari e poi importati all'interno della comunità con ovvi profitti), dette attività richiedevano l'apporto di moltissime persone per garantire che queste somme fossero gestite in modo coerente con gli intenti dell'organizzazione. Questi soggetti furono perseguiti con l'intervento di molte procure italiane e di alcune procure estere.

Maugeri: In materia di cooperazione giudiziaria, quello che emerge, in definitiva, è una dispersione del lavoro. L'ordine investigativo europeo potrebbe aiutare in tal senso?

Cieri: Credo sia necessario riconoscere la pertinenza delle richieste a delitti della criminalità organizzata, per assicurare un binario privilegiato a queste attività. Occorrerebbe poi studiare un modo per sollecitare i giudici europei a una tempistica più coerente con lo sviluppo delle indagini; ciò vale per l'estero ma anche per noi, che alle richieste passive in effetti non riserviamo la stessa celerità che gli altri ci richiedono, nonostante siamo più solleciti avendo un'esperienza in materia di criminalità organizzata che manca all'estero.

Occorrerebbe poi istituire agenzie estere che rappresentino gli interessi nazionali in materia, senza volere entrare in polemica con Eurojust. L'esperienza mi insegna che,



Parte II – Sezione II – Le audizioni

tutte le volte in cui è necessario accelerare per assicurare il risultato, è preferibile andare a parlare direttamente con il magistrato estero: la logica è quella del rapporto diretto, tanto che lo stesso Eurojust, per garantire l’ottemperanza del Belgio e della Germania alle nostre richieste, ha ritenuto opportuno organizzare un tavolo bilaterale invitando anche i colleghi stranieri.

Maugeri: Avete notato criticità nella cooperazione giudiziaria fuori dai confini dell’Unione Europea?

Cieri: Io ne ho fatte molte in passato con il Giappone (all’epoca c’erano molte aziende giapponesi che sponsorizzavano “estero su estero”). In tutte queste occasioni il contributo delle ambasciate è fondamentale, anche se esterno al procedimento penale; ciò rafforza la conclusione che occorrono delle agenzie *in loco* che si occupino di patrocinare gli interessi dell’autorità giudiziaria.

Nel caso di un’investigazione su un’organizzazione che vendeva filmati pedopornografici in Italia, il pagamento avveniva su una banca delle isole caraibiche Saint Kitts e Nevis – Stati autonomi – ma le banche avevano la sede formale in un’isola e la sede operativa nell’altra isola; ciò significava che le rogatorie avviate e indirizzate all’una o all’altra venivano rimpallate tra di loro, finché dopo cinque anni abbiamo desistito dal portarle a termine. In quel caso non c’era nessuno che rappresentasse gli interessi dell’autorità giudiziaria italiana; sarebbe stato opportuno andare sul posto e affidarsi a un avvocato locale. Non può esserci cooperazione giudiziaria in assenza di un coordinamento politico.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

STEFANO CASTELLANI

15 marzo 2017

(trascrizione: dott.ssa Martina Costa)

Maugeri: Qual è stata la sua esperienza in materia di cooperazione giudiziaria, nell'ambito della lotta al crimine organizzato, a Torino? Può illustrarci le criticità, le esperienze positive che potrebbero essere assunte a modello?

Castellani: Complessivamente, il mio giudizio in merito agli esiti della cooperazione giudiziaria e alla disponibilità incontrata da parte degli attori coinvolti è positivo. Mi riferisco soprattutto ad Eurojust. Facendo un piccolo sondaggio in vista di questa audizione, ho riscontrato conferme tra le esperienze dei colleghi della DDA di Torino; direi al 95%, forse anche qualcosa di più. L'esperienza relativa all'attività di Eurojust, in termini di aiuto nell'instaurare contatti con l'autorità giudiziaria straniera e, soprattutto, nel seguire, impostare e portare a termine le attività di cooperazione, è assolutamente positiva. C'è stata qualche esperienza negativa, ma essa è stata dovuta più al caso e alla particolarità della situazione, che non a problemi generali di funzionamento dell'istituzione.

Maugeri: Questo dato è importante perché – abbiamo sentito anche il Dott. Spiezia – le esperienze non sono così univoche. Quindi, avere un'esperienza significativa, come quella di Torino, del ruolo positivo di Eurojust è importante.

Castellani: Abbiamo avuto un caso – seguito da una collega – in cui la cooperazione non è andata a buon fine; ma ciò è avvenuto non tanto per il ruolo di Eurojust, ma per una mancata cooperazione da parte dell'Olanda in una vicenda in materia di associazione finalizzata alla commissione di truffe in più Paesi europei (sarà per il tipo di indagine oppure per gli operatori olandesi incontrati). Comunque, sicuramente Eurojust ha svolto un ruolo positivo.

Maugeri: In base alla vostra esperienza, Eurojust meriterebbe un rafforzamento dei poteri?

Castellani: Sì. Per esempio, uno degli aspetti più utili, nelle riunioni di coordinamento organizzate ad Eurojust, è la possibilità di scambiare direttamente atti relativi all'indagine svolta. Questi atti, in virtù delle convenzioni e degli accordi di recente sottoscritti anche dall'Italia, possono essere utilizzati direttamente nel fascicolo processuale con un'attività rogatoriale acquisibile al fascicolo del pubblico ministero e, quindi, utilizzabile nella fase delle indagini. Sicuramente l'utilizzabilità ai fini delle



Parte II – Sezione II – Le audizioni

indagini, dell'udienza preliminare e di eventuali riti alternativi è possibile proprio a seguito dello scambio di informazioni e di atti processuali che avviene in sede Eurojust nelle riunioni di coordinamento.

Un altro aspetto è ovviamente quello del coordinamento e dell'instaurazione di rapporti con i colleghi delle autorità giudiziarie straniere e con le forze di polizia, impostando non solo l'attività di indagine coordinata ma anche quella di rogatoria vera e propria. Ci tengo a fare questa precisazione: l'utilità di Eurojust, e in generale della cooperazione giudiziaria in fase di indagine, consiste nel riuscire ad impostare un'attività di indagine il più possibile in parallelo nei vari Stati coinvolti, perché (e ho constatato ciò anche per esperienza personale), se lo Stato coinvolto viene interessato e si avvia un'attività di indagine sui medesimi soggetti o su soggetti collegati a quelli in Italia, a quel punto si può impostare una vera e propria indagine coordinata, nell'ambito della quale ci si può anche dividere i compiti. Ciò può essere determinante e fondamentale per potere acquisire successivamente, mediante rogatoria, gli atti realizzati all'estero.

Mi spiego. C'è un'attività di indagine su più soggetti (ad esempio per associazione finalizzata al narcotraffico) che operano tra l'Italia e altri Paesi. In questo caso, lo strumento per noi più immediato e di facile utilizzo è la richiesta all'autorità giudiziaria straniera di attivare delle intercettazioni. Tuttavia, sarebbe ancora più utile (e quando siamo riusciti a farlo i risultati sono stati ottimi) coinvolgere l'autorità giudiziaria, affinché avvii un'autonoma attività di indagine. Così, quelle intercettazioni saranno fatte, se possibile, con gli strumenti di registrazione interna, scambiandosi informazioni e, ad attività conclusa, le autorità italiane acquisirebbero in rogatoria i risultati di queste intercettazioni e viceversa.

Maugeri: Come è emerso da altre audizioni precedenti, alcuni colleghi lamentano che, dopo aver chiesto le intercettazioni, non si ha un riscontro immediato. Quindi, il fatto di far sì che le autorità straniere siano direttamente coinvolte, con una propria attività di indagine, potrebbe favorire la cooperazione. Secondo Lei con il D.Lgs. n. 34/2016, in materia di squadre investigative comuni, questo strumento potrebbe essere finalmente attuato anche in Italia?

Castellani: Sì. Finalmente dopo 14 anni dalla Decisione Quadro del 2002 stiamo cominciando ad utilizzarle. Ho fatto recentemente una richiesta nell'ambito di un'attività di indagine con la Spagna. Stiamo aspettando una risposta, ma ho fatto una richiesta sia tramite la DNA che tramite Eurojust. So che i colleghi pugliesi, della DDA di Bari e Lecce, hanno attivato una squadra investigativa comune con l'Albania. Ci siamo incrociati perché abbiamo fatto dei sequestri di sostanze stupefacenti ad un gruppo di albanesi di Torino, mi sono poi coordinato con i colleghi di Bari e di Lecce che mi hanno spiegato di avere in corso un'attività di indagine grazie alla collaborazione con le autorità albanesi, il coordinamento della DNA e anche una squadra investigativa comune.

Quindi, nella prospettiva di cercare di favorire l'avvio di un'attività indagine negli Stati coinvolti, le squadre investigative comuni possono diventare uno strumento



Parte II – Sezione II – Le audizioni

fondamentale di ulteriore potenziamento di questo approccio alla cooperazione internazionale. Infatti, un conto è la cooperazione giudiziaria “statica” o “a intermittenza”; ad esempio, se nell’attività di indagine è necessario che si faccia l’identificazione di un soggetto che è alloggiato all’estero (tramite Europol probabilmente quest’attività viene svolta anche abbastanza celermente), poi si tratterà di acquisire formalmente gli esiti delle attività con rogatorie; oppure, qualora sia necessario un singolo atto, lo si richiede all’autorità giudiziaria interessata. Un conto è, invece, la dimensione “dinamica” dell’attività di cooperazione giudiziaria, che comporta un’attività che la dottrina giustamente definisce prerogatoriale, ossia un’attività di coordinamento, di scambio di informazioni, di impostazione dell’attività di indagine che può rendere realmente efficaci le investigazioni che coinvolgono altri Paesi. Nella mia esperienza ho cercato di impostare il più possibile la richiesta di cooperazione in questo modo: è l’unico modo efficace per ottenere risultati utili sia dal punto di vista legislativo che della concreta applicazione.

Maugeri: Eurojust potrebbe, quindi, acquisire un ruolo proattivo, cioè quello di suscitare le indagini? Ieri, con Spiezia, riflettevamo anche su questo: a volte si riescono ad ottenere delle informazioni che probabilmente, se fossero trasferite all’autorità competente, potrebbero stimolare l’inizio di un’indagine.

Castellani: Assolutamente sì. Si inserirebbe in questa modalità di approccio “dinamico”, prerogatoriale e rogatorio allo stesso tempo. In effetti, credo sia già possibile. Se arriva da Eurojust una segnalazione in cui si dà atto che nell’ambito di indagini svolte in un altro Paese UE sono venuti alla luce elementi da cui emerge una notizia di reato contro ignoti, la Procura può già iscrivere nei registri penali e avviare un’attività di indagine, coordinando l’attività con il Paese interessato tramite Eurojust.

Faccio presente che qualche anno fa abbiamo avuto una vicenda che poi non è andata a buon fine. Si trattava di un cd. *cold case*, ossia il caso di una ragazza uccisa negli anni ’70 in Germania: era stato trovato il cadavere e poi era stato identificato soltanto di recente, qualche anno fa, dalle autorità tedesche. Si trattava di una donna italiana che all’epoca viveva col compagno, un delinquente torinese che aveva commesso una serie di rapine in Italia ed era poi scappato in Germania. A Torino ricevevmo come rogatoria passiva una richiesta di identificazione e accertamenti da fare sui parenti della vittima. Come Lei sa, in Italia, per l’attività di rogatoria la competenza spetta al G.i.p.; questa è una complicazione, trattandosi di un giudice che non si coordina con la Procura e con il titolare dell’azione penale. La polizia giudiziaria informò comunque la Procura. Quindi riaprimmo il fascicolo per la scomparsa di questa donna, ormai archiviato, e impostammo un procedimento per omicidio premeditato, chiedendo il coordinamento di Eurojust. La rogatoria venne comunque eseguita, ma in parallelo con la nostra attività di indagine. Facemmo anche una riunione di coordinamento ad Eurojust con i colleghi tedeschi e impostammo le indagini in questo modo. Per rispondere alla Sua domanda: assolutamente sì, se Eurojust trasmettesse segnalazioni, rapporti e informative alle Procure competenti per territorio.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Probabilmente loro auspicerebbero maggiori poteri. Ad esempio, è già previsto, all'art. 9, l'accesso ai registri. Però, alcuni limiti andrebbero superati per consentire di fare le prime verifiche che possono poi rendere questo ruolo più efficace.

Castellani: Sì, sul tema dell'accesso ai registri i Procuratori giustamente sono molto attenti e molto sensibili, perché si tocca il cuore del sistema. Forse l'accesso diretto potrebbe non incontrare il favore dei procuratori; ma una modalità di accesso sotto il coordinamento e con l'autorizzazione, caso per caso, del procuratore interessato o della Procura nazionale antimafia, se si tratta di reati *ex* 51 co. 3-*bis*, sicuramente sì, in una prospettiva di cooperazione sempre più ampia.

Maugeri: Ci sono altri profili in materia di cooperazione giudiziaria che vuole segnalare, anche in chiave critica?

Castellani: I problemi maggiori sono sorti quando le autorità giudiziarie dei Paesi interessati non hanno seguito questo approccio e si sono fermate alle prime battute della richiesta di cooperazione attivata. Questo si è verificato, e si può verificare purtroppo, anche per i reati in materia di criminalità organizzata: non tanto quando finalizzata al narcotraffico, che sia associazione o singoli episodi di importazione (in questo caso, in genere, l'attenzione la si ottiene con una certa facilità); in materia di 416-*bis*, invece, il percorso è più difficoltoso.

Con la Spagna è in corso una prima attività in materia di 416-*bis* (in particolare si tratta di 'ndrangheta), perché nell'indagine erano emersi i nominativi di alcuni soggetti iscritti per il 416-*bis* che si muovevano tra Italia e Spagna. In una prima fase abbiamo avuto una collaborazione straordinaria da parte della *Guardia Civil* di Madrid. Loro stessi, con le nostre informazioni, attivarono un'attività di indagine per riciclaggio. Il problema è che non hanno di certo (non so se l'ordinamento spagnolo preveda il reato associativo) un'esperienza o una prassi giudiziaria e di conoscenza del reato associativo di stampo mafioso. Dopo un primo periodo, in cui il G.i.p. autorizzò le intercettazioni, si decise di non farlo più e l'attività si è interrotta in una fase in cui stava dando i primi risultati. La *Guardia Civil* fece presente di avere problemi a fare capire ai p.m., alla *fiscalia* di Madrid (che ha competenza un po' per tutta l'area connessa ai reati di criminalità organizzata) e, soprattutto, ai G.i.p. che cos'è la 'ndrangheta e come funziona. Sarebbe stato molto utile per loro portare nell'ambito del processo, per esempio, le dichiarazioni di un collaboratore, venendo a sentirlo loro stessi con l'autorità competente. Questo discorso non l'abbiamo abbandonato del tutto: l'attività si sta concludendo per alcuni filoni ma è ancora in corso per altri e ha avuto una significativa accelerazione quando uno dei soggetti coinvolti ha deciso di collaborare, facendo dichiarazioni che riguardano anche i soggetti residenti in Spagna. La vicenda è delle ultime settimane; stiamo cercando attraverso la DNA ed Eurojust, che ha già aperto un caso, di riattivare l'interesse dell'autorità giudiziaria spagnola.

Maugeri: Avete avuto difficoltà ad applicare la fattispecie di associazione di stampo mafioso a Torino?



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Castellani: Sì, a Torino abbiamo iscritto un po' di anni fa (le indagini iniziarono nel 2008-2009, i processi sono cominciati nel 2011) dei casi relativi alla 'ndrangheta in Piemonte. In alcuni casi, soprattutto nella fase cautelare, abbiamo avuto (in un filone in particolare) alcune sentenze della Cassazione che hanno annullato i provvedimenti cautelari e anche una sentenza di assoluzione in seguito ad un processo abbreviato per 416-bis, poi ribaltata in appello, perché c'era una cd. mafia silente al nord che non agisce ma è presente. Avevamo intercettazioni chiarissime, in cui si capiva che i soggetti si stavano organizzando e stavano chiedendo l'autorizzazione ai vari "locali" in Calabria, a San Luca, e si organizzavano proprio come un vero e proprio "locale", con le doti e gli altri meccanismi previsti. Però, non erano così operativi, non c'erano i reati-fine.

Maugeri: Quindi, c'era l'associazione e lo sfruttamento dei proventi sul territorio piemontese ma utilizzando la forza di intimidazione sostanzialmente preesistente, dovuta proprio al fatto di essere 'ndrangheta.

Castellani: Il fatto di ottenere la loro autorizzazione, cioè organizzarsi con l'avallo della "casa madre", con le stesse modalità, con il marchio 'ndrangheta, è già sufficiente o no? Occorre che l'associazione si sia poi manifestata all'esterno sul territorio cd. ostile, o refrattario alle infiltrazioni mafiose, o è sufficiente avere costruito una struttura associativa di questo tipo? Ormai la Cassazione, seppure con vicende alterne, ritiene sufficiente, per potersi dire integrato il reato di associazione di stampo mafioso, l'aver mutuato la medesima organizzazione e, quindi, l'aver un collegamento diretto con quella tradizionale storica, sia pure manifestandosi in zona diversa dal territorio di origine. Si è criticata molto questa soluzione, ma anche noi abbiamo avuto lo stesso problema: il problema è se debba manifestarsi all'esterno oppure no, se è sufficiente che siano organizzati ed eventualmente pronti ad agire perché si possa dire integrato il 416-bis. Questa è stata la difficoltà nei processi per la cd. mafia al nord.

Maugeri: Secondo Lei, in una futura direttiva europea in materia di crimine organizzato, sarebbe possibile far rientrare anche la nostra fattispecie prevista dall'art. 416-bis; una associazione di stampo mafioso per chi commette illeciti o svolge attività con finalità anche lecite, imprenditoriali? A livello europeo comincia ad emergere questa idea, c'è una Relazione della Commissione del 2011 in cui si parla di finalità imprenditoriali. Quali sono gli elementi che dovremmo sicuramente includere?

Castellani: Nell'ambito di un reato associativo delineato in sede europea è un problema capire se si può introdurre il nostro metodo intimidatorio di cui al 416-bis, che deriva da una forte impronta socio-criminologica, tipica del nostro meridione e non solo. È un reato che nella sua descrizione e fattispecie normativa ha delle incursioni nel campo socio-criminologico che forse non sarebbero ben accette in Europa: questo potrebbe essere un problema. Sicuramente lo svolgimento di attività anche lecite dovrebbe essere previsto. Forse bisognerebbe riuscire a far passare il concetto di metodo intimidatorio



Parte II – Sezione II – Le audizioni

sganciandolo dalle sue origini socio-criminologiche prettamente italiane; altrimenti la difficoltà è quella di non riuscire a convincere gli altri Stati europei.

Maugeri: Nella realtà torinese emergono modalità diverse dell'infiltrazione? Penso, ad esempio, al metodo corruttivo, che fa in ogni caso parte della prassi del crimine organizzato. O ancora, in altre realtà è emersa la relazione con il mondo imprenditoriale: a volte, sono gli stessi imprenditori a cercare l'organizzazione criminale.

Castellani: Sì, anche se ancora non abbiamo avuto indagini e processi significativi. Fino ad ora abbiamo soltanto sfiorato il fenomeno. I processi in materia di 416-bis sono ripresi negli ultimi sei, sette anni, dal 2008-2009. Nella storia giudiziaria torinese abbiamo avuto processi tra la fine degli anni '80 e la metà degli anni '90. Poi c'è stato il periodo dell'avvento della criminalità straniera, soprattutto albanesi, e si sono fatti molti processi per associazione finalizzata al narcotraffico. Tra il 2004 e il 2010 abbiamo ripreso le indagini di criminalità organizzata di stampo mafioso, soprattutto 'ndrangheta. In questa attività stiamo iniziando adesso a indagare la cd. zona grigia e quindi i rapporti con la criminalità imprenditoriale.

Anche nella nostra esperienza abbiamo registrato che i casi di infiltrazioni (che presuppongono un tessuto sano attaccato, suo malgrado, da un agente esterno) sono pochissimi, se non inesistenti. Si registra sempre, ad un certo punto, una cointeressenza tra l'associazione di stampo mafioso e l'imprenditore, c'è una comunanza di interessi che fa sì che l'imprenditore stesso "apra le porte" all'interesse finanziario e ai mezzi economici della criminalità organizzata. Questo si è verificato in alcune attività economiche, in particolare farmacie. Si tratta di un settore in cui la criminalità, soprattutto la 'ndrangheta, ha investito qui al nord. Sebbene il titolare della farmacia debba essere abilitato alla professione, è un'attività che tendenzialmente rende abbastanza, e queste vicende sono ancora oggetto di attività di indagine.

Maugeri: Lei parlava della difficoltà di fare capire ai vostri colleghi stranieri il concetto di associazione di stampo mafioso. Con riferimento invece al profilo delle indagini patrimoniali e della confisca?

Castellani: Qui a Torino abbiamo fatto la scelta di trattare in modo distinto (e quindi da gruppi di sostituti diversi) l'aspetto tradizionale – di indagine, accertamento del reato, processo, dibattimento e condanne – dalle indagini patrimoniali. Abbiamo un gruppo che si chiama "Misure di prevenzione e riciclaggio" il quale, coordinandosi con la Direzione Distrettuale Antimafia, svolge e coordina le attività di indagine patrimoniale. Abbiamo ottenuto misure di prevenzione abbastanza importanti, come la misura di prevenzione ai danni della famiglia Nirtain Val d'Aosta che aveva collegamenti con la Spagna (anche se detta misura ha coinvolto solo marginalmente questioni di cooperazione). Anche in questo ambito abbiamo attivato Eurojust con una collaborazione positiva.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: A proposito di misure di prevenzione, a livello di cooperazione giudiziaria, avete avuto difficoltà ad applicare la confisca di prevenzione all'estero?

Castellani: Non abbiamo avuto casi di confisca di prevenzione all'estero. Abbiamo avuto casi di sequestro, ma finalizzati alla confisca *ex 12-sexies*; però non siamo ancora arrivati alla fase della confisca come provvedimento ablatorio e conclusivo. Sicuramente la materia delle misure di prevenzione, in ambito europeo, registra molte perplessità e resistenze, come testimonia la recente sentenza della Corte EDU *De Tommaso c. Italia*.

Maugeri: In questo ambito c'è una proposta di regolamento in materia di confisca, di mutuo di riconoscimento di provvedimenti di confisca anche senza condanna, purché pronunciati in un 'procedimento penale'. Secondo Lei, possiamo, con un ulteriore sforzo di giurisdizionalizzazione, ricondurre il procedimento di prevenzione al procedimento penale?

Castellani: Mi pare che sia un percorso un po' rischioso, non so se passerebbe. Anche nella sentenza *De Tommaso* alcuni aspetti sono stati solo sfiorati dalle motivazioni della Corte. Il mio timore è che più si approfondisce la natura del procedimento, più c'è il rischio che emergano forti perplessità sul fatto che non si tratti un procedimento giurisdizionale ai sensi della CEDU.

Maugeri: Allora, l'alternativa sarebbe quella di affermare che è possibile parlare di materia penale? Imponendo quindi il mutuo riconoscimento di qualunque provvedimento di confisca, anche senza condanna, purché pronunciata in materia penale, intendendo per materia penale il solo fatto di fare riferimento a proventi di reato.

Castellani: Forse questa soluzione può trovare accoglimento.

Maugeri: Tuttavia, se si pensa al concetto di materia penale della Corte EDU a questo punto si dovrebbero applicare le garanzie del penale. Non so quindi se questa soluzione rischia in realtà di peggiorare le cose.

Castellani: Un rimedio, senza toccare questi temi così insidiosi, come tattica investigativa, è quello di riportare, se possibile, tutte le indagini patrimoniali nell'alveo dell'attività investigativa tradizionale, nel senso di un *12-sexies*; così saremmo coperti.

Maugeri: Sì, poi si può discutere se il procedimento che porta al *12-sexies* sia rispettoso delle garanzie penali. Spesso, nella prassi, il *12-sexies* non viene pronunciato nell'ambito del processo penale ma negli incidenti di esecuzione, in un momento successivo. Ciò, quindi, senza garantire, se non in seguito all'opposizione, il contraddittorio. Contraddittorio che sarebbe fisiologico se si considera che il *12-sexies* pretende la mancata giustificazione. Al di là, poi, del problema della mancanza di appello.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Castellani: Sì, il 12-*sexies* risolverebbe il problema, se attivato nell’ambito delle attività di indagine, non come incidente di esecuzione; cioè a dire nelle fasi che precedono la chiusura delle indagini o come attività integrativa di indagine.

Maugeri: A tal proposito, il problema è che in fase di processo non si hanno le competenze investigative. Allora, perché non recuperare la competenza del gruppo “misure di prevenzione”, configurando una sorta di processo penale al patrimonio, parallelo rispetto a quello contro la persona?

Castellani: Sì, già la legge del 2011 ha introdotto una serie di previsioni che prima mancavano, procedimentalizzando l’*iter* che porta alle misure di prevenzione, soprattutto patrimoniali. Forse in quella sede, con quello strumento legislativo si potrebbe inserire qualche garanzia maggiore per riportare nell’alveo della materia penale questo tipo di procedimento.

Maugeri: Avete avuto esperienze col MAE, ci sono stati problemi nella sua prassi applicativa?

Castellani: No, direi che funziona molto bene. Una volta ottenuto il MAE dal giudice e avendolo inserito nel sistema SIS Schengen, la cooperazione funziona bene. Qualche problema applicativo, ma di carattere processuale, sorge quando vengono sollevate questioni da parte dei difensori sulla mancata traduzione dell’ordinanza applicativa italiana, a monte del MAE. In sede di applicazione del MAE nel Paese estero, ove l’indagato viene arrestato, non ne viene fatta una traduzione dato che non dispongono dell’ordinanza: hanno soltanto il MAE con una traduzione degli elementi sintetici, gli articoli di legge violati e una sintesi del fatto. Perciò spesso viene fatta questa eccezione, puntualmente superata perché poi in sede di esecuzione del MAE si provvede immediatamente alla notifica del provvedimento completo, alla sua traduzione (se non è già stato fatto) con l’ausilio di un interprete, poco prima dell’interrogatorio di garanzia o in quella sede. Poi, eventualmente, viene disposta la traduzione dell’ordinanza in seguito.

Maugeri: Non vi è mai stata contestata la mancanza di volontà di applicare il MAE perché poi il soggetto potrebbe andare incontro al 41-*bis*?

Castellani: No, anche perché a Torino non si applica il 41-*bis* da molto tempo. Non lo applichiamo per diverse ragioni: un po’ perché vi sono state meno indagini negli ultimi anni per 416-*bis*, un po’ per scelte dell’ufficio. Adesso però la situazione sta cambiando, per cui in relazione ad alcuni detenuti per 416-*bis* ci stiamo determinando a chiedere l’applicazione del 41-*bis*. Quindi, problemi non ne abbiamo avuti, non avendo casi di 41 bis.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Qual'è la Sua opinione rispetto al nuovo strumento in materia di ordine investigativo europeo, che a breve dovrebbe entrare in vigore?

Castellani: Dunque, non abbiamo ancora uno strumento operativo. Ho studiato e letto la normativa: tendenzialmente lo accolgo con un atteggiamento positivo. Non abbiamo ancora studiato a fondo le conseguenze pratiche e applicative dello strumento, quindi è un po' prematuro pronunciarsi.

Maugeri: Avvertite, comunque, l'esigenza di questo strumento?

Castellani: Se lo strumento verrà utilizzato (e questo sta agli operatori, p.m. italiani e di altri Paesi) nella prospettiva dinamica, prerogatoriale e rogatoriale, sarà sicuramente uno strumento utile ed efficace, che potrà implementare questo tipo di attività. Se verrà utilizzato unilateralmente, come un contenitore di più richieste di attività di indagine che non attecchiscono, dal punto di vista dell'interesse investigativo, nel Paese destinatario della richiesta, forse la sua utilità risulterà meno efficace di quanto potrebbe essere.

Maugeri: Avete ricevuto richieste di collaborazione o di applicazione del MAE da parte di Paesi stranieri?

Castellani: Sì, però – ed è una scelta del legislatore – sono la Corte d'Appello e la Procura Generale ad occuparsi dei MAE. Lo stesso dicasi per quanto riguarda l'attività rogatoriale passiva: è la Corte d'Appello che autorizza l'esecuzione della rogatoria delegando il G.i.p. Quindi, non abbiamo un'esperienza diretta in tal senso. Spesso non veniamo nemmeno coinvolti e questo è un po' il limite: se da queste attività scaturisse l'occasione per attivare indagini anche sul nostro territorio, ne beneficerebbero tutti.

Maugeri: Questa indicazione potrebbe essere interessante ai fini del Tavolo. Il fatto di mettere in luce che bisognerebbe creare un meccanismo per cui la Procura sia perlomeno informata.

Castellani: Sì, spesso l'esecuzione delle rogatorie transita attraverso i canali e le procedure previste dalla legge e la Procura viene totalmente bypassata, perché non è nemmeno previsto un suo coinvolgimento. In quel caso che richiamavo prima, è stato accidentale che le forze di polizia ci abbiano comunicato, di loro iniziativa, l'esistenza di un'attività che poteva riguardare un fascicolo da noi trattato molti anni fa; altrimenti non saremmo stati coinvolti.

Maugeri: Questo può causare uno spreco di notizie e informazioni.

Castellani: Sì. Credo che sia anche un retaggio del fatto che (basta vedere come è strutturato il codice e la posizione degli articoli dedicati alla cooperazione) l'attività di rogatoria è stata concepita come circoscritta e limitata al compimento di atti specifici e



Parte II – Sezione II – Le audizioni

determinati e non come attività investigativa comune e coordinata. Si tratta di un'attività proiettata nella fase dibattimentale/processuale e non in quella di indagine. Anche questo è senz'altro uno strumento importante. Nondimeno, nella fase investigativa gli strumenti dovrebbero essere molto più agili e flessibili, e dovrebbe essere implementato il coinvolgimento non solo delle forze di polizia (che si muovono molto più agilmente tramite Europol) ma anche delle autorità giudiziarie interessate. Ci si scontra, infatti, con i vari ordinamenti giuridici e non è semplice coordinarsi anche per questa ragione. Il salto di qualità dovrebbe essere fatto in questa direzione.

Maugeri: Ci sono altri profili che ritiene utile evidenziare? Da questa audizione emergono dei dati interessanti, quest'ultimo, ad esempio, non era emerso nelle audizioni precedenti.

Castellani: Sì. A volte è capitato che, in sede di esecuzione di un mandato di arresto, il MAE sia stato negato perché una parte della condotta era avvenuta in Italia. Siamo stati informati comunque tardivamente; era un profilo leggermente diverso da quello di cui Le accennavo prima. In ogni caso, è sintomo di una mancanza di coordinamento tra uffici diversi, perché le procedure sono separate e ciò ha fatto sì che anche noi intervenissimo con un certo ritardo. Se fossimo stati informati tempestivamente, avremmo potuto ottenere risultati migliori di quelli raggiunti successivamente.

Maugeri: Cosa può dirci in relazione agli interessi del crimine organizzato nel territorio torinese?

Castellani: La storia giudiziaria torinese è sempre stata caratterizzata, sin dagli anni '70-'80, dalla presenza di criminalità calabrese e siciliana. Qui, sul territorio torinese, per alcuni anni questi gruppi strinsero un'alleanza (negli anni '80 più o meno) e per diverso tempo convissero pacificamente. Abbiamo retaggi di queste origini ed equilibri delle forze in campo. In particolare, per ciò che riguarda la presenza di Cosa Nostra, si trattava di catanesi: il clan dei Curso. Erano scappati a Torino per non essere uccisi a Catania. Ci fu una guerra tra catanesi, da un lato, e calabresi, dall'altro, e ancora adesso abbiamo tracce di queste due realtà criminali. Vi è anche la presenza di gruppi stranieri, nigeriani: dopo un processo tra il 2003-2004, adesso abbiamo una serie di attività di indagine su questi gruppi, che sono strutturati e organizzati come un'organizzazione di stampo mafioso.

Maugeri: Avete tentato la cooperazione con la Nigeria? Un Suo collega aquilano accennava alla difficoltà di cooperare con la Nigeria.

Castellani: Non abbiamo mai tentato, se non all'inizio degli anni 2000, quando ci furono episodi di immigrazione clandestina e sfruttamento alla prostituzione; ma di recente non abbiamo mai avviato un'attività di cooperazione. Non c'è stato nemmeno il tentativo, poiché non abbiamo referenti istituzionali, di polizia o giurisdizionali, che



Parte II – Sezione II – Le audizioni

siano credibili. Non ci fidiamo molto ad avviare attività di cooperazione. Siamo attenti a cercare di capire se possono o meno esserci dei contatti, la DNA sta imbastendo qualche contatto.



ROBERTO ALFONSO

(estratto dell'audizione)

(Trascrizione: dott. Alfio Guido Grasso) – solo le risposte

“La nozione di crimine organizzato, come sappiamo tutti noi che ci occupiamo della materia, in Italia non esiste. Il legislatore non ha mai definito il concetto di criminalità organizzata. Esso è stato enucleato dalla giurisprudenza, che però è stata oscillante: in alcune sentenze ha richiamato il concetto sociologico di criminalità organizzata, definendo come tale qualsiasi fenomeno grave e allarmante che crei preoccupazione nella pubblica opinione; in altre sentenze, invece, la Cassazione ha definito il concetto di criminalità organizzata sulla base di tutti quei fatti che vengono ricondotti ad alcune fattispecie penali ricollegabili ad una organizzazione di più persone; in altre sentenze ancora ha richiamato gli artt. 407 c.p.p., 371-bis c.p.p., 51 co. 3-bis c.p.p., cioè a dire ha tentato di definire i reati di criminalità organizzata richiamando le norme di legge che disciplinano quei fatti soprattutto sul piano del processo penale (per esempio, la legge prevede le intercettazioni in maniera più rigorosa per certi reati e allora in questa prospettiva questi reati dovevano essere definiti come reati di criminalità organizzata).

La fattispecie di associazione di stampo mafioso certamente è ancora valida così com'è formulata; d'altra parte nasce dall'esame e dallo studio di fenomeni sociali, solo così si è riusciti ad enucleare il metodo mafioso e ad inserirlo nella struttura del reato.

La domanda che, secondo me, ci dobbiamo porre ora è se quel metodo sia ancora attuale o viene utilizzato insieme ad altri metodi. L'osservazione della realtà effettuata attraverso i procedimenti ci dice in realtà che, probabilmente, dovrebbe essere adeguato alla nuova realtà, nel senso che, mentre resta adeguato in Calabria, in Sicilia, in Campania dove la forza di intimidazione è sempre quella e viene sempre utilizzata, per infiltrarsi o radicarsi al nord la mafia in generale (per il nord, in particolare, mi riferisco alla 'ndrangheta, che è molto più forte in questo momento) ha utilizzato criteri diversi; probabilmente si è resa conto che non poteva utilizzare gli stessi strumenti o lo stesso metodo che utilizzava a Palermo, a Caltanissetta o a Reggio Calabria; quindi, svolgeva un'attività di avvicinamento soprattutto degli imprenditori, perché quello era il settore dove in realtà c'era maggiore ricchezza e dove aveva maggiore necessità di infiltrarsi, e lo ha fatto probabilmente non utilizzando il metodo dell'intimidazione ma utilizzando metodi più leggeri.

Quindi, se ci ragioniamo, questo ulteriore metodo consiste nel mettere a disposizione ricchezze e utilità economiche, salvo poi rivendicare, nell'ottica criminale, diritti che certamente tali non sono e che certamente non possono loro spettare. Parlo, in particolare, della zona dell'Emilia (da Reggio Emilia in su fino a Piacenza) e poi di una parte della Lombardia (fino a Cremona) dove la 'ndrangheta in un primo momento si è



Parte II – Sezione II – Le audizioni

infiltrata e poi si è radicata; ormai è una 'ndrangheta di terza generazione, sono calabresi di terza generazione, e hanno utilizzato sì il metodo dell'intimidazione ma spesso hanno utilizzato anche quest'altro metodo che non era estorsivo, non era intimidatorio, non era minaccioso, bensì era di disponibilità economica (anche per infiltrarsi all'interno della P.A. – in quei pochi casi che abbiamo potuto osservare – c'è sempre stata la progettazione, l'offerta di una utilità economica).

Quindi, la domanda che mi pongo è legata al fatto che di questi tempi detta offerta di disponibilità economica può diventare – anzi, è diventata – anch'essa parte del metodo. Allora, se così fosse, non dobbiamo forse cambiare la struttura del metodo all'interno della fattispecie incriminatrice? E cioè a dire, non dovremmo considerare, oltre all'intimidazione che poi genera l'omertà e lo stato di soggezione, anche questa offerta di disponibilità economica? Detta offerta, se nei confronti del pubblico può diventare corruzione, nei confronti del privato si può trasformare in usura: se metto a disposizione 100.000 euro a un imprenditore, che è in cattive acque, per riprendersi (perché questi soldi le banche non glieli darebbero mai) e poi sulla base di questa offerta tento di entrare nell'azienda in forme diverse, questo è un metodo attraverso il quale la 'ndrangheta si riesce a infiltrare e a radicare.

Questo stesso criterio può valere pure per Cosa Nostra. Se prendiamo il caso di Milano, nell'esperienza lombarda per la prima volta viene usato l'art. 34 del codice antimafia (D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159). Questa norma non viene utilizzata spesso e invece dovrebbe esserlo molto di più, secondo me, anche nel meridione, come in Sicilia e in Calabria, poiché potrebbe raggiungere una duplice finalità: da un lato, sottrarre ad ambienti criminali di tipo 'ndranghetistico o di Cosa Nostra o camorristici un'azienda importante, che può poi restare inquinata anche sotto il profilo delle attività che svolge; dall'altro lato, ripulire questa azienda e riconsegnarla al titolare che inconsapevolmente stava subendo l'infiltrazione mafiosa.

L'art. 34 del codice antimafia, in realtà, preesisteva anche con la vecchia legge e mi ricordo che tantissimi anni fa venne utilizzato anche per aziende molto importanti e funzionò; quindi, a maggior ragione ora, questo strumento andrebbe utilizzato di più in zone come la Lombardia (dove già è stato utilizzato) e in qualsiasi altra zona del nord Italia, perché lì è la ricchezza e lì l'organizzazione criminale viene attratta.

L'interesse per una impresa non è solo economico ma attiene anche alla gestione di potere. Si tratta di un potere diverso rispetto a quello che poteva esercitare anni fa in una zona del sud, perché significa trattare con i sindacati, con la pubblica opinione, accaparrarsi consenso in zone in cui prima c'era un rifiuto per le organizzazioni criminali; però l'offerta di posti di lavoro, l'offerta di denaro, l'offerta di tutto ciò che occorre per nuovi investimenti crea consenso pure lì e genera un potere, ossia il potere di determinare la politica dei prezzi non soltanto presso i fornitori per gli acquisti ma anche presso la clientela nel momento in cui si vende, il potere di determinare le politiche della concorrenza. Tutto questo agli occhi delle organizzazioni criminali è potere ed è potere che vuole gestire; quindi, si tratta non più soltanto di accaparrarsi una parte della ricchezza ma di esercitare una parte del potere, che deriva dalla gestione di un'azienda. Tutto questo va messo in conto.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Altra cosa è ragionare su come tutto ciò si può trasformare in norme di legge, in fattispecie incriminatrici, in fattispecie amministrative (che pure sono molto incisive). Per esempio, le informazioni interdittive si sono rivelate, e sono ancora, strumenti molto importanti e lo sono anche per l'autorità giudiziaria perché, nel momento in cui il prefetto trasmette una informazione interdittiva al p.m., quest'ultimo sulla base di quel provvedimento può svolgere una serie di accertamenti importanti.

Ad esempio, avevo creato un protocollo investigativo che i miei colleghi dovevano utilizzare nel momento in cui ricevevano una informazione interdittiva. Si trattava di una sorta di radiografia che dovevano fare all'azienda e all'imprenditore, ad esempio verificando il tipo di spese che effettuava, se con quei soldi comprava la macchina per uso personale, come intestava i beni, come venivano formati i bilanci; cioè, in sintesi, una serie di piccoli indicatori che denotavano il tipo di ricchezza, come questa ricchezza veniva acquisita e gestita, quante volte l'imprenditore aveva fatto ricorso al credito bancario e se vi aveva fatto ricorso (infatti è chiaro che, se un'azienda che è in una situazione di difficoltà non fa ricorso al credito bancario, ci si deve chiedere dove prende i soldi e dopodiché si deve verificare com'è la situazione nei confronti dell'Inps dal punto di vista contributivo, in modo da capire il tipo di manodopera che utilizza, come la utilizza e se c'è un utilizzo illegale della manodopera con sfruttamento di immigrati).

Perciò, diventa un fatto importante che il p.m. abbia queste risorse investigative, perché ciò avviene anche nella infiltrazione; e si tratta di qualcosa di più di una semplice infiltrazione, atteso che poi diventa gestione di determinate attività nel nord del Paese e in particolare nell'Emilia e nella Romagna. Questo esempio che porto è assolutamente importante in quanto, mentre in Emilia esisteva questo fenomeno 'ndranghetista molto forte (con dapprima l'insediamento, poi l'infiltrazione, infine il radicamento definitivo), nella Romagna le cose andavano in modo diverso, in quanto spesso c'erano incursioni dei Casalesi che operavano secondo i metodi tradizionali della camorra (facevano estorsioni, riscuotevano crediti ovviamente con minacce molto gravi e talora andando oltre le minacce).

Si è concluso una settimana fa un processo che avevo fortemente voluto, anche nella impostazione della fattispecie incriminatrice. Si trattava, secondo me, di un'associazione mafiosa che però non rispondeva ai modelli classici: non era Cosa Nostra, non era 'ndrangheta, non era "Casalesi", non era camorra, tanto è vero che, nonostante ci fossero state concesse le misure cautelari, il G.i.p. disse che non era associazione mafiosa ma associazione semplice finalizzata a compiere delitti. Andai davanti al Tribunale del riesame che confermò quella decisione. Ora il processo si è concluso e il giudice ha dichiarato che è associazione mafiosa e questo corrisponde al modello tracciato dalla fattispecie incriminatrice: questo gruppo, pur non essendo riconducibile ad una mafia classica, operava con il metodo mafioso. Più precisamente, alcuni Casalesi e alcuni 'ndranghetisti, mettendosi assieme, avevano costituito un gruppo di una ventina di persone, che nella zona di Ravenna gestiva in particolare il gioco lecito e illecito con le macchinette nonché quello telematico. Loro operavano con sistemi classici della criminalità organizzata mafiosa; quindi, secondo me il paradigma



Parte II – Sezione II – Le audizioni

cui ricondurre quei fatti era quello e finalmente il Tribunale ha dato ragione a questa impostazione.

Mentre i Casalesi, con una carta d'identità ben precisa, agivano secondo i metodi classici, nell'Emilia si era verificato quest'altro fenomeno, cioè a dire erano riusciti ad infiltrarsi, a diventare proprietari delle aziende e a gestirle grazie alla disponibilità di grandi risorse economiche. Tutto questo, secondo me, può mettere in evidenza la necessità di ritoccare qualche profilo nel metodo mafioso così come descritto nel 416-bis c.p.; però, allo stesso tempo, voglio sottolineare che quella è un'architettura molto importante per cui, prima di modificarla, bisogna capire se, incidendo su di essa, non vi sia il rischio di provocare più danni di quanti se ne vogliono risolvere.

L'organizzazione criminale a livello europeo quasi sempre viene agganciata al profitto economico, in quanto si fa riferimento ad un'organizzazione che intacca gli interessi finanziari dell'Unione appropriandosi di ricchezza e di profitti importanti. Questa impostazione si potrebbe trasporre nella configurazione interna dell'associazione mafiosa; è un ritocco che probabilmente potrebbe avvicinare le due fattispecie. In ogni caso, è opportuno dire che siamo sempre su un piano di studio; occorreranno verifiche sul campo.

Ho riletto tutte le decisioni quadro, le direttive e i nostri decreti legislativi e credo che il passaggio alle misure di prevenzione sia molto difficile, nonostante il D.Lgs. n. 137 del 2015, all'art. 3 lett. d), nel dettare la definizione di decisione di confisca, inserisca pure gli artt. 24 e 34 del codice antimafia; infatti, leggendo tutto il testo della legge e rapportandolo alla decisione quadro e alla direttiva, non c'è nulla che ci possa dare questa opportunità. Quella definizione del legislatore è stato un tentativo di creare un collegamento con le misure di prevenzione, ma altrove si parla sempre di condanna per un reato e vengono indicati anche i reati (questo alla fine potrebbe essere superato se la misura di prevenzione venisse applicata a qualcuno che in passato ha riportato condanne per esempio riconducibili a quelle previste nell'elenco).

Dato che da noi la misura di prevenzione si può applicare anche in assenza di un reato e, quindi, di una condanna e a maggior ragione nell'art. 34 del codice antimafia si può applicare con riguardo ad un bene appartenente a persona assolutamente estranea al contesto criminale (coinvolta solo perché il processo decisionale che riguarda l'azienda è gestito dalla criminalità organizzata), credo che siamo ancora molto distanti. Fra l'altro, questa è la legge italiana; non sappiamo negli altri Paesi europei come le leggi siano state adeguate alla Decisione Quadro.

Con la legge di riforma in qualche modo c'è questa previsione di una maggiore giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione; il fatto che possono intervenire tutti i terzi (credo quindi non soltanto i terzi intestatari del bene ma anche i terzi creditori garantiti da diritti reali) è anche nell'art. 12-sexies del D.L. 306/1992 per la verità.

Sul procedimento c'è già in atto una grande giurisdizionalizzazione, perché viene garantito il contraddittorio, si chiamano sempre le parti, il soggetto viene sentito se chiede che il processo sia pubblico anziché in camera di consiglio; quindi, passi in avanti sono stati fatti. Il problema è che molto spesso il processo di prevenzione si basa su documentazione scritta, si portano sentenze del passato, un'ordinanza cautelare e



Parte II – Sezione II – Le audizioni

quant'altro, nonostante diversi tribunali sentano anche delle persone (per esempio i collaboratori di giustizia) e lo facciano con le regole del processo penale, garantendo il contraddittorio.

In ogni caso, mentre nel processo penale si deve accertare la responsabilità in relazione al fatto raccontato dal collaboratore e attribuito al soggetto (che in quel caso sarebbe il proposto), lì invece si deve soltanto ricostruire l'ambiente, il mondo in cui il soggetto opera per definirne la responsabilità.

Qualsiasi giudice, nel momento in cui ricostruisce la pericolosità del soggetto, deve verificare se quelle dichiarazioni in qualche modo trovano riscontro da qualche parte, non può affidarsi alle sole dichiarazioni del collaboratore circa la pericolosità di un terzo; è chiaro che occorre lo stesso metro di valutazione della dichiarazione del collaboratore che c'è nel processo penale. Diversa è, però, la finalizzazione: mentre nel processo penale il fine è l'accertamento di un reato e della conseguente responsabilità, nel processo di prevenzione occorre dimostrare la pericolosità del soggetto. Ad esempio, può capitare che, nonostante un collaboratore affermi che un determinato soggetto frequenta un clan abitualmente, il processo penale finisca con un'assoluzione dello stesso soggetto, perché non è stato trovato il riscontro alle dichiarazioni; tuttavia sia il fatto storico della frequentazione che il fatto che quel soggetto mettesse a disposizione soldi restano dotati del loro valore ai fini del giudizio di pericolosità, in quanto servono a dimostrare la vicinanza al clan criminale.

Quindi, il livello, il grado e la quantità dei riscontri debbono tenere conto della finalità cui si vogliono ricondurre le dichiarazioni: una cosa è l'accertamento del fatto di reato, un'altra cosa è l'accertamento della pericolosità del soggetto. Nel procedimento di prevenzione, gli indizi debbono tendere alla dimostrazione della pericolosità e non alla dimostrazione della commissione di un reato; quindi, è chiaro che hanno un livello probatorio inferiore perché, se non fosse così, per iniziare il procedimento di prevenzione quantomeno dovrei iscrivere nel registro degli indagati il soggetto, ma se lo iscrivevo nel registro degli indagati perché dovrei usare la misura di prevenzione e non il 321 c.p.p. per una confisca penale? E' proprio questo che ci dà la demarcazione.

Sono perfettamente d'accordo sul cosiddetto "processo patrimoniale", in quanto più qualificate sono le garanzie più forti diventano il processo e la decisione. Dico sempre che gli indizi acquisiti nel processo di prevenzione sono affetti da fragilità indiziaria e ciò comporta che il numero dei sequestri in prima battuta è elevatissimo, ma quelli che giungono in Cassazione con un provvedimento definitivo e irrevocabile sono un numero di gran lunga inferiore proprio per questa patologia tipica dell'indizio di prevenzione. Quindi, rafforziamo queste garanzie, troviamo un sistema, questo garantisce sia il p.m. che il giudice.

Ci basterebbe dire che si applicano le disposizioni dell'art. 111 Cost., come molti colleghi già fanno, ogni volta che si presenta l'occasione. Giurisdizionalizzare per intero, però, significa che la proposta deve appartenere solo al p.m. (questo l'ho pure scritto) e, secondo me, bisogna ripensare se vogliamo un processo vero e proprio con tutti i crismi del processo e tutte le garanzie. In questo caso dobbiamo ripensare alla proposta che proviene dal Questore o dal Direttore della DIA; profilo, quest'ultimo, da ricondurre al fatto che all'origine la misura di prevenzione era una misura di polizia, ma ora il



Parte II – Sezione II – Le audizioni

processo di prevenzione è molto simile al processo penale. D'altra parte il p.m. si trova spesso a sostenere la posizione del Questore o del Direttore della DIA, a meno che con grande consapevolezza e coscienza non dica che gli elementi non servono a nulla e, allora, chiede che venga rigettata la proposta del Questore o del Direttore della DIA. Su questo punto dobbiamo ripensare molto perché: se è giurisdizionalizzazione totale, la proposta deve appartenere solo al p.m.; se invece dobbiamo mantenere questa natura ibrida della misura di prevenzione, la lasciamo immutata e il processo inizia dal momento in cui la proposta viene depositata al Tribunale, così com'è ora.

Il procedimento di prevenzione sostanzialmente si svolge con le regole dell'incidente di esecuzione; possiamo anche qui riportarlo nell'ambito del procedimento penale vero e proprio, cioè facendo un processo normale al patrimonio.

Già è un piccolo primo passo il fatto di potere aggredire il patrimonio senza applicare la misura di prevenzione personale, è un fatto molto importante del quale esistevano precedenti nel nostro sistema; c'era il precedente dei collaboratori di giustizia che risale al 2001 (il collaboratore dichiara il patrimonio dell'organizzazione e il suo personale e, in questo caso, la legge permette di sequestrare senza che accada nulla, dal punto di vista di una misura di prevenzione, al collaboratore di giustizia). Questo modello era poi rimasto in una sorta di limbo e non si sapeva come disciplinarlo con riferimento ad una serie di profili. In particolare ci si domandava: Che significa sequestro? È una confisca, non è una confisca? I beni rilevanti sono solo quelli che provengono dalle attività illecite oppure no? Con il regolamento si decise di sequestrarli e confiscarli con le stesse norme del procedimento di prevenzione; quando poi il legislatore nel 2008 ha previsto la possibilità di sequestrare il bene senza applicare la misura di prevenzione, sostanzialmente aveva utilizzato quel modello.

Quindi, anche per adeguarci alle decisioni quadro e all'impostazione degli altri Paesi europei, riportiamo il procedimento di prevenzione nell'ambito del procedimento penale. Un altro piccolo passaggio, per esempio, è quello che prevede la riforma: l'inserimento nel collegio di un giudice del fallimento è un fatto molto importante, perché serve a decidere meglio le posizioni dei creditori.

Se mettiamo assieme tutti questi elementi, il processo di prevenzione corre verso la giurisdizionalizzazione totale. Io credo che i magistrati non siano contrari a questa evoluzione, anzi credo che siano favorevoli; però bisogna costruire il processo di prevenzione come un procedimento più completo, più adeguato, trattandosi pur sempre di un accertamento sommario.

Si dovrebbe dire, però, che così finiamo per snaturare la stessa misura di prevenzione, se deve essere stato comunque condannato. Chiamiamo la pericolosità in maniera diversa se è un fatto terminologico, diciamo che occorrono fatti concludenti rispetto alla circostanza che quel soggetto faccia parte o abbia fatto parte dell'associazione; anche perché non ci si fida della sola sproporzione, ma già questo in qualche modo c'è nella disciplina della confisca misura di prevenzione che richiede in alternativa alla sproporzione, la prova indiziaria dell'origine illecita. Diversamente l'art. 12-sexies del D.L. 306/1992 non aggancia la confisca alla illiceità della provenienza,...



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Ho fatto una riunione con i Questori del distretto, perché non venivano affatto disposte misure di prevenzione o ne venivano disposte poche; e quelle che ci sono vengono poste in essere dalla DDA in genere. Non mi risulta che ci siano state misure che abbiano comportato una cooperazione. Nondimeno, secondo i decreti legislativi dovremmo essere coinvolti in questa materia come procure generali, dato anche che il riconoscimento va fatto e il provvedimento viene mandato direttamente alla Corte d'Appello; ma, siccome la Corte d'Appello decide con il procedimento dell'art. 127 c.p.p., è chiaro che il p.m. deve intervenire o può intervenire con un parere scritto o va sentito se è presente all'udienza. Probabilmente in Calabria ne troveremo di più (mi posso informare se nel mio ufficio ci sono stati casi di richiesta di cooperazione di altri Paesi europei sulle misure di prevenzione).

Abbiamo un protocollo (ne ho portato una copia) che serve per agevolare i rapporti fra il nostro Paese e gli altri Stati europei utilizzando la mediazione di Eurojust, con riferimento alle rogatorie, al mandato di arresto europeo, alle squadre investigative comuni e alla prevenzione dei conflitti di giurisdizione. Sono disposizioni molto importanti che per la verità non abbiamo ancora avuto la possibilità di sperimentare, perché queste norme scattano nel momento in cui tutte le parti forniscono le informazioni che debbono fornire. Inoltre, ci sono anche il sequestro probatorio e altri strumenti di cooperazione internazionale e di mutuo riconoscimento. In tutti questi settori, che sono fra l'altro quelli richiamati dai decreti legislativi di attuazione (approvati l'anno scorso), nel 2006 abbiamo raggiunto questa intesa attraverso uno scambio tempestivo di informazioni e di atti, per cercare di velocizzare i procedimenti previsti per le singole materie. Speriamo funzioni; d'altra parte non c'è ragione perché ciò non accada.

Il protocollo è una sorta di sensibilizzazione, consiste in uno scambio di intenzioni. Infatti la legge c'è già, ma la cooperazione è ancora basata sulla buona volontà degli attori della stessa, non sempre avviene con facilità; quindi, secondo me è molto utile e importante che due parti manifestino reciprocamente la volontà di collaborare con lo scambio di informazioni e di atti e si impegnino a farlo tempestivamente, anche per i risultati che si possono ottenere in riferimento ad altre parti che debbono interloquire o intervenire.

Dopodiché in relazione ad Eurojust si pone anche un problema di informazione tempestiva che non sempre c'è; allora attraverso le procure generali loro possono avere questa tempestività che serve. In altri termini, ci sono gli istituti, però l'attuazione dipende dalla buona volontà degli operatori; se poi non c'è la buona volontà delle persone e un ufficio non manda le carte a Eurojust e le manda direttamente al Ministero o all'autorità omologa di un altro Paese, non accade nulla.

Con riguardo al Pubblico Ministero Europeo in linea di principio non sono contrario, soprattutto per alcuni reati, quelli gravi, associativi, transazionali.

Con la formula "interessi finanziari" (espressione che ricorre nella norma di origine) a cosa si fa riferimento? Sappiamo bene che le risorse economiche in molte regioni del nostro Paese vengono sfruttate o direttamente o mediante l'interposizione di gruppi criminali organizzati; tutto avviene in un'ottica organizzata. L'UE si dovrebbe



Parte II – Sezione II – Le audizioni

rendere conto di ciò; se vogliono chiudere gli occhi rispetto a fenomeni che partono dall'Italia e poi coinvolgono la Francia, l'Olanda etc..., adottano una visione riduttiva.

Mi ricordo che già trent'anni fa, quando intervenivano i contributi per le arance, in Sicilia non era il singolo proprietario dell'agrumeto che cercava di lucrare la risorsa europea, bensì erano i gruppi criminali che andavano nelle campagne e con le buone o le cattive si facevano dare i "catastini" (si chiamavano così); poi questi terreni, anche se erano incolti o a mandorleto, all'improvviso diventavano coltivati ad agrumi. Attraverso la certificazione che si doveva fornire, si lucravano contributi. Oppure, ancora, per la distribuzione delle arance, i camion entravano e uscivano vuoti dai punti di raccolta ma venivano pesati e calcolati come se fossero stati pieni. Questa è storia nel nostro Paese e parlo già degli anni '80. Dopodiché i contributi sono stati erogati per qualsiasi tipo di attività economica; sono stati strutturati in maniera più raffinata, ma non per questo la criminalità ha difficoltà ad appropriarsene.

Abbiamo la legislazione migliore in materia di criminalità organizzata, credo da tutti i punti di vista; anche se questo non ci fa certo onore, perché abbiamo la criminalità organizzata più agguerrita.

Credo sia una buona legge, perfettibile certo perché deve adeguarsi al tipo di dichiarazioni che vengono rese dai collaboratori, al tipo di processi, al tipo di persona che collabora con l'autorità giudiziaria; ma credo che in Europa non esista una legislazione come la nostra. Quando ero in Commissione si tentava spesso di collocare i testimoni in altri Paesi per cercare di proteggerli, ma c'era sempre il problema che gli altri Paesi non avevano legislazioni adeguate; trovavamo grandi difficoltà. Un accordo in questo senso sarebbe per noi italiani molto importante, soprattutto nell'ottica dei collaboratori. Il testimone deve essere protetto nella zona dov'è, se vi vuole rimanere; altrimenti diventa una sconfitta che il testimone se ne debba andare e il delinquente resti.

Per esempio, a Catania abbiamo avuto esempi importanti in cui lo Stato ha investito molte risorse economiche, umane e tecniche per proteggere un imprenditore nella sua città e ciò è stato fatto pure a Napoli, a Reggio Calabria. In alcuni casi, altri testimoni possono voler scegliere di non restare, di intraprendere iniziative altrove e vanno aiutati in tal senso. Non me ne occupo da un po'; probabilmente anche qui la legislazione andrebbe rivisitata, ma negli altri Paesi europei nemmeno esiste. Riuscire a persuadere gli altri Stati ad adottare una legislazione adeguata al loro contesto interno e simile alla nostra legislazione sarebbe un grande passo in avanti; altrimenti anche lì la protezione diventa una mera norma manifesto.

Adesso non sono in grado di dire cosa si possa fare per rendere funzionanti in maniera legale i mercati ortofrutticoli. So solo che sui mercati ortofrutticoli abbiamo sempre lavorato fin dal 1993. Per esempio ci occupammo (io da Catania e la collega Barbaini da Milano) del mercato ortofrutticolo di Vittoria: c'erano collegamenti molto stretti fra alcuni "stiddari", alcuni esponenti di Cosa Nostra insediati nel mercato ortofrutticolo di Milano erano in collegamento con quello di Vittoria.

Da allora l'attenzione è stata alta, i processi hanno avuto esiti diversi. Dopodiché c'è stata una rete comune criminale che si è occupata dei mercati ortofrutticoli e tutto questo venne fuori con chiarezza quando si indagò sul mercato ortofrutticolo di Fondi: agli inizi degli anni duemila, si scoprì che i mercati di Vittoria, Milano e Fondi erano tutti



Parte II – Sezione II – Le audizioni

in collegamento. In base agli accordi siglati tra i gruppi criminali, i produttori di prodotti ortofrutticoli vendevano la loro merce ai grossisti del mercato di Vittoria, il mercato di Vittoria li mandava in Campania al mercato di Fondi dove la merce veniva pulita, confezionata e impacchettata e spedita nuovamente al mercato di Vittoria, da cui partiva per tutti gli altri mercati ortofrutticoli sia siciliani che del nord Italia (Milano, Verona, etc...); tutti questi movimenti ovviamente facevano lievitare i costi dei prodotti, ognuno di questi passaggi era appannaggio di un'organizzazione criminale. A Vittoria avrebbero potuto benissimo costruire le cassette per frutta e verdura, però lo dovevano fare i casalesi; a Fondi chiunque avrebbe potuto assicurare i trasporti, ma in Sicilia li forniva Cosa Nostra; e così in Calabria per la 'ndrangheta etc... Insomma, si era creata una rete criminale e ogni cosca si assicurava una parte degli illeciti profitti.

Questi collegamenti ci sono sempre stati e sono molto più gravi del fatto che in un mercato uno *stand* sia legato alla criminalità organizzata. I mercati sono una forma di ricchezza e dove c'è ricchezza vi è comunque una presenza criminale, perché le organizzazioni criminali non si lasciano sfuggire occasioni per acquisire ricchezza.

Devo dire la verità, non sono al momento in grado di dire come si possa evitare preventivamente questo problema del mercato. Si dovrebbe studiare tutta la legislazione amministrativa relativa all'inserimento e all'acquisizione di una concessione all'interno del mercato, così da capire quali sono i rapporti, se ci sono modalità particolari, sia per tabelle merceologiche sia per quantità di spazi e altro; solo così si possono mettere in campo strumenti per prevenire l'infiltrazione della criminalità organizzata e il controllo operato dalla stessa criminalità non solo del mercato dal punto di vista statico ma altresì di tutti i cicli produttivi che i mercati consentono.

Queste carte dell'indagine di Fondi sono importantissime (io mi occupai delle indagini dalla Procura nazionale come coordinamento). E' emersa questa rete che era impressionante e che decuplicava i prezzi dei prodotti, con gravi pressioni soprattutto sugli agricoltori (sono atti che si dovrebbero rileggere).

Rileva anche il tema della contraffazione dei marchi. La criminalità organizzata riesce a inserirsi in questo circuito piazzando prodotti italiani all'estero, piazzando prodotti che non avrebbero diritto di essere piazzati, mediante contraffazioni di marchi. Non si tratta dell'immigrato che vende la borsa nella strada; piuttosto questo fenomeno assume un rilievo molto importante a carattere internazionale, collegandosi direttamente al problema dei prodotti alimentari e della agricoltura.

A Milano un ufficio si occupa dell'internazionale; l'ho ridisegnato e si compone di tre magistrati, di cui una, la collega Ciaraulo, è anche punto di contatto per la rete europea, corrispondente di Eurojust e gli altri due sono i colleghi Gualdi e Santamaria (quest'ultimo ha un'esperienza importante in materia internazionale, perché svolge quest'attività da molto tempo). Questo ufficio funziona molto bene (per esempio, il risultato della bambina che è tornata in Italia è dovuto anche al compimento degli atti compiuti dalla collega del nostro ufficio).

Rileviamo, ad esempio, problemi con l'Albania, nello specifico con l'esecuzione delle pene italiane in Albania. Loro applicano delle riduzioni e dei benefici che in Italia non si possono applicare; l'esecuzione di pena in Albania si trasforma in una riduzione totale di pena, tale per cui chi deve scontare dieci anni ne sconta al massimo due. Il nostro



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Paese deve affrontare questo problema, probabilmente ridiscutendo l'accordo che c'è fra noi e l'Albania su questo punto.

Per esempio, in Albania applicano due volte la riduzione per il rito abbreviato che il detenuto ha avuto già in Italia oppure applicano l'indulto per certi reati per i quali in Italia la L. n. 241/2006 non lo consentirebbe. Quindi persone molto pericolose scontano una quantità di pena di gran lunga inferiore, tanto che, in un caso, noi come ufficio abbiamo chiesto alla Corte d'Appello di negare il riconoscimento della sentenza straniera ai fini dell'esecuzione all'estero della sentenza di condanna e, conseguentemente, di non riconoscere l'attestazione di pena espiata che loro avevano rilasciato. Speriamo che la Corte d'Appello accolga questa nostra richiesta; in caso di accoglimento, per il nostro ordinamento sarebbe come se quel soggetto non avesse espiato la pena. Più precisamente, in questo caso che sto menzionando, in Albania hanno duplicato il beneficio per la riduzione prevista per il rito abbreviato, che era già stato riconosciuto dal nostro tribunale; hanno applicato l'indulto (quindi con lo sconto di tre anni di reclusione) che nel nostro Paese per quel titolo di reato non poteva essere applicato; hanno concesso un beneficio (a noi sconosciuto e nemmeno normativamente richiamato), in virtù del quale per ogni anno scontato loro ne hanno contato uno e mezzo. Il risultato è che questo soggetto, pur essendo stato condannato a sette anni e sei mesi di reclusione, ha complessivamente scontato un anno, quattro mesi e tre giorni di reclusione; hanno poi rilasciato questo attestato di pena eseguita, che va riconosciuto nel nostro Paese. Noi abbiamo chiesto alla Corte d'Appello di non riconoscere l'esecuzione della pena, perché si tratta evidentemente di un meccanismo che non possiamo accogliere, né in realtà corrisponde a quello che è previsto dagli accordi internazionali. Per quanto questo non inerisca a ciò di cui abbiamo discusso, credo che bisognerebbe intervenire.

Richiamo tutto ciò per sottolineare che noi seguiamo con molta attenzione tutte le vicende internazionali. Si pensi alla vicenda della De Sousa, cui è stata concessa la grazia di un anno. L'abbiamo seguito con molta attenzione; abbiamo fatto il MAE ma in Portogallo avevano concesso l'estradizione a condizione che si facesse un nuovo processo. In questo caso, però, l'imputata aveva goduto di tutte le garanzie previste dalla legge in caso di assenza, aveva ricevuto in maniera regolare i suoi atti e per noi l'estradizione era piena; è intervenuta la grazia del Capo dello Stato per un anno, che però abbassa la pena, per cui poi la donna ha potuto godere dei benefici penitenziari.

A mia memoria non ci sono stati casi in cui il MAE è stato rifiutato, perché poi in Italia il soggetto appartenente all'associazione di stampo mafioso sarebbe sottoposto al trattamento di cui all'art. 41-bis della L. 26 luglio 1975 n. 354; so che c'è stato un caso in Inghilterra.

Nella sentenza delle Sezioni Unite sul captatore informatico c'è un passaggio della motivazione in cui sostanzialmente si accomuna il terrorismo ai reati di criminalità organizzata; questa è una novità importante, dato che, soprattutto a livello internazionale, il terrorismo non viene considerato criminalità organizzata, mentre nel nostro Paese la legislazione, soprattutto processuale, è la stessa. In questo passaggio la sentenza, nell'indicare i reati per i quali si può utilizzare il captatore, menziona anche



Parte II – Sezione II – Le audizioni

questi reati; d'altra parte li indica come reati di cui all'art. 51, co. 3 *quinques* c.p.p., perciò questo diventa un passaggio importante da poter esportare anche in Europa.



SANDRO MENICHELLI

29 marzo 2017

(Trascrizione: dott.ssa Giulia Zappalà)

Maugeri: In considerazione del ruolo e della Sua esperienza, gradirei che ci parlasse del ruolo che, nell'ambito della lotta al crimine organizzato, può avere Europol, alla luce anche del nuovo Regolamento 794 del 2016 e se secondo Lei c'è ancora qualcosa da fare per poter valorizzare il ruolo di Europol.

Menichelli: Vorrei ringraziare per l'opportunità che mi è stata offerta di condividere questa esperienza ad un tavolo tecnico.

Vorrei iniziare permettendomi di correggere parzialmente la premessa, perché non possiamo parlare di quanto Europol può fare, ma di quanto Europol deve fare proprio alla luce del Regolamento EU; e ciò anche alla luce di tutta una serie di provvedimenti, - di cui alcuni anche di natura normativa (regolamento, direttiva) che criptano alcune linee guida -, le quali dovranno informare l'attività di questa agenzia dell'Unione Europea, alla luce del nuovo Regolamento che appunto entrerà in vigore il prossimo 1° maggio.

Per trattare di Europol e della relativa azione nei confronti della criminalità organizzata, credo che si debba partire dalla valutazione dell'obiettivo di questa agenzia, cioè a dire sostenere e rafforzare l'azione degli Stati membri e la loro cooperazione reciproca al fine di prevenire e contrastare la criminalità organizzata nonché, secondo i gradi di criminalità, il terrorismo o comunque forme di criminalità che interessano due o più Stati membri in applicazione del principio di sussidiarietà.

Naturalmente, per svolgere tali funzioni l'agenzia dovrà: raccogliere, conservare, trattare, analizzare e scambiare ogni informazione relativa a queste fattispecie criminali nonché comunicare tali dati agli Stati membri attraverso le unità nazionali Europol; partecipare attivamente ad iniziative comuni; contribuire o anche chiedere l'avvio di indagini penali; fornire informazioni sul costo analitico agli Stati membri; preparare valutazioni, analisi strategiche ed operative oppure rapporti generali sulla situazione afferente (in questo caso parliamo di criminalità organizzata ma afferente anche al terrorismo); approfondire le conoscenze specialistiche sugli strumenti di prevenzione della criminalità, le procedure investigative e i metodi di polizia scientifica; fornire formazione specializzata e assistenza agli Stati membri nell'organizzazione della formazione; cooperare con i vari organismi dell'Unione come l'OLAF; fornire informazioni alle strutture e alle delegazioni europee nonché sostenere l'azione degli Stati membri volta a prevenire e combattere le forme di criminalità che rientrano nel proprio mandato, cioè quelle deducibili dall'elenco di cui all'allegato 1 del Regolamento cui Lei faceva riferimento.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Ma in concreto come si coniuga l'azione di Europol nel quadro generale dell'azione dell'UE?

Menichelli: In buona sostanza l'attività che Europol svolgerà in esecuzione di questi compiti ha la sua base in un documento che prende il nome dall'acronimo di OCTA (*Organised Crime & Threat Assessment*) e che annualmente individua le priorità operative nell'ambito dell'UE alla luce delle evoluzioni delle minacce che vengono poste di volta in volta dalla criminalità organizzata. Sulla base di questa valutazione che Europol effettua con cadenza annuale, la questione passa agli organi del Consiglio, che adottano le conclusioni sulle priorità dell'UE in tema di lotta alla criminalità organizzata: così, nel giugno 2013 furono adottate le conclusioni per il periodo 2014; nel giugno 2017 si formuleranno le conclusioni relative al periodo 2018/2021.

Attraverso l'anzidetto passaggio, attraverso l'individuazione di queste priorità nell'azione di lotta e di prevenzione della criminalità organizzata e delle sue diverse fenomenologie, vengono adottati piani di azioni pluriennali per ogni priorità e tali piani si concludono in un cd. "ciclo politico" che ha lo stesso periodo di vita delle conclusioni proiettate dall'UE. Quindi, l'Unione adotterà le proprie priorità operative e le coniugherà, nell'arco di tempo 2018/2021, attraverso una serie di piani di azione pluriennali. Sulla base di questi ultimi vengono elaborati i piani annuali che indicano, per le varie fenomenologie criminali, i compiti dell'Unione, degli Stati membri e della Commissione. Va detto che, in tutto questo lavoro che viene fatto all'interno dell'Unione, il ruolo di Europol è centrale, perché quest'agenzia spesso dovrà fungere da raccordo tra vari attori presenti nell'Unione al fine di contribuire a meglio definire le priorità nonché di garantire al meglio l'attuazione dei suddetti piani.

Ora, da un punto di vista concreto, prendendo in considerazione le valutazioni di Europol nell'OCTA 2017 (in virtù delle quali, come appena detto, l'Unione fisserà le proprie priorità strategiche per il periodo 2018/21), va osservato che Europol in questo documento ha individuato alcune aree di interesse, per così dire, "funzionale" per la criminalità organizzata. Sicuramente è stato rilevato grande ricorso a documenti contraffatti, riciclaggio di denaro; possiamo parlare anche di vendita *online* di beni e merci illegali, di traffico di migranti, di traffico di essere umani, di varie forme di frode, tutti eventi caratterizzanti la funzionalità delle organizzazioni criminali.

Evidentemente si parla di criminalità organizzata; però, quando ne parliamo nell'ambito dell'UE e dei suoi diversi attori, dobbiamo intenderci, perché – e qui mi aggancio al secondo aspetto cui Lei faceva riferimento (cioè cosa si potrebbe fare di più) – evidentemente questa è una nota dolente. Il concetto di crimine organizzato, almeno come lo decliniamo noi in Italia, non è lo stesso per come declinato nell'UE e in altri Paesi della stessa, perché è evidente che le sensibilità, le tradizioni, gli aspetti ordinamentali sono diversi e non tutti i Paesi membri hanno avuto l'esperienza di organizzazioni criminali di tipo mafioso che abbiamo avuto noi.

Maugeri: Chiaramente Lei fa riferimento al concetto di "associazione di stampo mafioso"?



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Menichelli: Lei mi insegna che l'unica definizione di criminalità organizzata è quella della Convenzione di Palermo, che in parte è stata poi ripresa nel 2008 dall'Unione Europea con la Decisione Quadro 2008/841/GAI. Quest'ultima definiva l'organizzazione criminale come un'associazione strutturata di più di due persone stabilita da tempo in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a 4 anni o con una pena più grave, per ricavarne direttamente o indirettamente vantaggi finanziari o altri vantaggi materiali.

Su questo punto dovrà lavorare l'UE (io mi auguro che ciò avvenga sotto la forte spinta italiana sulla base della cui esperienza tanto si è fatto) non per cercare di adottare un "nome" che risulti familiare alla nostra esperienza nazionale (come, appunto, la nozione di associazione di stampo mafioso fatta propria dall'art. 416-bis c.p.), ma quantomeno per cercare di rendere partecipi anche gli altri Stati membri – soprattutto quelli del nord Europa – che questo tipo di definizione è funzionale a combattere le diverse forme di criminalità; e ciò in quanto naturalmente possono cambiare i metodi, però le organizzazioni criminali, per come agiscono anche nel resto dell'Unione, hanno evidentemente un interesse comune, ossia fare profitto attraverso lo svolgimento di attività criminali. Come dicevo prima, fenomeni criminosi quali il traffico di droga, il traffico di armi, la contraffazione di documenti interessano anche il nord Europa, Copenaghen o Stoccolma; quindi dovremo lavorare molto per convincere gli altri Stati membri.

Devo dire che il Parlamento europeo sta iniziando a maturare una sensibilità su questo tema: nella scorsa legislatura c'era stata una sottocommissione – definita CRIM – della commissione LIBE, che aveva redatto un rapporto sulla criminalità organizzata dell'UE in cui si evidenziava questa mancanza.

Naturalmente va detto che questo lavoro sarà difficile perché contrasta con tante sensibilità e tradizioni giuridiche, ordinamenti o aspetti ordinamentali degli altri Stati membri. Al contempo si tratta comunque di un lavoro necessario perché la minaccia è reale, concreta: pensiamo soltanto alle organizzazioni criminali che sfruttano l'immigrazione clandestina, fenomeno che è aumentato in modo considerevole negli ultimi anni, e alla gestione da parte delle organizzazioni criminali della tratta di esseri umani; si pensi, poi, ai fenomeni criminosi connessi a quelli anzidetti, come l'uso di documenti contraffatti o documenti originali ma rubati, lo sfruttamento sessuale, l'utilizzo delle persone nel mercato della droga o ulteriori pratiche criminali. Le organizzazioni criminali possono essere talmente ben strutturate da riuscire anche ad organizzare il traffico di migranti come funzionale all'esecuzione di altre fattispecie criminali. L'OCTA ha rilevato che il traffico di migranti e la tratta degli esseri umani rappresentano rispettivamente il 10% e il 7% delle attività di lucro delle organizzazioni criminali presenti nell'UE, le quali adottano il tipico *modus operandi* consistente nella coercizione, nell'uso della violenza e di minacce nei confronti di queste persone o dei familiari che sono rimasti a casa.

Naturalmente poi Europol trae la legittimazione ad operare nei confronti della criminalità organizzata non solo dal Regolamento del 2016 e dalla Convenzione Europol ma anche da ulteriori atti normativi. A titolo di esempio ricordo che con riguardo alla tratta di esseri umani e allo sfruttamento dell'immigrazione clandestina Europol dovrà



Parte II – Sezione II – Le audizioni

lavorare di concerto con Frontex e con la nuova agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, perché si dovranno organizzare controlli, di prima e seconda linea, sulle persone che arrivano alle frontiere esterne dell'Unione.

Un ulteriore elemento molto importante dell'azione di Europol attiene alla direttiva sul *Passenger Names Record* (PNR) dell'UE. Quando si parla di PNR dell'UE lo si collega al tema della prevenzione e del contrasto del terrorismo. Ci si dimentica, però, che in quella direttiva l'allegato, che individua le fattispecie incriminatrici in forza delle quali può essere consultato questo nuovo sistema informativo, non attiene solo al terrorismo, ma anche alla criminalità organizzata e ad altre forme di criminalità che vengono individuate in quell'elenco. Si tratta di ben 26 fattispecie (lo stesso numero di fattispecie richiamato nella disciplina del mandato d'arresto europeo) che rappresentano le disposizioni incriminatrici più gravi a livello dell'UE, per cui possono interessare uno o più Stati membri.

Ciò significa che Europol potrà ricevere informazioni e svolgere il proprio ruolo anche alla luce delle informazioni che gli Stati membri riceveranno dai vettori aerei sulla base del nuovo sistema informativo del *Passenger Names Record*. Per tal via Europol amplia di molto il novero delle proprie attività, che poi verranno coniugate con i compiti che tradizionalmente questa agenzia deve svolgere (le attività di sostegno agli Stati membri, le analisi strategiche a sostegno dello sviluppo operativo). In altri termini Europol avrà accesso a informazioni che attengono anche all'uso di vettori aerei, quindi questo è un ampliamento considerevolissimo dello spettro delle sue attività.

Maugeri: Le vorrei chiedere due precisazioni: riguardo al rapporto con Eurojust – rapporto previsto dal regolamento al Titolo VI, par. 4 – nella prassi concreta questo coordinamento, lo scambio di informazioni, funziona. Ci sono ostacoli o è un sistema collaudato?

Menichelli: È una strada da continuare a percorrere, nel senso che il nuovo Regolamento detta le linee affinché questa collaborazione con Eurojust sia ulteriormente rafforzata. Però sarebbe scorretto dire che essa funziona già perfettamente, quindi sicuramente andrà rafforzata. Il rafforzamento della correlazione tra Europol ed Eurojust sarà obbligatorio e ciò si colloca nel solco della collaborazione che Europol è tenuta ad assicurare non solo ad Eurojust, ma anche a tutte le altre agenzie dell'Unione Europea, come Frontex o CEPOL.

Per quanto riguarda la formazione degli operatori di polizia, sicuramente è stato fatto qualcosa, sulla base di quello che era possibile alla luce della Convenzione Europol, ma di gran lunga si dovrà cambiare passo e migliorare. Faccio un esempio concreto che non riguarda Eurojust, ma dà la misura dell'importanza di accelerare in questa collaborazione inter-agenzie. La collaborazione tra Europol e Frontex era vitale perché potesse essere affrontato in modo uniforme e sotto diverse visuali il tema del contrasto all'immigrazione illegale; ebbene, solo dopo parecchi anni si è riusciti a pervenire a un accordo di tipo operativo tra queste due agenzie. La stessa cosa dovrà essere fatta con le altre agenzie e dovrà essere sviluppato ulteriormente quel tipo di rapporto informativo.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Similmente Europol dovrà concludere accordi con Paesi terzi ed organizzazioni internazionali, perché adesso avrà ulteriormente il potere di andare in questa direzione. Riporto un esempio concreto, recentissimo. Nel dicembre 2016 in Danimarca si è svolto un referendum per uscire dall'UE per quanto riguarda la cooperazione politica; il referendum è stato spiegato ponendo in evidenza che il popolo danese ha deciso che il Paese non voleva più soggiacere all'UE in materie operative. Successivamente a queste votazioni, il primo Ministro danese si è incontrato con il Presidente della Commissione europea, Juncker, per chiedere di arrivare comunque ad un accordo di tipo operativo tra il Regno di Danimarca ed Europol, affinché, in quanto Paese terzo, la Danimarca potesse continuare a usufruire, sia pure in forma diversa da quanto previsto nel Trattato, delle informazioni che uno strumento come Europol può offrire. Così come adesso sarà per la Danimarca – considerata, sotto il profilo della cooperazione di polizia, Stato terzo – evidentemente Europol dovrà rapportarsi a tutta una serie di Stati terzi da cui si ritiene possano prevenire problemi di criminalità organizzata, non solo diretta ma anche funzionale all'integrazione di altre fattispecie incriminatrici (in tema di immigrazione illegale, si pensi a tutti i paesi del bacino mediterraneo e ai paesi del centro Africa).

Maugeri: Il Dott. Paci, Procuratore Aggiunto a Reggio Calabria, che si occupa di 'ndrangheta, ci parlava di rapporti con una serie di Paesi terzi anche dell'America Latina, nell'ambito della lotta al narcotraffico. Ci sono già dei casi in cui Europol ha cooperato con Paesi terzi anche dell'America latina?

Menichelli: Sì, ci sono stati casi di questo tipo. Adesso non ricordo esattamente i contenuti di questi accordi, o come siano stati attuati, però Le posso assicurare che è stato siglato un certo numero di accordi di tipo operativo.

C'è poi un tema che, quando parliamo di questo tipo di accordi, si tende a dimenticare: possono essere scambiati certi tipi di dati, anche personali, ma nel rispetto di alcune garanzie (come il diritto alla *privacy*) e di condizioni incluse nel nuovo Regolamento nonché, naturalmente, con l'accordo del Paese terzo che ha fornito queste informazioni.

Inoltre Europol adesso potrà fruire di un ulteriore strumento di informazioni, avendo accesso alle diverse banche dati dell'UE: mi riferisco a tutte le informative di seconda generazione, al sistema informativo... (inaudibile), in futuro..., un regolamento sul quale stiamo lavorando adesso e che sta partendo con il Parlamento e la Commissione. Il novero delle possibilità offerte ad Europol è immenso; adesso con il nuovo regolamento entrato in vigore l'1 maggio, vedremo come la *leadership* di Europol valorizzerà questo patrimonio che è stato messo a disposizione.

Maugeri: Poco fa Lei parlava della difficoltà dei colleghi stranieri di comprendere il nostro concetto di crimine organizzato; questo quindi riguarda anche le forze di polizia. Si tratta di un problema che abbiamo riscontrato in maniera diffusa parlando con diversi pubblici ministeri, procuratori di varie realtà italiane. Conferma, quindi, che anche per le forze di polizia emerge questa difficoltà?



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Menichelli: Le forze di polizia straniere vivono in concreto la loro realtà ordinamentale, per cui, se un reato non è previsto dall'ordinamento, è difficile chiedere la criminalizzazione di condotte che per loro non sono penalmente rilevanti. Possono essere consapevoli del nostro problema, coscienti, comprendere le nostre ragioni, ma non è detto che possano fare più di tanto. Quindi non si pone tanto un problema di comprensione; la forza di polizia può capire di che si tratta, dato che il concetto è comprensibile facilmente, essendo sotto gli occhi di tutti. Il problema, però, risiede nella difficoltà di applicare fattispecie che il loro ordinamento non contempla affatto.

Maugeri: Lei poco fa accennava al discorso delle garanzie difensive. Ora c'è anche questa maggiore sensibilità a livello europeo, alla luce del programma di Stoccolma, e si è fatto molto di più per cercare anche di stare attenti a questo profilo. A Suo avviso, è sufficiente ciò che è stato previsto e introdotto, o ancora emerge un approccio eccessivamente securitario – come viene definito – rispetto all'aspetto delle garanzie, che però poi pone anche problemi nella prassi concreta? Penso all'ambito delle indagini, al problema dell'uso delle intercettazioni che è emerso parlando con dei pubblici ministeri (ad esempio, in alcuni Paesi, per motivi di *privacy*, si deve interrompere l'intercettazione appena si parla di qualcosa di privato e ciò rende le intercettazioni quasi inutili).

Menichelli: In risposta alla Sua domanda direi che non è tanto un problema di garanzia difensiva, perché la stessa evidentemente trova ragion d'essere nel momento in cui c'è un'indagine o un processo; qui si parla di garanzia della tutela dei diritti fondamentali tra cui la tutela della riservatezza e dei dati personali. Necessariamente questo è stato vissuto in modo concreto nell'ambito dell'UE e si è arrivati alla modifica delle vecchie normative in materia di protezione dei dati. Non parlerei pertanto di garanzie difensive, perché questo profilo attiene ad una fase in cui un processo è in atto, quanto al tema – che è veramente centrale per l'Unione Europea – della protezione della riservatezza dei dati personali.

Sulla base di questa considerazione, noi abbiamo avuto un processo legislativo che ha portato a modificare la normativa UE esistente in materia di protezione dei dati. Abbiamo un nuovo Regolamento e una nuova Direttiva sulla protezione dei dati. E soprattutto abbiamo dovuto agire in questi termini non solo per quanto riguarda la tutela della protezione dei dati in sé, ma anche sotto il profilo del tempo per cui i dati personali possono essere conservati negli archivi informatici dell'Unione; a quest'ultimo riguardo si è ritenuto che il periodo di conservazione dei dati potesse essere limitato per garantire la proporzionalità di questa misura rispetto all'obiettivo da raggiungere. Tant'è che nell'UE è attivo anche un Garante Europeo per la protezione dei dati. Si tratta di una figura di riferimento per tutti coloro che considerano questo tema prioritario, tanto che quando si agisce per costruire una norma diretta a migliorare la capacità di *law enforcement agency* (che evidentemente non concerne solo le forze di polizia, ma anche le procure) si deve tenere conto del parere del Garante della Protezione dei dati. Altrimenti si corre il rischio di predisporre un regolamento che, pur essendo molto avanzato sul piano della definizione delle possibilità operative delle strutture investigative, delle



Parte II – Sezione II – Le audizioni

procure nazionali o dello stesso Europol, potrebbe essere annullato dalla Corte di Giustizia perché sacrifica beni come la protezione della riservatezza.

Al riguardo richiamo il seguente esempio. Quando si è trattato di negoziare la nuova Direttiva sul cd. *Passengers Information Unit* (un nuovo strumento informativo che riguarderà anche Europol e che attiene anche alla criminalità organizzata e ad altre fattispecie incriminatrici contemplate nell'allegato), evidentemente la nostra maggiore difficoltà ai fini del raggiungimento di un accordo nel Parlamento Europeo ha riguardato proprio il tema della protezione dei dati personali. Il Parlamento, infatti, non voleva dare il proprio consenso in quanto riteneva che uno strumento di quel genere fosse eccessivamente invasivo della libertà degli individui, soprattutto sotto il versante della protezione della loro riservatezza, e quindi di fatto fosse contrario al Trattato, perché non proporzionato. Si pensi che questo negoziato era stato avviato nel 2012 ma si era arenato nella passata legislatura; siamo poi riusciti a riattivarlo e a portarlo a compimento con l'accordo in Parlamento europeo. Le dico, a tal riguardo, che i parlamentari soprattutto del Nord Europa hanno per anni posto in essere un'azione di blocco, ritenendo lo strumento troppo invasivo dei diritti dell'individuo; evidentemente, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, ne avrebbero risentito proprio le forze di polizia, le procure, Europol e quanti altri svolgono attività nell'ambito di quelle fattispecie criminose cui facevo riferimento.

Maugeri: Con riguardo ai futuri rapporti con l'EPPO, il Procuratore Europeo, come vede il ruolo di Europol?

Menichelli: Se e quando ci sarà il Procuratore Europeo, io penso che Europol avrà solo interesse a che questo venga portato alla luce; quindi, da questo punto di vista, Europol vedrà assolutamente con favore la presenza di una figura unitaria del genere.

Maugeri: Un altro profilo che mi interessa molto nell'ambito della lotta al crimine organizzato è l'aspetto della lotta dal punto di vista patrimoniale, l'applicazione dei provvedimenti di confisca. Nella prassi, emerge una sufficiente preparazione anche di Europol nelle indagini di carattere economico-patrimoniale?

Menichelli: Il personale di Europol è composto da soggetti che vengono distaccati dagli Stati membri per un periodo di tempo determinato. Evidentemente ci può essere qualcuno che proviene da esperienze importanti in questo ambito di azione contro la criminalità organizzata; altri Paesi membri possono portare soggetti che non hanno lo stesso tipo di esperienza. Quindi, secondo me, da quel punto di vista ci si trova un poco indietro, anche perché non tutti hanno l'esperienza che noi abbiamo maturato in tema di misure patrimoniali; quindi chi va ad Europol e non viene da un *background* di quel genere potrebbe fare un po' di fatica.

Maugeri: Probabilmente questo è un settore che dovrebbe essere forse potenziato, proprio come scelta politica, in modo da inviare le persone giuste e creare



Parte II – Sezione II – Le audizioni

una struttura all'interno di Europol specializzata in questo tipo di indagini. Mi sembra cruciale nell'ambito della lotta alla criminalità.

Menichelli: Certamente, perché noi abbiamo una legislazione avanzata di settore, ma altri no. Quindi chiaramente si può migliorare l'azione di Europol mandando persone qualificate e formate in questa materia.

Maugeri: Da questo punto di vista, come vede la proposta di regolamento UE presentata a dicembre, che parla di mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca senza condanna, ma pronunciati in un procedimento penale?

Menichelli: Non mi permetto di esprimermi al riguardo perché questa materia viene seguita dai colleghi.

Maugeri: Ci sono altri profili sui quali vorrebbe dirci qualcosa?

Menichelli: Il profilo evidentemente è di tipo non giuridico, ma il valore aggiunto dell'UE in questo ambito di collaborazione è dato dallo scambio di informazioni tra Paesi membri con e attraverso Europol, mediante l'applicazione del principio di disponibilità: se io ho un'informazione, la metto a disposizione degli altri Stati membri. Evidentemente il mio auspicio è che tutti gli Stati membri dell'UE abbiano presente la minaccia rappresentata dalla criminalità organizzata – non necessariamente ed esclusivamente quella tipicamente italiana, che agisce secondo le modalità di tipo mafioso – e che quindi, sulla base di questa acquisita consapevolezza, decidano di mettere a fattor comune, proprio in applicazione del principio di disponibilità, le diverse informazioni di polizia in loro possesso. Diversamente, si rischia di alimentare un clima di mancanza di fiducia reciproca di cui certo si avvantaggiano solo le organizzazioni criminali.

Maugeri: Un'altra cosa sulla quale vorrei ci soffermassimo di più: abbiamo parlato tanto del ruolo di Europol, delle competenze e del significato. Ma, nella prassi concreta, vorrei ci parlasse del ruolo di Europol in relazione alla possibilità di partecipazione a squadre investigative comuni, di scambio di informazioni, anche attraverso i meccanismi previsti, in modo da “stimolare” le indagini nei Paesi membri. Questo ruolo viene svolto ed è efficace? Come si svolge, non da punto di vista teorico e della normativa, ma proprio nella prassi concreta?

Menichelli: Lo si svolge ma, come ogni azione umana, è perfezionabile. Quindi sicuramente tanto è stato fatto in passato e tanto si sta facendo, ma ancora meglio si potrà fare nel momento in cui – come dicevo – si vivrà in un clima di fiducia reciproca in forza del quale tale scambio di informazioni sarà destinato ad aumentare; per tal via Europol saprà (faccio un esempio concreto) sviluppare le proprie analisi di tipo strategico in modo sempre più informato e consapevole, con una massa di dati maggiori a sua



Parte II – Sezione II – Le audizioni

disposizione, e quindi avrà la possibilità di conoscere ancora più di quanto già conosce adesso rispetto al passato.

Oggettivamente noi stiamo parlando di criminalità organizzata ma, se Lei mi permettesse di fare una digressione in materia di terrorismo (che tanto oggi preoccupa l'Unione), vorrei osservare che evidentemente Europol sta svolgendo un ruolo importante. Infatti in questa materia gli Stati membri hanno già realizzato che tutti dobbiamo remare nella stessa direzione, fornendo tutte le informazioni di cui si dispone (che, evidentemente, si possono fornire in quanto non coperte, ad esempio, da segreto d'ufficio). Così come sta avvenendo per il terrorismo, anche per la criminalità organizzata Europol sarà in grado di garantire alla luce della nuova strutturazione – con il nuovo regolamento – un valore veramente aggiunto, il vero valore aggiunto di uno strumento dell'UE.

Maugeri: Dottore, un altro aspetto: a livello nazionale, a Suo avviso, c'è abbastanza consapevolezza nelle autorità di polizia nazionali dell'importanza e del ruolo di Europol? C'è ampia collaborazione o è necessaria anche una maggiore formazione?

Menichelli: A mio modo di vedere, c'è molta consapevolezza di questo ruolo, di ciò che può essere ottenuto attraverso tale tipo di attività. Ma non mi riferisco solo ad Europol; accanto ad esso ci sono altri strumenti come il PNR, da attuare entro il 25 maggio 2018. Quindi è sempre maggiore il convincimento che, lì dove non si può arrivare per la dimensione nazionale ad agire con i soli strumenti disponibili sul piano interno contro il sistema criminale, si potrà arrivare attraverso questo strumento in applicazione del principio di sussidiarietà. In Italia ciò è molto chiaro.

Maugeri: Secondo Lei cosa ancora può essere migliorato, dato che noi dobbiamo anche dare delle indicazioni *de iure condendo*?

Menichelli: Occorrerebbe una definizione comune di criminalità organizzata aggiornata alla minaccia reale posta da questi gruppi: abbiamo la Convenzione di Palermo e la Decisione Quadro del 2008, ma si dovrà arrivare a una definizione di criminalità organizzata sulla base di un regolamento che sia immediatamente applicabile in tutti gli Stati membri.

Maugeri: A livello europeo, ma anche a livello interno, nel dare attuazione a questi strumenti, c'è qualche profilo che andrebbe migliorato?

Menichelli: A dire la verità noi in questo settore siamo all'avanguardia. In tutti i tavoli negoziali siamo tra coloro che propongono sempre di andare oltre, perché gli altri non hanno maturato l'esperienza che invece noi, purtroppo, abbiamo fatto in tema di terrorismo e criminalità organizzata; quindi siamo all'avanguardia non perché siamo più bravi degli altri, ma perché parliamo sulla base dell'esperienza. Attendiamo che gli altri si dotino di strumenti volti a trattare fenomeni che magari loro ancora non vedono,



Parte II – Sezione II – Le audizioni

ma che noi purtroppo – avendoli viste sulla nostra pelle – vediamo e di cui conosciamo la pericolosità.



DAVID Mancini

31 marzo 2017

(Trascrizione: dott.ssa Giulia Zappalà)

Mancini: In sede di applicazione della fattispecie di cui all'art. 603 *bis* c.p. in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, un fenomeno ricorrente, un *cliché* che spesso si riscontra consiste nel fatto che le maestranze formalmente risultano assunte dall'impresa pulita, ossia l'impresa che ha vinto l'appalto; in effetti, però, i lavoratori vengono reclutati dall'impresa subappaltatrice, che svolge il ruolo di procacciatore, sfruttatore di mano d'opera e controllore della stessa. I lavoratori a loro volta non hanno possibilità di contestazione, perché altrimenti vengono minacciati di licenziamento (parliamo sostanzialmente di estorsione).

Maugeri: Dal punto di vista amministrativo non dovrebbe esserci una serie di violazioni?

Mancini: Si riscontrano violazioni in materia di sicurezza sul lavoro o in materia contributiva. Il problema però è che questa rilevazione di carattere amministrativo dovrebbe essere arricchita già in partenza – prima di arrivare nelle nostre mani – di quegli elementi informativi in grado di fare emergere anomalie, indicatori di possibili reati; si dovrebbero selezionare e mettere a regime, già in questa prima fase di carattere amministrativo, delle tecniche di rivelazione degli illeciti che possano essere funzionali ad eventuali indagini penali così coordinando e valorizzando le risorse umane di contrasto sotto il profilo non solo penale ma anche amministrativo, di un cantiere enorme.

Chunque passi per L'Aquila vede che ci sono più gru che palazzi, quindi è certamente un'attività impegnativa, forse migliorabile dal punto di vista del contrasto proprio nel momento in cui c'è l'affidamento del contratto e l'inizio del lavoro. Sarebbe opportuno rendere più trasparente ancora chi effettivamente poi va a lavorare nei cantieri, quindi subappaltatori, operai, impiegati; su questo discorso probabilmente ci dovrebbe essere un'attenzione ancora maggiore.

Maugeri: Magari si potrebbero applicare alcune delle norme che si applicano per gli appalti pubblici, bisogna vedere in che misura...

Mancini: Esatto, ma questo è un discorso che a suo tempo è stato sollevato, non è nuovo. Io ricordo che ci furono riunioni con l'allora sottosegretario all'economia, l'attuale vicepresidente del CSM, Giovanni Legnini, e in quelle sedi si sollecitava proprio l'adozione (per l'ambito della ricostruzione privata) di qualche rimedio, di qualche



Parte II – Sezione II – Le audizioni

strumento utilizzato bene per la ricostruzione pubblica, dove di fatto c'è stato un controllo e freno istituzionale a possibili illeciti veramente ottimo. Poi evidentemente ci sono diverse problematiche, compreso il timore locale di rallentare la ricostruzione attraverso ulteriori filtri; però questo è un discorso rispetto al quale noi ci permettiamo semmai di fare un suggerimento, ma poi torniamo al nostro lavoro.

Ciò riguarda la criminalità di carattere tradizionale. Per quanto riguarda invece specificamente il fenomeno della tratta, di cui mi occupo da parecchi anni, parliamo di una dimensione di carattere regionale e non solo, e certamente il fenomeno è molto diffuso. In questa materia riscontro una problematica veramente enorme: il problema principale delle indagini in materia di tratta e sfruttamento è individuare le notizie di reato, non perché non siano visibili ma perché bisogna saperle interpretare, qualificare.

Maugeri: Ma non c'è anche una deficienza, una mancanza di intervento da parte degli ispettori del lavoro, delle altre agenzie che dovrebbero intervenire ancora prima del diritto penale?

Mancini: Sì, se torniamo sul discorso che stavo facendo sì, ma ciò vale analogamente anche per i reati di tratta a scopo di sfruttamento lavorativo.

L'impostazione dell'ispezione sul lavoro, contrariamente ad analoghi organismi di altri Paesi (penso per esempio al Regno Unito, anche se poi in questo ordinamento hanno una vocazione civilistica di contrasto, più che altro), è strettamente amministrativa. Ci sono stati nel corso degli anni anche interventi formativi; di questi me ne ricordo uno cui partecipai io stesso, si trattava di un progetto europeo denominato FRID, gestito dal Ministero del lavoro e finalizzato proprio alla formazione degli ispettori del lavoro sulle nuove tematiche della tratta a scopo di sfruttamento lavorativo.

Chiaramente, se si adotta un'ottica strettamente amministrativa, non si vede nulla. Se si adotta invece un'ottica di investigazione il risultato cambia, nel senso che in un cantiere edile si cerca di rinvenire quegli elementi i quali possano dare il senso di un grave sfruttamento in atto, che in quel caso viene posto in essere da imprese che hanno un piano di un certo tipo (si pensi, ad esempio, ad un opificio gestito da cinesi rispetto al quale si pone attenzione sul fatto se si è sforato l'orario notturno o piuttosto se un filo elettrico pende). Bisognerebbe evidenziare gli indicatori di reati ben più gravi, come i reati di tratta e di grave sfruttamento, e quindi così procedere all'identificazione delle potenziali vittime, come richiede la direttiva 36 del 2011,...

Maugeri: Se dovessimo fare una proposta di adozione di uno strumento, di una circolare che un domani imponga agli ispettori di fare una rilevazione anche di questi indicatori, quali possono essere?

Mancini: Con riferimento specifico alla tratta allo scopo di sfruttamento lavorativo, che è parzialmente diversa dalle altre forme di sfruttamento (sessuale, a fini illeciti e altro), sono in circolazione numerosi elenchi di indicatori, promossi dalle maggiori organizzazioni internazionali e talvolta anche a livello locale.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Per esempio, quando lavoravo alla procura della Repubblica di Teramo, nel 2004, abbiamo redatto un protocollo per l'identificazione delle possibili vittime e abbiamo segnalato agli operatori – quindi forze dell'ordine sul territorio, operatori del pubblico o privato – alcuni indicatori, una lista anche molto banale. Ad esempio, se io sono un ispettore, vado in un opificio e noto che queste persone hanno in uno sgabuzzino venti materassi per terra con generi di prima necessità, pigiami e quant'altro, ne posso arguire che qui il problema non è tanto il filo dell'elettricità scoperto o l'uscita di sicurezza che non funziona, ma devo considerare anche un altro aspetto. Questo è un indicatore banale. Nello stesso senso, ad esempio, se si trovano per strada ragazze nigeriane che hanno fatto richiesta di protezione internazionale, che sono tutte alloggiate nello stesso centro e tutte da lì fuggite, si è in presenza non di una casualità, ma di un indicatore che deve mettere in allerta e indurre ad intensificare l'attività d'indagine che si va ad iniziare.

Difatti, l'indagine in materia di tratta è molto complessa e necessariamente, tranne in casi residuali, non deve limitarsi all'ambito nazionale. Si tratta di un'indagine onerosissima per le forze dell'ordine, perché occorre attivare tutta una serie di attività tecniche e, se possibile, anche attività di cooperazione internazionale; queste ultime, specificamente in materia di tratta, sono un po' una nota dolente, perché ovviamente la maggior parte delle vittime di sfruttamento lavorativo, sessuale e per ulteriore scopi, non proviene da Paesi dell'UE o comunque da Paesi con cui l'Italia ha ottimi rapporti di cooperazione (tranne il caso della Romania, che comunque è molto efficiente dal punto di vista della cooperazione), bensì proviene ad esempio dalla Nigeria, dal Nordafrica, dal Pakistan, dalla Cina e così via e in questi casi il problema diventa veramente complicato.

Talvolta mi è capitato di avere indicazioni su attività di indagine che avrebbero dovuto compiersi nel Paese di provenienza, in particolare mi riferisco alla Nigeria in cui ho avuto numerosissimi casi: il problema è insormontabile perché non c'è un canale, non c'è una risposta specifica, malgrado siano stati fatti numerosi tentativi. In passato il Procuratore nazionale antimafia stipulò un accordo con il Procuratore generale della Repubblica della Nigeria per cercare di trovare un canale di collegamento, ma lì le problematiche sono numerosissime e di fatto non si riesce a risolverle; quindi, a un certo punto, il rischio è che ci si fermi soltanto a una fase, cioè alla gestione sul nostro territorio delle fasi intermedie, ma che resti nell'ombra il nucleo del reclutamento e anche quello del grosso guadagno, che avvengono nel Paese terzo.

Maugeri: Trattandosi di Paesi non europei - Cina, Nigeria, Pakistan -, è inutile chiederLe il ruolo svolto da Eurojust. Ma ci sono stati dei casi in cui avete avuto delle indagini e forme di cooperazione all'interno dell'Europa in cui invece si sono riscontrate difficoltà?

Mancini: All'interno dell'Europa io ritengo che il meccanismo sia efficiente, il ruolo svolto da Eurojust è ottimo. Ovviamente poi possono emergere criticità, però si riescono complessivamente a compiere attività significative.

Maugeri: Le criticità, che a noi interessa appunto individuare, quali sono?



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Mancini: Questo è un problema che riguarda probabilmente noi in buona parte. Per esempio l'utilizzo di squadre investigative comuni darebbe sicuramente una maggiore immediatezza ad attività che spesso vanno monitorate in tempo reale. A mio avviso l'attuazione di questo meccanismo, che da altri Paesi europei viene ritenuto strategico, potrebbe (anche in considerazione dell'enorme professionalità delle forze dell'ordine italiane su questo tema, che insegnano di fatto un po' a tutti il modo di operare in virtù dell'esperienza in materia di criminalità organizzata) dare una spinta in termini di efficacia, si rivelerebbe sicuramente utile. Ecco, questo è un aspetto fondamentale.

Maugeri: Qui, a questo punto, abbiamo il nuovo decreto legislativo n. 34 del febbraio 2016, che appunto ha dato attuazione finalmente – con un notevolissimo ritardo – alla Decisione Quadro n. 465 del 2002 in materia di squadre investigative comuni, che rappresenta uno strumento fondamentale, anche se probabilmente non ancora ben applicato in tutte le sue potenzialità dalla giurisprudenza e dalle Forze di Polizia.

Mancini: Sì, questo certamente sarà fondamentale nel momento in cui verrà metabolizzato un po' di più, ..

Vorrei altresì segnalare il rischio che nel momento storico attuale, in cui è balzata alle cronache (ancora più di prima) la problematica migratoria legata al *boom* dei rifugiati e soprattutto la connessa emergenza del terrorismo, le indagini in tema di tratta a scopo di sfruttamento lavorativo, sessuale o per ulteriori fini vengano sacrificate e si dia invece priorità alle indagini su altri fenomeni, come il terrorismo appunto. In altri termini, atteso che si tratta di attività investigative che richiedono veramente uno sforzo enorme in termini di risorse tecniche e umane, vi è il rischio che le indagini sulla tratta vengano trascurate per dare precedenza ad altre su fenomeni più urgenti ed allarmanti; ma in tal modo si ometterebbe di considerare che gli organi internazionali ci dicono che la tratta, dopo il traffico di stupefacenti, costituisce uno dei fenomeni criminosi più gravi su scala sovranazionale.

Insomma se *trafficking* e *smuggling* nel 2000 a Palermo sono stati trattati con due protocolli separati ma di fatto nello stesso contesto, un motivo ci sarà pure, e anche la distinzione tra tali due fenomeni di *trafficking* e *smuggling* non è così netta nella pratica come invece si potrebbe pensare. Quindi io ritengo che, se su detti fenomeni ci fosse una presa di coscienza maggiore e tutti investissero di più su questo genere di attività, potrebbero venire fuori tante altre cose, anche con riguardo al problema dello sfruttamento lavorativo. Su quest'ultimo profilo segnalo con soddisfazione la Legge n. 199 del 2016. Non si tratta di problemi tanto lontani dalle nostre necessità, perché alla fine i lavoratori sfruttati sono dipendenti di imprese italiane molto spesso e un meccanismo di questo genere va ad incidere sulla libera concorrenza, sullo sviluppo dei territori; insomma è un discorso che porta poi molto lontano.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Siccome poi l'audizione può essere ascoltata da altri membri degli Stati generali, e non è da tutti conosciuto questo concetto di sfruttamento lavorativo in base alla legge 199 del 2016, può chiarirlo?

Mancini: Certo. Mi riferisco al cd. caporalato, ossia il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Esso è stato introdotto dall'art 603-*bis* c.p.. La formulazione originaria della norma, che serviva a punire coloro che fanno da intermediari nell'assunzione dei lavoratori, era così restrittiva che venivano puniti soltanto i caporali e non i datori di lavoro; quindi, se un caporale reclutava un lavoratore che poi veniva anche sfruttato, ne rispondeva forse il caporale (dico "forse" perché il tenore della norma era talmente restrittivo che di fatto ci sono stati pochissimi casi giurisprudenziali, anzi, quasi nessun caso di applicazione di questa previsione) mentre il datore di lavoro non ne rispondeva. Noi sappiamo, invece, che si registrano casi di sfruttamento in cui certamente il datore non è ignaro di ciò che succede, anzi è il principale organizzatore dello sfruttamento. Il discorso sul caporalato e sullo sfruttamento lavorativo è vastissimo; esistono tanti tipi di caporali e anche tante gradazioni di sfruttamento da parte del datore di lavoro.

Con La legge 199 del 2016 si modifica l'art 603-*bis*: si rende punibile anche il datore di lavoro per situazioni di sfruttamento (quindi non più solo il caporale) e gli si commina una sanzione abbastanza elevata, la quale si pone *in progress* rispetto alle semplici pene previste dalla legge Biagi nei confronti del caporale. Quindi l'ordinamento contempla le sanzioni più blande previste dalla Legge Biagi, poi c'è questo grado di sfruttamento lavorativo più elevato punito all'art. 603-*bis*, che sanziona violazioni di diritti fondamentali dei lavoratori, e poi ancora, in progressione criminosa, rilevano gli artt. 600 e 601 c.p., cioè la tratta e la riduzione in schiavitù a scopo di sfruttamento lavorativo.

Questa legge introduce anche importanti forme di confisca e prevede una certa premialità, cioè benefici nei confronti di coloro che collaborano con l'autorità giudiziaria e forniscono elementi utili ad interrompere attività criminali o a svelare altre situazioni di sfruttamento (una forma di collaborazione di giustizia). Si estendono inoltre – altro dato relevantissimo – i benefici di protezione e di assistenza sociale, previsti già dall'art. 18 del D.Lgs. n. 286/98; protezione e assistenza che vengono garantite ai lavoratori sfruttati in questo contesto.

Questa legge ha ricevuto tanti plausi e io credo che sia significativa. Non credo che abbiano ragion d'essere le critiche sollevate da alcune categorie datoriali, che hanno lamentato di essere esposte a una forte sanzione penale anche nel caso di violazioni singole. In realtà non è così: se c'è un caso di sfruttamento episodico, occasionale, dovuto a una crisi economica, non si dovrebbe rispondere *ex art. 603 bis*; in effetti la norma prevede forme di sfruttamento continuative e ripetute, una sorta di abitudine, per cui singole, episodiche violazioni della relazione di lavoro non possono essere punite con questo ben più grave trattamento sanzionatorio.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Quindi tornando al discorso della cooperazione e, in particolare, all'importanza delle squadre investigative comuni, Le chiedo se da parte delle autorità dei paesi dell'Est, coinvolti in casi di sfruttamento anche sessuale, c'è cooperazione.

Mancini: In base alla mia esperienza i Paesi dell'Est, in particolare Romania, Bulgaria e Albania (quest'ultima è una storica collaboratrice), sono molto cooperativi, perché mirano a evidenziare il loro ruolo di "buoni" europei, anche in forme abbastanza dirette. Per esempio ho svolto un'attività in collaborazione con la Procura generale di Sofia in relazione ad una grossa associazione finalizzata alla commissione di reati informatici e sono state svolte perquisizioni, attività d'indagine molto significative, sequestri e confische direttamente in Bulgaria: c'è stata una buona risposta da questo punto di vista.

Maugeri: Sequestri e confische penali o di prevenzione?

Mancini: No, non di prevenzione, penali. Quindi diciamo che, da questo punto di vista, la mia esperienza è positiva. Probabilmente (ma qui ovviamente apro un discorso rispetto al quale Lei, Professoressa, può dire dalla a alla z), se ci fosse una maggiore uniformità, un *vademecum* più snello per l'attuazione delle misure di contrasto patrimoniale in ambito europeo, probabilmente tutto sarebbe più efficace.

Maugeri: Dottore, nella Sua esperienza Le è capitato di avere necessità di applicare misure di prevenzione patrimoniali e chiedere l'applicazione delle patrimoniali?

Mancini: No, questo no.

Maugeri: E per la confisca penale, ha fatto riferimento alla decisione quadro n. 783 del 2006, alla legge di attuazione italiana del 2015 oppure vi siete mossi con la convenzione di Strasburgo del '90?

Mancini: Ci siamo mossi con la Convenzione di Strasburgo.

Maugeri: Quindi in quel caso [il provvedimento] non ha avuto riconoscimento?

Mancini: In realtà abbiamo seguito i suggerimenti che ci sono venuti da colleghi del Paese presso cui questa richiesta era stata fatta, quindi ci siamo un po' adeguati in chiave utilitaristica.

Maugeri: Le chiedo qualcosa a proposito della proposta di regolamento europeo del dicembre 2016 in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, nata proprio perché ci si è resi conto che lo stato di attuazione della decisione n. 783 del 2006 non era ancora appagante. In questa proposta si parla di mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca emanati in un procedimento penale, quindi per la confisca



Parte II – Sezione II – Le audizioni

penale di cui parlava Lei dovrebbe essere solo un ulteriore strumento che semplifica (sono previsti appunto dei formulari, anzitutto si cerca di semplificare il tutto proprio per evitare problemi pratici), ma per la confisca di prevenzione si pone il problema se può rientrare nell'ambito di applicazione di tale regolamento. Io non so se voi avete sul vostro territorio un'esperienza in materia... a Suo avviso sarebbe possibile, se fosse approvato questo regolamento, ricondurre il procedimento di prevenzione patrimoniale alle garanzie della materia penale, cioè in qualche modo farlo diventare una sorta di procedimento penale?

Mancini: Io non mi baso sull'esperienza, perché lavoro in un territorio non tradizionalmente ad alta densità mafiosa. La misura di prevenzione patrimoniale da noi è stata trattata – guarda caso – con riferimento a soggetti campani o siciliani che poi avevano stabilito la loro residenza nel nostro territorio; quindi può immaginare che non è un'esperienza ricchissima da questo punto di vista. Però io penso che, in relazione a questa disciplina che Lei ha citato, si potrebbe fare il tentativo di attribuire quelle qualità al procedimento di prevenzione, che spesso ci vengono contestate come nella recente pronuncia della Corte Europea.

Maugeri: Nella prassi, quindi, lavorando Lei in materia di tratta, Le è capitato di avere problemi nel chiedere la cooperazione in relazione alla fattispecie di associazione di stampo mafioso?

Mancini: Sì, d'importazione.

Maugeri: Quindi non si è posto il problema, in materia di cooperazione, di far capire che cosa vuol dire associazione di stampo mafioso o non vi sono stati ostacoli perché si parlava di applicare una fattispecie associativa?

Mancini: Questo problema non si è posto perché erano reati collegati, per esempio, a crimini informatici (e in quel caso avevamo la convenzione specifica) o alla tratta (e in quel caso con la convenzione ONU di Palermo c'è strada libera). Quindi il problema non si è posto perché c'erano altri reati che consentivano ampia collaborazione; collaborazione che ovviamente non è venuta dalla Nigeria, ma da Austria, Svizzera, Germania, Paesi che poi erano coinvolti nel traffico di persone che andavano in giro per tutta Europa.

Maugeri: Avete avuto problemi pratici in questa cooperazione? L'altra volta parlando con altri magistrati, si discuteva del problema delle intercettazioni nei Paesi in cui (pensiamo alla Francia) le stesse vengono interrotte non appena si parla di qualcosa di privato. Avete avuto nella prassi problemi di questo tipo, questa emersione anche di discipline differenti in materia di tutela di diritti fondamentali?

Mancini: Sì, anche con riferimento alle attività in materia di terrorismo. Questo è un problema che esiste con la Francia e, analogamente, anche con la Germania (il



Parte II – Sezione II – Le audizioni

procedimento cui mi riferisco non l'ho seguito in prima persona, bensì è stato trattato da una collega). Quindi sì, c'è questa problematica di tutela dei diritti della persona e di diverse discipline; problemi che poi di fatto fanno perdere il flusso delle comunicazioni che rimane incompleto (si può intercettare solo da qui a lì, così c'è spesso un pezzo che manca).

Maugeri: Forse su questo bisognerebbe intervenire...

Mancini: Sì.

Maugeri: Da questo punto di vista Lei cosa pensa dell'ordine investigativo europeo? Ci dovrebbe essere questa nuova prospettiva?

Mancini: Francamente non Le so dare una risposta compiuta, però credo che la cooperazione giudiziaria debba seguire ambiti di maggiore completezza. Questo mi pare che sia un "segmento" che non so quanto possa portare di utile.

Maugeri: Sì, forse potrebbe essere anche un modo per fare emergere questa serie di differenze nella disciplina e quindi indurre a qualche miglioria...

Mancini: Qualunque intervento legislativo in una fase particolare come questa – in cui, da un lato, si avverte fortissima l'esigenza di cooperazione e, dall'altro, le resistenze faticano a indebolirsi – è certamente utile; magari può essere uno dei tanti tasselli che poi danno la possibilità di migliorare la situazione. In questo senso sarebbe utile anche un approfondimento della famosa vicenda della Procura Europea.

Maugeri: Ecco, come vede nel futuro questo ruolo del procuratore europeo?

Mancini: Anche il solo fatto di nominarlo, secondo me, è positivo, perché comunque fa luce su un percorso che deve essere necessariamente approfondito; altrimenti rimane tutto così com'è. Certo, poi, resta il problema delle competenze che questa nuova figura deve avere: la questione è se diventerà una sorta di OLAF rafforzato o se, invece, possa anche intervenire nell'ambito di reati di criminalità organizzata attraverso forme di coordinamento con i singoli Procuratori nazionali e con altri Procuratori generali. Quest'ultima evenienza sarebbe preferibile; certamente è un percorso che io mi auguro possa essere proseguito.

Maugeri: Mella prassi avete avuto problemi con il MAE?

Mancini: No, grossi problemi non ne ho avuti, a parte quelli applicativi nel momento in cui si dovevano eseguire mandati di arresto europeo presso uffici giudiziari stranieri di modeste dimensioni che avevano difficoltà a capire esattamente che cosa gli stava arrivando; è successo questo, quindi un discorso più che altro di carattere pratico.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Quelli che emergono sono appunto i problemi pratici, in teoria il meccanismo magari funziona.

Mancini: Ad esempio, dinanzi alle difficoltà dei tribunali locali talora siamo usciti un po' fuori norma, fuori codice, per cercare di fornire l'assistenza richiesta ad alcuni colleghi bulgari: chiedevano informazioni che in realtà non erano dovute, li abbiamo sostenuti...

Maugeri: Probabilmente mancava poi lì un magistrato di riferimento. Questo è uno dei problemi che emerge nella prassi.

Mancini: Infatti, molti problemi vennero risolti attraverso un magistrato della Procura generale di Sofia, il quale si mise in costante contatto telefonico con tutte queste corti (che dovevano nel frattempo fare le convalide) per spiegare loro cosa era accaduto; quindi anche noi dovemmo metterci in contatto.

Maugeri: Ma loro non prevedono in questo Paese un meccanismo di questo tipo, e cioè che, in mancanza di un magistrato di riferimento, in una piccola realtà ci sia un magistrato che si debba occupare di cooperazione? È chiaro loro non hanno la procura nazionale, però insomma...

Mancini: E' stato il ruolo fatto proprio dalla Procura generale presso la Corte di Cassazione di Sofia.

Maugeri: Che non è istituzionalmente predisposta a questo, ma che nella prassi si è prestata...

Mancini: Chi ha il ruolo di cooperazione giudiziaria internazionale è il punto di contatto nazionale; ma chi non ha questo ruolo, si è messo a disposizione.

Maugeri: Altri profili da mettere in evidenza di criticità in materia di cooperazione?

Mancini: Sostanzialmente li abbiamo esaminati.



CARMELO ZUCCARO – ANTONINO FANARA – TIZIANA LAUDANI

maggio 2017

(Trascrizione: dott.ssa Amalia Orsina)

Maugeri: Ringrazio il Procuratore della Repubblica di Catania Zuccaro, i Procuratori Fanara e Laudani per avere accettato l’invito a questa audizione degli *Stati Generali della Lotta al Crimine Organizzato*, in particolare del tavolo *Mafie e Europa*. Abbiamo già intervistato procuratori di altre realtà italiane; la realtà di Catania è assolutamente significativa in materia di lotta al crimine organizzato e può darci una testimonianza importante relativamente ai problemi di attuazione della normativa europea e, in particolare, di cooperazione giudiziaria. Prima di iniziare con domande su profili specifici, io vi chiederei anzitutto di mettere in evidenza, alla luce della vostra esperienza, quali sono le difficoltà che incontrate in materia di cooperazione giudiziaria.

Zuccaro: In linea generale credo che l’esperienza catanese non sia diversa da quella di altre procure distrettuali, come del resto ho potuto verificare nel corso di varie riunioni di coordinamento presso la *Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo*.

Il sistema della cooperazione internazionale, soprattutto per quanto riguarda il crimine di stampo mafioso, presenta problemi che portano ad una palese sottoutilizzazione degli strumenti che avremmo a disposizione. Sono a conoscenza del fatto che più volte si è lamentato da varie parti che, per esempio, lo strumento della captazione di beni prima sotto forma cautelare e poi sotto forma di confisca in tutta Italia viene sottoutilizzato in maniera notevole proprio perché non si riesce ad avere da parte degli altri paesi europei una condivisione degli strumenti giuridici che noi utilizziamo.

Catania appunto, dicevo, non si sottrae a questa esperienza negativa.

Credo di potere affermare che, laddove cerchiamo di ottenere delle misure patrimoniali di sequestro dei beni, non abbiamo finora avuto risposte positive, quando le agganciamo a misure di prevenzione; ma anche quando le agganciamo a procedimenti penali in corso, se i reati per cui procediamo sono, soprattutto, reati associativi.

In primo luogo si riscontrano difficoltà nel fare comprendere le fattispecie associative ad alcuni paesi europei con cui siamo venuti in contatto, anche se esistono varie direttive del Parlamento Europeo che si sforzano di dare una nozione che possa essere condivisa da tutti; o meglio, dette direttive menzionano genericamente la nozione di crimine organizzato in sede di individuazione dei reati per cui si può chiedere di adottare strumenti più incisivi di ricerca della prova o di captazione dei beni.

D’altra parte sappiamo che anche in Italia abbiamo avuto difficoltà applicative per addivenire ad una nozione comune di crimine organizzato.

Ad esempio, quando abbiamo tentato di utilizzare la nozione di ‘crimine organizzato’ per effettuare delle intercettazioni giudiziarie richiedendo l’applicazione della normativa speciale che è prevista per i reati di mafia, non tutti giudici, sia qui nella stessa realtà di Catania ma anche altrove, hanno ritenuto di potere accedere ad una



Parte II – Sezione II – Le audizioni

nozione condivisa per reati associativi che non fossero quelli previsti dall'art. 51 co. 3-bis c.p.p.

Abbiamo tentato per alcuni reati in cui vi erano associazioni finalizzate a commettere reati comunque gravi; e da questo punto di vista abbiamo assolutamente ritenuto molto utile la pronuncia delle Sezioni Unite che il 28.04.2016 ha ritenuto che l'art. 13 del d.lgs. 151 del 1991 si dovesse applicare a tutti i reati che si svolgessero in forma associativa; quindi sostanzialmente laddove ricorresse una ipotesi di cui all'art. 416 del c.p. questa nozione ci consentiva di utilizzare lo strumento più incisivo dell'art. 13.

Ma per tornare alla vicenda europea, benché varie direttive facciano riferimento alla nozione di crimine organizzato, poi abbiamo grosse difficoltà quando presentiamo la nostra richiesta in relazione al reato di mafia.

Probabilmente la difficoltà maggiore sta nel fatto di fare accettare l'ipotesi in cui non si fa riferimento a delitti previsti dalla nostra o dalla loro legislazione, ma si fa riferimento all'uso della intimidazione, perché mentre l'intimidazione esplicita viene riconosciuta in vari paesi come condotta che può dare luogo ad una cooperazione internazionale, quando facciamo riferimento all'intimidazione ambientale, cioè alla spendita di un nome, in quel caso abbiamo difficoltà ad ottenere la cooperazione giudiziaria che richiediamo per i reati di mafia.

E tuttavia mi pare che l'estensione nei vari paesi, oltre all'Italia, della presenza del crimine organizzato e anche di quello mafioso, non possa essere messa in discussione. La cd. "linea della palma" si sta spostando sempre più a nord e credo che ormai abbia tranquillamente valicato le Alpi.

Tuttavia mentre ci sono paesi come la Francia e la Germania che sono stati più disponibili a cooperare in questo campo, da parte di altri paesi abbiamo trovato difficoltà maggiori.

Maugeri: Per esempio?

Zuccaro: Guardi, io in questo momento non so precisare se l'Olanda o altro paese vicino ci abbia chiesto chiarimenti, laddove abbiamo fatto riferimento ad un'associazione che, avvalendosi della forza di intimidazione, noi stavamo perseguendo e in relazione alla quale ci risultava che vi fossero attività da compiere in quel paese. Credo che fosse l'Olanda.

Quindi, questa è una difficoltà che noi avvertiamo.

Maugeri: Vorrei fare una domanda alla luce di un'altra intervista che ho avuto con l'esperto all'interno della Procura nazionale, almeno fino a poco tempo fa, che si occupava appunto di cooperazione internazionale, il quale mi metteva in evidenza che a suo avviso talora la difficoltà dell'autorità del paese straniero era anche legata al fatto che la richiesta non fosse presentata nella maniera adeguata, con sufficienti elementi; e soprattutto lui metteva in evidenza un aspetto che mi sembra molto interessante, e cioè che sarebbe opportuno, nel fare queste richieste, dare elementi tali da coinvolgere l'autorità giudiziaria straniera, cioè ad indurla ad aprire lei un'indagine, in maniera da



Parte II – Sezione II – Le audizioni

non limitarsi in modo passivo a dare attuazione ad una specifica richiesta in relazione ad uno specifico provvedimento, ma essere coinvolta. Però, per fare una cosa del genere, occorre supportare in maniera sufficiente questa richiesta.

Zuccaro: In linea di principio questo è possibile, cioè è possibile che a volte non si riesca a fare comprendere qual è l'ipotesi criminosa che potrebbe essere anche riconosciuta da quel paese.

Però tenga conto che molte volte le indagini che noi facciamo richiedono tempi molto stretti per potere ottenere risposta dal paese al quale chiediamo cooperazione. E pensare che si debba passare attraverso l'avvio di un'indagine in quel paese e quindi condividere con loro tutti i dati che potrebbero consentire l'apertura di questa inchiesta, a volte è incompatibile con l'esigenza di speditezza che noi abbiamo; altre volte potrebbe essere anche incompatibile con l'esigenza di tutela del segreto investigativo, perché ovviamente noi quando chiediamo l'assistenza giudiziaria lo facciamo contemperando l'esigenza di ottenere una risposta positiva con quella di non rivelare alcuni aspetti dell'indagine, che a volte, coinvolgendo anche esponenti che rivestono una posizione di rilievo nel settore della pubblica amministrazione o anche in altri settori, non possiamo o comunque riteniamo più cauto non rivelare.

Quindi, se dovessimo, ogni volta che chiediamo l'assistenza giudiziaria a questi paesi, condividere con loro le informazioni e invogliarli ad aprire essi stessi un'indagine, io penso che sarebbe evidente che lo strumento della cooperazione giudiziaria sarebbe piuttosto farraginoso e poco utile soprattutto per le indagini più immediate.

Anche perché molte volte in quel Paese l'attività da compiere è un'attività molto circoscritta ai fini poi di quello che è il risultato investigativo che noi ci prefiggiamo; si tratta di comprendere determinati passaggi che possono essere comunque circoscritti nel tempo etc..., potrebbe non essere più attuale la presenza di quella persona o di quel circuito finanziario che noi andiamo a cercare.

Quindi, se nelle ipotesi in cui ci rendiamo conto che in quel paese vi è un insediamento che sarebbe opportuno perseguire in maniera tale da cooperare, è evidente che noi abbiamo una forma di cooperazione di più ampio respiro; ma molte volte invece è molto circoscritto e tuttavia è utilissimo potere sapere quali sono per esempio alcuni passaggi di ricchezza, di danaro che sono stati effettuati, potere porre sotto sequestro determinati beni, ovviamente previa verifica che quei beni si trovino ancora in quel paese.

In tutti questi casi, se si riuscisse a dare attuazione anche a quelle che sono precise direttive del Parlamento e del Consiglio Europeo, e quindi si potesse accedere ad una nozione di crimine organizzato che possa essere condivisa, superando soprattutto il problema della cd. intimidazione ambientale, che è quella più difficile da fare accettare (è stato difficile negli anni scorsi farla accettare anche ai colleghi del Centro e del Nord Italia in alcuni casi), è chiaro che noi potremmo ottenere risultati più proficui con minori sforzi.

Maugeri: Passiamo ad un'ipotesi *de iure condendo* di un nuovo strumento europeo in materia di armonizzazione della legislazione dei paesi membri proprio in relazione



Parte II – Sezione II – Le audizioni

alla lotta al crimine organizzato (si pensi che ancora siamo fermi ad una Decisione Quadro del 2008 e solo l'anno scorso c'è stato il rapporto per verificarne lo stato di attuazione, con notevole ritardo, a testimonianza del fatto che in questo momento manca una precisa strategia che sarebbe invece opportuno riprendere).

Per un futuro strumento *l'intimidazione ambientale* dovrebbe essere uno degli elementi da prendere in considerazione, perché il problema che si pone è riuscire ad elaborare un concetto di crimine organizzato che non sia il concorso di persone (oggi quello che si sta vedendo, ad esempio, in materia di terrorismo sembra questo, l'allargamento a dismisura; si pensi all'ultima direttiva, quindi poi si parla di *over criminalization*); quindi si dovrebbe cercare di elaborare un concetto che sia piuttosto stringente, ma che allo stesso tempo consenta di inglobare la nostra associazione di stampo mafioso.

Tra l'altro devo dire che anche in base agli strumenti sovranazionali (c'è un rapporto della Commissione del 2011) sarebbe importante un'associazione con finalità imprenditoriale.

Allora noi il problema che ci poniamo come gruppo di lavoro è quello di individuare quali debbano essere gli elementi fondamentali da inserire in una futura definizione.

Probabilmente, anzi sicuramente, si deve trattare di un'associazione che non abbia solo la finalità di delinquere, ma anche finalità imprenditoriale, da realizzare con metodo illecito.

Allora nel definire questo metodo illecito sicuramente dovrebbe rilevare l'intimidazione ambientale. Quali altri elementi dovremmo o potremmo indicare alla luce della vostra esperienza?

Zuccaro: Rispetto agli altri elementi strutturali della fattispecie, mi pare che ci sia questa Risoluzione del Parlamento Europeo del 23.10.2013 che pure insiste sulla veste imprenditoriale che assume questo crimine organizzato, cioè l'esistenza di una strutturazione, l'esistenza di una finalità di commissione di un programma per una serie indeterminata di delitti, il conseguimento di vantaggi finanziari, penso che siano elementi che già sono noti quanto meno al Parlamento e al Consiglio Europeo.

A mio avviso, quando loro invece parlano di vantaggi finanziari o comunque materiali che si debbano ottenere mediante il ricorso ad intimidazioni o al ricatto, appare evidente che loro hanno presente forme di intimidazione esplicita o comunque richiesta esplicita di fare qualcosa per evitare un danno ingiusto.

Quindi a mio avviso l'aspetto più importante, l'aspetto rispetto al quale è più difficile ottenere un risultato positivo, anche in base a ciò che ho verificato nell'esperienza concreta, è proprio quello dell'intimidazione ambientale.

Maugeri: Sotto questo profilo c'è un *gap* culturale.

Zuccaro: Esattamente. È difficile da fare comprendere perché dal punto di vista sociologico loro non capiscono cos'è l'intimidazione ambientale.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Anche perché rischia di essere un elemento troppo sfuggente.

Zuccaro: Sì, troppo evanescente, poco determinato. Credo che se non si comprende questo, noi molte volte rischiamo di non avere il risultato che auspichiamo. Ma d'altra parte anche loro stanno constatando come il diffondersi di questo crimine organizzato in veste imprenditoriale sta drogando tutta l'economia dei paesi europei, perché effettivamente, potendo disporre loro, soprattutto con i proventi della droga ma non soltanto di quella, di cospicue somme di denaro, praticamente escludono le imprese sane o comunque le mettono in condizioni svantaggiate.

Quindi io capisco che forse molto probabilmente l'interesse economico che loro stanno riscontrando potrebbe aiutarli a comprendere la necessità di arrivare ad una definizione della fattispecie che includa anche l'intimidazione ambientale.

Fanara: Nell'indicare alcuni indici che potrebbero essere rivelatori di un'impresa che di per sé compie un'attività economica lecita ma che opera con metodo mafioso, in base all'esperienza che nel distretto abbiamo io direi che alcuni indici potrebbero essere questi: una concorrenza con violenza; la concorrenza con minaccia o intimidazione (questo potrebbe essere riconosciuto in tutti gli Stati europei); più complessa potrebbe essere la concorrenza sleale, perché non è sempre indicativa naturalmente di un controllo del territorio (l'impresa potrebbe operare in concorrenza sleale ma senza controllo del territorio) ma si potrebbe inserire insieme agli altri indici; il controllo e l'imposizione di fornitori ai clienti, che per noi è tipico in certi settori che sono controllati dalla criminalità organizzata, dalla criminalità mafiosa.

Un ulteriore indice credo che potrebbe essere quello del riciclaggio di somme di denaro; è chiaro che, se un'impresa viene finanziata con somme di provenienza illecita in qualche modo, nel nostro territorio ciò vuol dire in genere che essa è infiltrata dalla criminalità mafiosa.

Si potrebbero qui, poi, trovare ulteriori indici per cercare di superare la prova della provenienza illecita delle somme di denaro (come in parte si fa in maniera processuale e arrivando ad una nuova prova) e naturalmente ritenere che somme di denaro di provenienza illecita, quando sono quanto meno di notevole importo, sono anche quelle somme di cui non è possibile provare in qualche modo la lecita provenienza.

Quindi, se in una società vengono immessi capitali (ingenti capitali, naturalmente) di cui non è provata la provenienza lecita, si potrebbe tentare di ottenere anche questo come indice del fatto che l'impresa sia infiltrata dalla mafia.

Zuccaro: Per quanto riguarda il problema dell'intimidazione, il discorso relativo al ricorso alla minaccia non è un problema perché la riconoscono anche gli altri Stati.

Il fatto che vi sia una situazione di monopolio di fatto in un determinato settore locale potrebbe essere indice di un'intimidazione ambientale quando non riusciamo a dimostrare che le altre società che si sono messe da parte non hanno ricevuto minacce o altre forme di pressione ma lo hanno fatto senza apparente giustificato motivo; cioè imprese che dall'oggi al domani, da quando avevano una certa redditività decidono



Parte II – Sezione II – Le audizioni

improvvisamente di sparire dal mercato o di soggiacere, per potere sopravvivere, a condizioni economiche deteriori rispetto a quelle di cui in un certo momento beneficiavano.

Allora lì forse si potrebbe pensare che anche senza il ricorso alla violenza o alla minaccia, l'accettazione di una situazione economica di fatto diversa da quella precedente possa essere sintomatica della spendita del nome dell'associazione.

Questo è il punto di maggiore difficoltà perché gli altri paesi ci riconoscano il carattere illecito dell'associazione.

Maugeri: D'altronde, questo elemento del controllo del territorio sembra che anche a livello nazionale lo abbiamo messo in discussione: Mafia capitale *docet*.

Quindi da questo punto di vista abbiamo fatto una sorta di evoluzione a livello interpretativo della nozione di associazione di stampo mafioso.

Zuccaro: Lì secondo me dobbiamo anche superare il riferimento al controllo del territorio, perché, se nel Sud sicuramente la forza di intimidazione presuppone un controllo del territorio, a mio avviso invece non è necessario richiedere che vi sia un controllo del territorio (così come lo si intende storicamente qui al Sud) per riconoscere il carattere o il metodo mafioso.

Lì a mio avviso è sufficiente riconoscere che in determinati settori in cui opera quel determinato gruppo, quest'ultimo, pur senza il controllo del territorio, riesce ad imporre situazioni che non sono economicamente convenienti per gli altri e che lo stesso fatto che vengano subite dimostra che c'è una forma intimidativa, che però non è di tale estensione da presupporre il controllo del territorio.

Infatti l'errore che secondo me hanno fatto nel passato alcuni giudici del Nord, quando si agiva per l'utilizzo di sistemi mafiosi, consisteva nel fatto che loro rispondevano che quella data organizzazione non controllava affatto il territorio; ciò era vero, quell'organizzazione non controllava il territorio.

Ma i magistrati che avevano più consapevolezza del modo di operare, nonché alcuni prefetti che hanno operato nell'Emilia o in altre zone (l'attuale prefetto di Palermo ha fatto un bel lavoro a Reggio Emilia, ad esempio) hanno dimostrato che non è il problema del riconoscimento del controllo del territorio ma della forza di intimidazione, ossia la forza di imporre condizioni che non si potrebbero imporre se non si avesse la forza persuasiva di un certo tipo.

Quindi il controllo del territorio forse è un elemento che dovremmo circoscrivere al Sud d'Italia.

Maugeri: Prendiamo adesso in considerazione il profilo patrimoniale.

Già si accennava al fatto che avere cooperazione quando si tratta di applicare il sequestro e poi la confisca in altri paesi diventa complicato, appunto perché non si riconosce la nozione di associazione di stampo mafioso. Ma ciò forse diventa ancora più complicato quando si tratta di applicare le misure di prevenzione.

Qual è la vostra esperienza?



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Zuccaro: Mi riservo di aggiungere qualcosa alla fine ma credo che il collega Favara sia la persona che in questo momento qui a Catania ha la memoria storica più ampia di questi istituti.

Fanara: Per le confische senza condanna, in realtà, la necessità di ricorrere all'assistenza giudiziaria con altri Stati avviene naturalmente in due momenti: il momento dell'indagine e quello eventualmente dell'esecuzione dei sequestri e delle confische.

Per le indagini, sul piano della prassi applicativa, in genere abbiamo preferito, quando naturalmente è stato possibile, noi stessi iscrivere procedimenti penali dove venivano delegate ed effettuate queste indagini e poi venivano effettuate richieste di assistenza giudiziaria.

In genere, per le indagini patrimoniali i reati che si possono ipotizzare, e si riescono ad ipotizzare, sono i reati di riciclaggio, naturalmente ove c'è anche un reato di associazione mafiosa; ma, quando si chiede assistenza giudiziaria su casi più specifici, in realtà sono in genere reati di riciclaggio o di intestazione fittizia o reati di questo tipo aggravati dal metodo mafioso o meno.

Quindi, sulla base sostanzialmente di queste indagini che si fanno, si effettuano anche richieste di assistenza giudiziaria per effettuare indagini patrimoniali anche in Stati esteri, che vengono in genere accolte con i normali strumenti di cooperazione europei.

Quindi nell'ambito delle prassi applicative del distretto di Catania nell'ultimo periodo in sede di misure di prevenzione non sono state effettuate rogatorie per indagini in sede di prevenzione.

Invece in alcuni casi c'è stata la necessità di eseguire sequestri, ottenuti dal Tribunale di prevenzione, anche all'estero.

Vorrei premettere però, pensando a questo tema, che spesso l'esecuzione, quando riguarda società che in genere hanno sede in Italia ma che operano anche all'estero o che hanno beni all'estero, non pone particolari problemi, perché noi agiamo in senso civilistico; cioè abbiamo l'amministratore giudiziario che diventa amministratore di questa società, si sostituisce al preposto mafioso e naturalmente opera per questa società anche all'estero.

Quindi, se ci sono beni di questa società che si trovano all'estero, naturalmente noi ne disponiamo in senso civilistico, non abbiamo nessuna necessità di operare con le richieste di assistenza giudiziaria, perché operiamo come se fossimo il "mafioso" stesso, operando anche all'estero.

Maugeri: Ma non c'è una necessità di attuare il sequestro all'estero?

Fanara: Nell'ipotesi in cui la società sia in Italia ma operi all'estero, non ho nessun problema perché si opera con gli strumenti civilistici internazionali, operando al posto del mafioso tramite l'amministratore giudiziario.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Quindi, in quel caso lì in realtà non c'è nessun problema di cooperazione internazionale perché, riuscendo a sostituirmi al titolare del bene, posso operare all'estero come se fossi il titolare del bene.

E, quindi, in linea astratta non si pone nessun problema di cooperazione se non l'applicazione delle normali norme che utilizzerebbe chiunque quando operi all'estero dall'Italia.

Invece naturalmente in altri casi (ad esempio, beni che risiedono all'estero e non possono essere amministrati in questo modo, perché sono beni immobili all'estero; o io voglio spossessare alcune persone che sono all'estero dei depositi di conti correnti; o imprese che sono estere invece e quindi che hanno una legislazione diversa dalla nostra), è necessario operare con le richieste di assistenza giudiziaria.

Devo dire che in alcuni casi, in cui si è operato, siamo riusciti ad ottenere risposte positive da alcuni paesi europei.

Tra questi vorrei brevemente come prassi applicativa fare riferimento ad un caso, che secondo me è emblematico, relativo ad una misura di prevenzione nei confronti di una persona indiziata di concorso esterno in associazione mafiosa.

In questo caso, utilizzando le prassi applicative di cui dicevo prima, le indagini vennero effettuate in alcuni procedimenti penali per riciclaggio e per altri reati e, effettuando queste indagini, si individuarono presso la Confederazione Elvetica conti di deposito presso banche internazionali che ammontavano a circa venti milioni di euro, che non avevano provenienza lecita o di cui non c'era la prova della provenienza lecita.

Si è richiesto il sequestro in sede di prevenzione, si è ottenuto questo sequestro e si è potuto eseguire presso la Confederazione elvetica, richiedendo un'assistenza giudiziaria in materia penale in base alla Convenzione di Strasburgo del '59 (poi eseguita dalla Svizzera successivamente) e citando anche la Convenzione di Palermo del 2000.

Quindi in base a questa richiesta di assistenza la Confederazione elvetica ha eseguito il sequestro, disposto dal Tribunale di prevenzione di Catania, su questi conti correnti presso l'UBS di Lugano.

Intanto è interessante il fatto di essere riusciti ad ottenere l'esecuzione di questo sequestro; ma altresì è interessante un ulteriore corollario relativo al problema della gestione dei titoli.

Le indagini sono state effettuate nell'ambito di un procedimento penale e poi si sono utilizzati gli esiti delle indagini nell'ambito del procedimento di prevenzione in cui si è chiesto il sequestro di questi conti correnti esteri, che contenevano in realtà non somme di denaro ma titoli.

È nata l'esigenza naturalmente di gestire questi titoli, è quindi sorto l'ulteriore problema della gestione di beni all'estero; a tal fine il Tribunale di Catania aveva nominato un amministratore giudiziario che ha cercato di interloquire con la banca estera (dato che la gestione di questi titoli è una gestione dinamica: non si possono lasciare fermi, bisogna comprarne altri, venderli, etc.).

Ebbene, nel caso specifico, né la banca né tanto meno l'autorità giudiziaria elvetica riconoscono la figura dell'amministratore giudiziario e quindi in questo caso l'amministratore giudiziario ha dovuto operare tramite il Tribunale, che di volta in volta



Parte II – Sezione II – Le audizioni

emetteva direttive che venivano trasferite in esecuzione alla procura elvetica, la quale a sua volta le trasmetteva alla banca e venivano eseguite.

Quindi, nel caso specifico, è stato dato addirittura l'ordine di vendere tutti i titoli che sono stati trasformati in moneta svizzera, e quindi è stato diminuito il rischio della fluttuazione dei titoli al solo rischio della valuta.

Il secondo corollario interessante in questo caso è il fatto che per questi depositi di conto corrente con la suddetta cifra rilevante, la Confederazione Elvetica ha aperto un procedimento per riciclaggio, perché loro stessi hanno voluto rendersi conto di ciò che accadeva nel loro territorio.

Un'ultima cosa che voglio dire è che nel caso specifico, in base ad indagini fatte con l'assistenza giudiziaria e la documentazione acquisita presso l'istituto bancario, il preposto italiano indiziato di concorso esterno in associazione mafiosa era il beneficiario economico di questi depositi di titoli, che invece erano intestati a due società con sede nel Liechtenstein: la proprietà era della società ma la disponibilità economica era direttamente del preposto italiano.

C'è stato qualche problema perché il Liechtenstein collabora molto meno della Confederazione elvetica.

Queste società hanno opposto, da un canto, che esse erano titolari dei beni e quindi non potevano essere spossessate benché ci fosse un beneficiario, dall'altro, che non sapevano nulla di questi beni e quindi non si volevano assumere il pericolo di essere loro coloro che avevano gestito una somma così notevole di denaro.

Quindi, in un certo qual senso si arrendono e fuoriescono dal procedimento, perché è insorto infatti un problema di pubblicità. Infatti, almeno in base alla mia esperienza con la Confederazione Elvetica, loro, quando eseguono una richiesta di assistenza giudiziaria, ne devono mettere al corrente le parti che sono coinvolte.

Quindi, mentre in un primo momento devono mantenere il nostro stesso segreto istruttorio, quando devono trasferire il risultato in maniera legittima secondo il loro ordinamento, ma anche secondo il nostro (quindi eseguendo la richiesta di assistenza giudiziaria), loro a quel punto devono effettuare un procedimento con le parti e quindi mettono a conoscenza le parti del fatto che, per esempio, avevano acquisito documentazione presso le banche

Quindi, le parti erano già consapevoli di questo e potevano spostare il denaro. Appena le parti sono state informate del fatto, in Italia si è dovuto molto velocemente chiedere il sequestro e cercare di ottenerlo prima possibile, perché c'era il pericolo che queste somme potessero essere spostate, dato che le parti erano state avvertite.

E quindi c'è il problema, cui faceva riferimento il Procuratore, del mantenimento del segreto istruttorio nell'esecuzione della rogatoria.

Zuccaro: È importante precisare se la rogatoria è stata fatta dalla Procura di Catania, in quanto procedeva nell'ambito di un procedimento penale, o dal Tribunale di prevenzione nell'ambito di un procedimento di prevenzione.

Fanara: Le richieste di rogatoria effettuate per acquisire la documentazione presso le banche sono state effettuate dalla Procura di Catania nell'ambito di un



Parte II – Sezione II – Le audizioni

procedimento penale nei confronti dello stesso preposto; il sequestro, invece, è stato richiesto e ottenuto dal Tribunale di prevenzione; l'esecuzione in sede di prevenzione spetta al Tribunale e non alla Procura della Repubblica (unica eccezione, forse, nell'ordinamento italiano, dove l'esecuzione spetta invece sempre alla Procura della Repubblica).

Ciò nonostante il Tribunale nel caso specifico (ma è un'eccezione) ha preferito delegare l'esecuzione con richiesta di assistenza giudiziaria alla Procura della Repubblica, che ha effettuato su delega del Tribunale la richiesta di assistenza di rogatoria.

In realtà penso che ciò sia avvenuto perché la Procura aveva rapporti con la Confederazione Elvetica, perché aveva fatto richiesta di assistenza giudiziaria per la parte probatoria; quindi era più semplice in questo senso. Però naturalmente la richiesta di assistenza sarebbe dovuta essere del Tribunale, anche se l'ha effettuata la Procura nel caso specifico.

Zuccaro: Questo te lo volevo fare precisare perché il discorso è sempre quello. Noi spesso siamo costretti a ricorrere a degli *escamotages* leciti perché dobbiamo aggirare, sempre in senso lecito, il grosso problema del riconoscimento all'estero dei provvedimenti di prevenzione. Se avessimo esperito fin dall'inizio questa attività di assistenza nell'ambito di un procedimento di prevenzione, io temo che probabilmente la risposta dell'autorità elvetica non sarebbe stata così efficace.

Fanara: Però, se posso dire, nel caso specifico noi abbiamo effettuato l'esecuzione nell'ambito del procedimento di prevenzione.

Zuccaro: Perché sei partito da un procedimento penale per reati che la Confederazione elvetica riconosceva.

Fanara: Quando abbiamo richiesto l'assistenza giudiziaria, è stato proprio indicato che noi procedevamo per misure di prevenzione; è stato anche indicato che il titolo che chiedevamo di eseguire era un decreto del Tribunale di Sorveglianza ed è stato indicato anche che questo decreto nasceva dal fatto che il preposto era indiziato di appartenere ad un'associazione mafiosa nell'ambito di un procedimento di prevenzione. Loro l'hanno eseguito nel giro di 24 ore.

Zuccaro: Perché già avevano elementi che confermavano...

Fanara: Certo, loro avevano la precedente rogatoria che però non si basava, nel caso specifico, sull'indiziato di appartenere all'associazione mafiosa ma, se ben ricordo, sul riciclaggio.

Zuccaro: Che è un'ipotesi che anche la Confederazione Elvetica riconosce.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Ho riscontrato grosse difficoltà in sede di riunione di coordinamento della Procura Nazionale quando si è trattato invece di partire con una richiesta rogatoria, per il congelamento di beni e poi per la confisca, partendo fin dall'inizio da un procedimento di prevenzione o anche addirittura soltanto da un reato associativo senza che fosse accompagnato da un reato-fine o da un reato-strumento come il riciclaggio.

Poi ci sono alcune problematiche che nascono da questa Direttiva del 2014 del Parlamento Europeo in tema di congelamento e confisca; cioè noi pensiamo che, per esempio, sarebbe molto interessante il ricorso alla cd. confisca estesa o allargata, che consente di aggredire non soltanto i beni che sono direttamente provento dell'attività illecita ma tutti i beni che comunque sono riconducibili ad un sodalizio organizzato che ha operato dei crimini.

Tuttavia, nonostante quanto indicato in questa Direttiva e in quelle precedenti, ancora non abbiamo mai avuto risposta positiva quando abbiamo tentato questa strada.

Maugeri: Anche per il 12-*sexies*?

Zuccaro: Noi non abbiamo mai utilizzato l'art. 12-*sexies*, perché non ce ne erano i presupposti.

Maugeri: In realtà il concetto di confisca allargata cui fa riferimento la direttiva sarebbe proprio quello del nostro 12-*sexies* (si parla addirittura di sproporzione, quindi c'è un abbassamento dello *standard* probatorio in relazione all'origine illecita).

La Direttiva si occupa in realtà più dell'armonizzazione ma è il presupposto per applicare la Decisione Quadro n. 783 del 2006 per il mutuo riconoscimento.

Quindi non c'è mai stata un'applicazione della legge del 2015 in materia di mutuo riconoscimento, né in attivo né in passivo?

Zuccaro: No. Che io ricordi, qui a Catania, no.

Maugeri: In questo momento è stata presentata una proposta di regolamento per il mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca, anche senza condanna, anche nei confronti di terzi, però pronunciati in procedimento penale.

Si pone il problema se sia possibile ricondurre il nostro procedimento di prevenzione alla categoria del procedimento penale; il ché vorrebbe dire anche applicare le garanzie della materia penale alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Voi come vedete questa possibilità?

Zuccaro: Bisogna precisare che la confisca senza condanna in base a questa direttiva sarebbe limitata solo ai casi di fuga o malattia, non anche al caso di morte.

Maugeri: Assolutamente. La proposta di Regolamento sembrerebbe ammettere un'ipotesi di procedimento, pur definito penale, in cui si richiede una forma di confisca senza condanna in maniera autonoma, indipendentemente da un processo penale



Parte II – Sezione II – Le audizioni

principale; mentre la Direttiva in realtà fa riferimento ad un'ipotesi in cui non si può arrivare ad una condanna in caso di fuga o di malattia.

Zuccaro: La proposta di regolamento prevede anche l'ipotesi della morte del soggetto?

Maugeri: Non parla espressamente di morte; però, anche da quello che emerge dalla relazione alla proposta di regolamento, sembrerebbero rilevare anche le ipotesi di morte, prescrizione e, comunque, sembrerebbe farsi riferimento anche all'ipotesi in cui in maniera autonoma si inizia un procedimento contro il patrimonio, cioè non necessariamente connesso ad un processo penale principale.

Però c'è questa condizione: deve essere un procedimento di carattere penale.

Si pone dunque un problema, perché secondo molti autori il nostro procedimento di prevenzione è un ibrido, che in parte richiama il procedimento di esecuzione penale e in parte però non ha le garanzie del procedimento penale.

Zuccaro: (inaudibile)

Maugeri: L'unica cosa che si dice è che anche alla luce della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo si ammette l'utilizzo di presunzioni; si fa riferimento alla ricca giurisprudenza della Corte in materia anche di forme di confisca di carattere civilistico, in cui si ammette l'utilizzo di presunzioni, purché si garantiscano il diritto al contraddittorio e, quindi, i diritti della difesa.

Però si dice espressamente che non è ammesso il mutuo riconoscimento di provvedimenti di confisca pronunciati in procedimenti di carattere civile o amministrativo.

Fanara: Faccio un ragionamento al contrario in base alla prassi applicativa.

Se parliamo di procedimenti di prevenzione, in realtà con il tempo sempre maggiori garanzie sono state attivate. Ormai ci sono molte garanzie di contraddittorio: all'inizio non si davano certi avvisi che invece adesso sono previsti; c'è la pubblicità dell'udienza ove venga richiesta; insomma garanzie sempre più ampie.

Naturalmente secondo me c'è da fare ancora strada e si potrebbe scivolare ancora di più verso un procedimento *tout court* penale (posto che, a mio parere, non è di certo un procedimento di carattere amministrativo ed è già un procedimento penale).

Io penso che *de iure condendo* si potrebbe spostare ancora di più nel procedimento penale: impedendo poteri di iniziativa da parte di organi non giurisdizionali (quindi la questura e la DIA) e quindi "imponendo" l'esercizio dell'azione penale; controllando (come stiamo già cercando di fare nella prassi applicativa) anche l'archiviazione, quindi il non esercizio dell'azione penale (in alcuni casi particolari abbiamo tentato di passare l'archiviazione dal giudice in modo che fosse definito il procedimento; anche se ci hanno risposto che loro non devono valutare questo, però noi abbiamo cercato di farlo).

Quindi ci avviciniamo sempre di più al modello penale.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

In più vorrei aggiungere anche che da un punto di vista probatorio ormai la confisca senza condanna in genere ha uno *standard* probatorio che si serve di queste presunzioni, quale la sproporzione, che è naturalmente molto simile alla confisca estesa *ex art. 12-sexies*; tanto è vero che nel procedimento penale noi in genere chiediamo il sequestro di beni, che sono a volte gli stessi beni nel procedimento di prevenzione, e lì siamo sicuramente in un procedimento penale e quindi non ci sono problemi.

Anzi io dico sempre in maniera un poco provocatoria che in certi punti il procedimento di prevenzione ha una maggiore tutela; ad esempio il terzo partecipa direttamente al procedimento mentre nel procedimento penale non c'è.

Quindi *de iure condendo* io credo che bisognerebbe giurisdizionalizzare ancora di più il processo di prevenzione (che già, a mio parere, è un processo penale, ripeto): levando il potere di iniziativa ad organi amministrativi e attribuendolo ad organi giurisdizionali, mettendo maggiori controlli al momento dell'esercizio dell'azione penale e maggiori impugnazioni in ordine al sequestro (che come sappiamo adesso non è impugnabile fino al momento della confisca); ma se si facesse tutto questo saremmo all'interno di un procedimento penale.

È chiaro che dovrebbe rimanere una confisca senza condanna, altrimenti non avrebbe senso, e quindi con i presupposti naturalmente in ordine alla pericolosità in base a delle condanne o a delle future condanne, ma comunque collegate in qualche modo alla pericolosità nel procedimento penale. Quindi io sono favorevole a modifiche che lo portino pienamente nell'alveo del procedimento penale.

Maugeri: A vostro avviso, per contro, il procedimento per applicare la confisca in sede di esecuzione, come avviene *ex art. 12-sexies* (che dovrebbe rientrare tranquillamente perché è anche una delle ipotesi previste dalla Direttiva, quindi addirittura dovrebbe rientrare già *tout court* nelle ipotesi di mutuo riconoscimento in base all'attuale Decisione Quadro n. 783 del 2006), si può definire un procedimento sufficientemente garantistico dal punto di vista penale?

Avviene in sede di esecuzione; addirittura potrebbe essere teoricamente pronunciata *inaudita altera parte* allo stato degli atti; anche se chiaramente a mio avviso è prevista l'opposizione, ma è un'opposizione successiva ed è una forma di confisca che presuppone la mancata giustificazione, che presuppone che tu abbia la possibilità durante il procedimento di difenderti e di fare valere l'origine lecita.

Non è anche quest'ultimo un procedimento che dovrebbe essere rivisto per fornire maggiori garanzie, anche ai fini del mutuo riconoscimento in base a questo eventuale regolamento?

Fanara: Io penso invece che quello sia un procedimento sufficientemente giurisdizionalizzato e con garanzie.

È ben vero che il sequestro può essere disposto *inaudita altera parte*, ed effettivamente è dato *inaudita altera parte* quasi sempre ma non sempre.

Però, se voi ci pensate, il fatto che il sequestro sia dato *inaudita altera parte* ha un'esigenza che è dovuta al fatto che il sequestro deve essere dato immediatamente per evitare la dispersione del bene e il contraddittorio si instaura immediatamente dopo.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

In realtà anche in sede penale si chiede il sequestro *ex art. 12-sexies inaudita altera parte*, perché in genere non si fa in sede di cognizione, si fa precedentemente e si fa naturalmente senza avvertire l'altra parte; in genere si fa il sequestro come misura cautelare, quindi lo si anticipa.

Quindi effettivamente non mi preoccupa il fatto che sia dato *inaudita altera parte*, peraltro già in seguito ad una sentenza di condanna, quindi la parte in certo senso sa che potrebbe avvenire tutto questo (è chiaro che ci possono essere delle indagini sugli aspetti patrimoniali di cui la parte non è a conoscenza ma questo può avvenire, ripeto, anche in sede di cognizione; quindi anche in sede esecutiva questo non mi preoccupa).

Il giudice tuttavia è un giudice penale, è un giudice dell'esecuzione, sarà un giudice forse singolo? Dipende qual è il giudice dell'esecuzione, potrebbe essere anche un giudice collegiale.

Quando vi è opposizione, in pratica il procedimento è perfettamente garantito perché a quel punto si instaura un pieno contraddittorio; viene effettuata in genere, se richiesta dalle parti, una perizia in ordine alla proporzione-sproporzione.

Maugeri: Però, anche se nella prassi è chiaro che viene fatta l'opposizione, dal punto di vista del rispetto del principio di legalità, atteso che si tratta di una misura che presuppone la mancata giustificazione, la confisca dovrebbe essere pronunciata in seguito a contraddittorio, perché altrimenti non ci sarà mancata giustificazione; e quindi il procedimento dovrebbe già prevederlo strutturalmente.

Poi nella prassi si perviene allo stesso risultato ma strutturalmente c'è una lacuna.

Fanara: In uno dei primi casi di esecuzione *ex art. 12-sexies*, a Catania come in tutta Italia, fu chiesto il sequestro in sede esecutiva e fu dato il sequestro.

La parte fece ricorso in Cassazione e la Cassazione all'epoca disse che il sequestro non era possibile in sede esecutiva, annullò il sequestro, i beni furono restituiti; molti beni furono dispersi perché durante la restituzione naturalmente la parte trasferì alcuni beni all'estero (in Gran Bretagna).

Successivamente si arrivò alla decisione del procedimento dopo il contraddittorio tra le parti che durò sei mesi; si arrivò alla confisca che venne eseguita su quello che rimaneva.

Quindi è vero, si potrebbe modificare la disciplina; però, se non si vuole fare *inaudita altera parte*, bisognerebbe comunque ammettere una forma di sequestro che consenta di catturare i beni.

[omissis]

Zuccaro: Qui non vedo un problema di mancanza di giurisdizionalizzazione soltanto perché la si chiama confisca, atteso che evidentemente questa misura è soggetta a possibilità di dimostrazione del contrario, a possibilità di opposizione; non credo che ci sia un problema di *vulnus* serio al diritto dei terzi, e quindi anche in sede di riconoscimento in campo internazionale.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Invece ci sono effettivamente alcuni aspetti del procedimento di prevenzione che potrebbero dare luogo a delle serie contestazioni (e qui sono d'accordo con il collega) sul riconoscimento poi in sede europea della decisione; anche senza arrivare a duplicare il procedimento penale (il che non avrebbe senso). Alcuni accorgimenti tuttavia, a mio avviso, potrebbero dare maggiore affidamento ai paesi esteri circa il fatto che non sono stati violati i diritti di difesa e soprattutto il principio del contraddittorio.

Questo credo che si possa fare senza rinunciare a questo strumento.

Dato di fatto è che allo stato è ampiamente sottoutilizzato, almeno per quanto riguarda Catania, che peraltro è una delle sedi giudiziarie in cui si applicano maggiormente le misure di prevenzione in campo patrimoniale, non ci è mai stata la possibilità di esperire con successo l'esecuzione all'estero di queste confische.

Maugeri: Quindi nella vostra prassi c'è stato un risultato positivo con la Svizzera in relazione al sequestro

Zuccaro: Sì. E, a parte questo, sono certo che non vi è stata alcuna forma di riconoscimento, di cooperazione. Non Le saprei dare indicazioni circa le ragioni per cui non vi è stata, perché non ne ho memoria diretta.

Maugeri: Procedendo oltre, avete esperienza di rapporti con Eurojust? In casi di cooperazione con altri paesi europei avete richiesto l'intervento di questo organismo?

Zuccaro: Assolutamente sì, soprattutto negli ultimi tempi in relazione al fenomeno del traffico dei migranti e in relazione alla tratta, abbiamo avuto necessità (perché si tratta di fenomeni aventi implicazioni internazionali evidenti, visto che la maggior parte dei migranti e delle vittime di tratta poi tendono a gravitare verso paesi esteri e i trafficanti e gli autori della tratta spesso operano all'estero) di richiedere rogatorie in Olanda, a Malta, in Spagna e lì abbiamo avuto un aiuto anche abbastanza significativo da parte di Eurojust nell'ottenere delle risposte.

Queste risposte, per quanto riguarda l'Olanda e la Spagna, sono state già positive.

Per quanto riguarda Malta, abbiamo ancora delle difficoltà; credo però che siano legate più che a problemi di carattere giuridico, a problemi contingenti di coinvolgimento di determinati soggetti nell'attività rogatoria che abbiamo chiesto di svolgere.

Quindi, è stato piuttosto frequente a partire dal 2014/2015, quando si è verificato il fenomeno del contrasto a questi reati di tratta e di traffico di migranti.

Maugeri: Invece in fase di indagini per reati legati al crimine organizzato?

Zuccaro: No, non ho esperienza, non ho memoria in questo campo; ma non vi è stata, ripeto, perché nel passato molte volte si è tentata la strada diretta e solo da poco tempo si è avuta consapevolezza che effettivamente Eurojust, se viene sensibilizzata a dovere, può essere uno strumento di ausilio.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: Eurojust viene considerato uno strumento sottoutilizzato, nel senso che anche alla luce dell'art. 85 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea potrebbe avere maggiori poteri rispetto a quelli che in realtà svolge; potrebbe addirittura avere un potere di indagine penale, quindi un potere proattivo.

Molti mettono in evidenza anche che i poteri riconosciuti al nostro membro interno di Eurojust sono limitati rispetto a quello che è previsto dalle Decisioni quadro del 2002 e del 2008 e in questo senso siamo anche in compagnia di altri: l'inglese e lo svedese hanno maggiori poteri e rientrano nella funzione giudiziaria, l'italiano e l'olandese no.

Quindi, la possibilità di prevedere un ruolo più attivo di questo organo, sfruttando anche quello che già la normativa europea prevede, la vedete in maniera positiva?

Zuccaro: Per quanto riguarda la funzione di ausilio per le richieste di cooperazione internazionale, sicuramente riteniamo che laddove abbiamo esperito questo strumento, abbiamo sempre avuto esiti piuttosto positivi.

Rispetto al potere di impulso, per potere dare una risposta bisognerebbe prima capire rispetto a quali reati Eurojust dovrebbe avere questo potere di impulso, in aggiunta o in alternativa (ma credo in alternativa) rispetto al progetto della Procura Europea.

Perché se si dovesse limitare a svolgere l'attività per cui si parla della Procura Europea, e cioè quei reati che colpiscono gli interessi finanziari dell'UE, io credo che dal punto di vista italiano il contributo non sarebbe particolarmente rilevante e tuttavia potrebbe avere un suo aspetto positivo; se invece si dovesse pensare ad un potere di impulso o di coordinamento per reati che hanno una dimensione transnazionale, io sarei molto più cauto.

Maugeri: Ciò che consente la normativa europea dovrebbe essere proprio questo, soprattutto in materia di lotta al crimine organizzato e al terrorismo.

Anzi, si mette in evidenza che rispetto all'EPPO, che allo stato attuale delle trattative si limita ai reati in frode agli interessi comunitari (nonostante l'art. 86 co. 2 avrebbe consentito all'EPPO di avere competenza più ampie), l'altra strategia possibile è dare piena attuazione a ciò che è già previsto dalla normativa europea in relazione ad Eurojust, che dovrebbe avere questo ruolo proattivo nella lotta al crimine organizzato e nel favorire la cooperazione, un ruolo di stimolo positivo.

Zuccaro: Il punto è che, a mio avviso, fino quando si pensa di potere risolvere il problema solo in chiave processuale, senza affrontare quello del diritto penale sostanziale e quindi dell'armonizzazione delle fattispecie, ho l'impressione che andremo incontro a risultati non particolarmente importanti per l'Italia, se non ci mettiamo d'accordo su cosa debba intendersi per crimine organizzato.

Sul terrorismo ad esempio siamo tutti d'accordo, perché abbiamo l'emergenza ed è facile parlare un linguaggio comune quando si parla di reati di terrorismo.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Lì il potere di impulso, di cooperazione potrebbe avere un senso, vista la dimensione internazionale del fenomeno; però vi sono anche da questo punto di vista delle ragioni anche di carattere pratico che ostano ad una piena cooperazione di impulso.

Il discorso (e questo mi deriva dalla mia esperienza ormai di vari anni all'interno di realtà istituzionali che devono dialogare con altri paesi) è che il potere di impulso presuppone una condivisione di informazioni e di notizie.

Bene, molte volte si ha molta difficoltà a condividere informazioni e notizie con altri paesi. Lei pensi che si ha già molta difficoltà a condividerle quando si opera nell'ambito italiano.

Ma io vedo con molta difficoltà, quasi allo stato come un'utopia, il fatto che servizi di *intelligence* o forze di polizia possano condividere con altri paesi notizie ed informazioni sensibili.

Dalla mia esperienza con Frontex, ad esempio, la Marina Militare italiana mi rappresenta che vi sono notevoli gelosie da parte di tutti paesi che mandano le loro navi nel Mediterraneo, a condividere le informazioni che ricevono.

Noi abbiamo una missione europea congiunta, ma quando si tratta poi di avere flussi informativi ogni paese si tiene il suo.

E allora che senso ha, anche in questo campo, prevedere un potere di impulso, che servirebbe soltanto a creare illusioni, se non si condividono i flussi informativi?

Maugeri: Però una delle funzioni dovrebbe essere proprio lo scambio di informazioni, che credo sia fondamentale perché altrimenti non ha senso tutto questo.

Zuccaro: Esatto, ma Le garantisco che ho potuto verificare che questo flusso di informazioni è tutt'altro che vicino ad attuarsi e se questo non si attua non si potrà mai attuare neanche un vero potere di impulso. Ma, per uscire dal campo del terrorismo e passare ad altri reati, se non si parla una lingua comune ho l'impressione che saranno poche le possibilità di fare funzionare questo meccanismo.

Quindi, se non si prevede di omogeneizzare anche una parte del diritto penale sostanziale, agire soltanto sul versante processuale probabilmente sarebbe poco proficuo.

Maugeri: Anche se in materia di confisca l'approccio sembra proprio questo in questo momento, cioè in base alla proposta di Regolamento intanto si dovrebbe imporre il mutuo riconoscimento anche se non si riesce ad ottenere l'armonizzazione.

Anche i paesi che al loro interno non vogliono adottare forme di confisca senza condanna devono riconoscere quelle di altri paesi, che è un approccio che non è sbagliato, perché è volto all'efficienza; spetta poi ad ogni Stato decidere se adottare queste forme di confisca, però intanto si favorisce la cooperazione.

Zuccaro: Questo dovrebbe essere il senso; per potere utilizzare gli strumenti più incisivi bisogna basarsi sulla reciproca fiducia: anche se tu non hai quella fattispecie, devi prendere atto che quel paese, che non ti viola norme costituzionali o norme imperative, ti può chiedere questi strumenti.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Maugeri: E già nella Decisione in materia di crimine organizzato qualcosa del genere era previsto: anche se tu non prevedi quel dato istituto al tuo interno devi riconoscere quello degli altri. Però appunto non è conosciuta e valorizzata a sufficienza e probabilmente ci vorrebbe un nuovo strumento.

Passando a considerare ulteriori difficoltà, ad esempio, ammesso che si arrivi a questo EPPO con poteri limitati (ciò sembrerebbe lo stato dell'arte), in ogni caso il fatto di avere questo organismo, che opererà in materia di lotta alle frodi contro gli interessi dell'Unione Europea, potrebbe essere comunque uno strumento incisivo anche di partenza per poi arrivare alla lotta al crimine organizzato, nel senso che comunque la frode agli interessi dell'Unione Europea spesso è anche una delle forme di reato-fine del crimine organizzato?

Zuccaro: A mio avviso un'utilità vi sarebbe, anche perché i reati contro l'Unione Europea in alcuni territori del Sud hanno un carattere endemico; sono talmente sviluppati che potere utilizzare strumenti di cooperazione e quindi il prevedere la creazione di questa Procura Europea potrebbe avere un'utilità.

Potrà forse essere di incoraggiamento il fatto di avere un'esperienza positiva in quel campo; però ho l'impressione che le problematiche da superare siano molto più ampie se si passa all'estensione dei reati anche a quelli del crimine organizzato; e bisognerebbe anche vedere che poteri dovrebbe realmente avere una Procura Europea che agisca nel campo del crimine organizzato, anche ammesso che si arrivi ad omogeneizzare gli strumenti normativi e le sanzioni.

Lei sa benissimo come fu particolarmente contrastata l'esecuzione di una direzione nazionale in campo italiano perché si rischiava, centralizzando tutto, di rendere più facilmente controllabile, infiltrabile e inquinabile l'organismo unico preposto a questo contrasto.

Infatti, poi, il problema si è risolto prevedendo poteri di impulso e coordinamento ma non poteri di indagine, poteri istruttori. Alla Procura Nazionale Italiana non sono stati dati poteri istruttori, mentre la Procura Unica Europea dovrebbe avere poteri di indagine; bisognerebbe capire come renderli compatibili con i poteri delle procure distrettuali.

Maugeri: Altre criticità che avete evidenziato, anche di carattere molto concreto, in materia di cooperazione giudiziaria o profili che andrebbero evidenziati anche sotto il profilo dei diritti della difesa?

Zuccaro: Le maggiori criticità sono quelle che abbiamo detto, però sono criticità basilari, fondamentali, che praticamente ci impediscono un pieno utilizzo di strumenti incisivi. Si pensi ad esempio alle intercettazioni.

Maugeri: Ecco, questo è una criticità che molti evidenziano, quella delle intercettazioni.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Zuccaro: Le intercettazioni sono sicuramente uno degli strumenti più incisivi insieme a quello degli accessi bancari e delle collaborazioni per contrastare il crimine organizzato. Lì abbiamo problemi enormi ad ottenere una cooperazione internazionale.

Eppure mai, come nel caso del contrasto al crimine mafioso, sarebbe molto utile potere avere l'autorizzazione ad effettuare operazioni di intercettazione.

Lì l'esperienza, per quanto mi consta, è assolutamente negativa, senza alcuna eccezione.

Maugeri: Altre procure lamentano che la cooperazione si interrompe perché c'è un problema di privacy oppure la procura di Bologna diceva che non hanno avuto riscontro.

Zuccaro: Sì. Mi sembra molto interessante parlarvi di una esperienza che abbiamo fatto sugli strumenti alternativi alla confisca: lo strumento dell'amministrazione giudiziaria, che in effetti è uno strumento che abbiamo esperito con successo.

Non tutti i casi sono del tipo o bianco o nero, cioè un'impresa che è infiltrata dalla mafia e un'impresa che invece non lo è.

Ci sono casi in cui un'impresa, pur non essendo infiltrata dalla mafia, tuttavia è pesantemente condizionata da alcuni rapporti che a volte deve subire e a volte in parte avvengono dietro corrispettivo; questa impresa agisce dunque in maniera tale da creare in tutto il territorio nazionale una serie di condotte che sono illecite (nell'aggiudicazione degli appalti; nell'effettuare appalti che sono classici casi di inadempimento, perché, ad esempio, viene fornito cemento depotenziato nella costruzione di strutture etc...).

In un caso particolare noi non potevamo provare (e probabilmente non vi era) l'infiltrazione mafiosa, ma vi era un pesante condizionamento che faceva sì che questa impresa commettesse reati in tutta Italia, sia nella fase di aggiudicazione degli appalti sia nella fase della esecuzione; in questo caso noi abbiamo usato lo strumento dell'amministrazione giudiziaria. Se questo strumento si potesse proiettare in campo europeo secondo me sarebbe utile.

Maugeri: Io avevo segnalato questo aspetto anche nella relazione programmatica: dovremmo rinunciare a questa logica della confisca a tutti i costi, che spesso ha degli effetti deleteri sulle imprese; e, dove è possibile, arrivare a strumenti alternativi.

Fanara: Sì, nel caso specifico stiamo parlando dello strumento dell'amministrazione giudiziaria *ex art. 34 del d.lgs. 158 del 2011*.

Noi l'abbiamo applicato nei confronti di quella che penso sia la più grande impresa di costruzioni che ci sia a Catania oggi e in questo caso, in relazione ai rapporti che questa impresa aveva con l'associazione mafiosa di Cosa Nostra catanese (che però non permettevano di dimostrare che l'impresa fosse un'impresa mafiosa di per sé), è stato attuato questo modello dell'amministrazione giudiziaria.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Quindi la società è stata posta sotto amministrazione giudiziaria, è stata amministrata dal Tribunale e dagli amministratori giudiziari, naturalmente con il concorso della Procura, ed è stata (come mi piace dire) riportata a legalità.

L'azienda era in crisi, anche per alcune vicende giudiziarie che aveva subito (nel caso specifico gli imprenditori erano stati arrestati anche per una serie di episodi di corruzione, che avevano effettuato con l'ANAS).

L'impresa è stata dunque riportata a legalità e questo ha comportato una revisione di tutti i bilanci, una revisione dei rapporti con le pubbliche amministrazioni, che sono stati depurati di tutti gli aspetti di illegalità e di somme di denaro in nero.

La legalità è stata riportata anche in piccoli aspetti che però sono molto importanti, come il pagamento degli straordinari ai dipendenti, il pieno rispetto della normativa sugli infortuni, la partecipazione ad altri appalti in condizioni di piena legalità e soprattutto la piena tracciabilità di tutte le somme di denaro in entrata ed uscita da questa grande azienda.

Dopo un periodo di piena amministrazione di questa società, essa è stata restituita agli imprenditori che adesso potranno decidere da soli come amministrare la loro azienda (noi siamo sicuri e speriamo che la mantengano in legalità come gliela abbiamo restituita).

Però questo è importante perché sono stati esclusi e impediti tutti i rapporti con Cosa Nostra; quindi in questo periodo non sono state pagate le "messa a posto", che, come l'esperienza giudiziaria e sociologica dimostra, sono relative ben al 2% o al 3% dei ricavi di queste grosse aziende, quindi sono importi importanti.

Il fatto che non vengano pagate queste somme rende anche più debole l'associazione mafiosa, per cui da un canto noi riportiamo a legalità le aziende e dall'altro indeboliamo le associazioni criminali che non ricevono più questi proventi importanti da queste grosse aziende.

Maugeri: Mi sorge un dubbio: forse è ancora un poco presto, perché non c'è un'applicazione così ampia dalla quale potere ricavare molti dati. Una volta cessata l'amministrazione giudiziaria, soprattutto nell'ipotesi in cui non si è avuta l'applicazione di eventuali sequestri e confische, e l'impresa ritorna alle legalità, non c'è un rischio di ritorno all'illegalità?

Zuccaro: Il timore che Lei paventa è tutt'altro che infondato.

Il controllo giudiziario tra l'altro non solo dovrebbe servire ad assicurarci che nel passaggio all'amministrazione da parte della proprietà non si torni alle antiche abitudini o ai vecchi condizionamenti, ma serve anche a risolvere il problema che dal punto di vista amministrativo si pongono le varie prefetture, e cioè il problema di emettere o meno provvedimenti interdittivi e inserire queste società nella *white list*.

Nel caso specifico non saremmo mai potuti arrivare ad attuare provvedimenti di sequestro e confisca perché, ripeto, non ve ne erano i presupposti; e tuttavia il pesante condizionamento che queste imprese subivano aveva fatto sì che questa impresa, prima che si facesse ricorso all'amministrazione giudiziaria, venisse inserita nella *blacklist* e che quindi venisse emesso nei suoi confronti un provvedimento interdittivo.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Prima ancora che arrivasse l'amministratore giudiziario in queste imprese, già da parte del prefetto e anche su segnalazione dell'ANAC, si era provveduto a nominare un amministratore che doveva controllare queste società.

Maugeri: Inoltre l'interdittiva ha anche effetti peggiori dell'amministrazione giudiziaria, perché impedisce rapporti con la Pubblica Amministrazione.

Zuccaro: Sì, significa portare la società al fallimento.

Maugeri: Lo strumento dell'interdittiva non pone dei dubbi?

Da un canto l'interdittiva ha un presupposto (il tentativo dell'infiltrazione) che dovrebbe essere ancora più basso di quello necessario per l'amministrazione giudiziaria e, dall'altro, ha degli effetti dirompenti, soprattutto per un'azienda che lavora con la pubblica amministrazione, con minori garanzie, perché non abbiamo le garanzie della giurisdizionalizzazione.

Zuccaro: È sicuramente uno strumento forte che può avere effetti devastanti. Però tenga conto che, almeno nell'applicazione che facciamo noi a Catania (come Procuratore intervengo nel Comitato che si occupa della proposta di una misura interdittiva) noi comunque verifichiamo che vi sia una forte presunzione di infiltrazione mafiosa nella società; cioè verifichiamo che il soggetto che realmente amministra la società al di là delle forme sia un soggetto che è stato sottoposto a procedimento penale per reati associativi mafiosi.

Quando questo non avviene, da parte nostra almeno il parere è sempre negativo per l'interdittiva e poi ci sono gli strumenti giurisdizionali del controllo amministrativo, perché comunque non è infrequente che il giudice amministrativo abbia annullato misure interdittive non ben motivate, perché mancavano i presupposti per la sua applicazione.

Quindi il rischio c'è, però non è poi così da enfatizzare, e d'altra parte è talmente diffuso il fenomeno delle infiltrazioni mafiose nelle imprese che, se noi giurisdizionalizzassimo tutto, diventerebbe un doppione, uno strumento inutile.

Maugeri: Qual è la vostra esperienza in materia di mandato d'arresto europeo?

Laudani: Da quando nel 2008 sono stati introdotti modelli unici per l'esecuzione dei mandati di arresto, non abbiamo avuto grosse difficoltà.

Abbiamo avuto di recente una difficoltà con la Germania, che ha dichiarato inammissibile la nostra richiesta di mandato d'arresto europeo in ragione del fatto che la persona nei confronti della quale era stato richiesto aveva avuto un permesso di soggiorno (seppure scaduto nel momento in cui avevamo spiccato il mandato d'arresto europeo) sulla base del § 80 della Legge sull'assistenza giudiziaria in materia penale.

Quindi, sulla base del presupposto che si trattava di persona che era cresciuta in Germania e aveva risieduto abitualmente lì, tenuto conto del breve lasso di tempo in cui era rimasto in Italia, la Germania ci ha negato l'extradizione; ma noi abbiamo insistito a



Parte II – Sezione II – Le audizioni

questo punto, chiedendo che la pena venga eseguita in Germania. Non siano però ancora a conoscenza della risposta in questo senso.

Maugeri: Ma è un cittadino tedesco?

Laudani: È nato in Germania, per un certo periodo di tempo è vissuto in Italia e in questo lasso di tempo ha commesso il reato per cui si procede.

Le maggiori criticità in realtà noi le riscontriamo nell'applicazione della legge per il trasferimento dei detenuti, in particolare quando abbiamo come nostro interlocutore la Romania, come peraltro in passato è già stato ampiamente evidenziato.

Le difficoltà maggiori sono connesse a quella mancanza di fiducia in relazione all'utilizzo di certi strumenti, cui prima faceva riferimento il Procuratore seppure in altra materia.

Nel caso di specie le maggiori difficoltà nascono in relazione a soggetti che hanno generalità diverse e che noi riusciamo a identificare tramite un nostro strumento che non viene riconosciuto dalla Romania.

Questo comporta delle problematiche perché dobbiamo allegare il cartellino foto dattiloscopico ma questo rende molto lunga la procedura, e non sono in grado di dirle tra l'altro se, nei casi in cui ci è successo, siamo arrivati ad un esito positivo, perché siamo ancora in attesa di una risposta in tal senso.

Quindi per certi versi la sfiducia in uno strumento di riconoscimento, che in Italia ha una sua ampia validità, ci blocca nella possibilità di potere assicurare la traduzione del soggetto condannato in via definitiva.

Spesso le problematiche maggiori sono anche legate a sentenze emesse in contumacia; quindi ci vengono avanzate richieste che spesso diventano difficili da comprendere, proprio nel senso che la differenza di legislazione soprattutto in punto di contumacia imporrebbe allo Stato italiano di fornire garanzie che nel nostro sistema non possiamo dare.

Addirittura ci chiedono di rinotificare la sentenza e consentire al soggetto una rimessione in termini che nel nostro sistema ovviamente non è prevista ed è questo il campo in cui abbiamo riscontrato maggiori criticità.

Maugeri: Non vi è mai capitato un rifiuto perché il soggetto sarebbe andato in regime *ex art. 41-bis* in Italia?

Laudani: Per quella che è la mia memoria no.

Maugeri: [omissis] Vi sono dei casi in cui è stato rifiutato a paesi come la Romania, facendo riferimento all'art. 3 (divieto di trattamenti disumani e degradanti) in virtù del sovraffollamento carcerario.

Se dovessimo fare riferimento a questo argomento del sovraffollamento carcerario in relazione all'Italia, non applicheremmo più il mandato di arresto europeo! Già l'art. 41-*bis* è un discorso più circoscritto.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

La Corte Europea ha condannato l'Inghilterra per l'ergastolo senza possibilità di ottenerne la cessazione, quello che è il nostro ergastolo ostativo. Quindi prima o poi saremo condannati, perché la Corte Europea prevede che l'ergastolo è compatibile con l'art. 3 nella misura in cui il soggetto sia ben consapevole delle condizioni in presenza delle quali lui può essere scarcerato, cioè ci deve essere la speranza, un ergastolo senza speranza è considerato trattamento disumano e degradante.

Laudani: Vorrei evidenziare che noi abbiamo difficoltà spesso a chiedere il trasferimento di soggetti condannati perché, come noto, una ragione ostativa è il loro consenso al trasferimento.

Spesso loro dicono di non volere trasferirsi perché ormai nel paese in cui si trovano hanno la loro famiglia, i loro legami etc. Io potrei superare questa mancanza di consenso se riuscissi a provare che in realtà il soggetto ha mantenuto i legami con il paese di origine.

Questo presuppone una grossa collaborazione che allo stato è sostanzialmente inesistente; collaborazione, questa, che mi consentirebbe di dialogare con l'autorità straniera, per la quale è chiaramente più facile comprendere quali familiari il soggetto ha in quel paese, se ha svolto attività lavorativa, etc.

Io ci posso arrivare al contrario, cioè, se riesco a dimostrare che la sua permanenza è stata costellata dalla commissione di illeciti, dico che in realtà non sei qui per insediarti ma per altre ragioni. Ma in assenza di questo (e sono tanti i casi in cui manca il consenso al trasferimento), sarebbe auspicabile anche per cercare di risolvere il problema del sovraffollamento delle carceri, che poi è uno dei motivi ispiratori della Decisione Quadro.

Maugeri: Altri profili, relativi alla notifica?

Fanara: Sì, un primo profilo concerne i tempi: io ho rogatorie che giacciono da anni (alcune in Austria, altre in Svizzera) e sono sostanzialmente incompatibili con i nostri termini di indagine e benché sollecitate, le risposte non sono mai pervenute.

Maugeri: Ma in queste ipotesi in cui ci sono rogatorie che giacciono da anni non si può richiedere l'intervento di Eurojust?

Fanara: Sì, in effetti si potrebbe fare. Però è chiaro che ci sono paesi meno sensibili di altri.

Maugeri: Voi come procura non fate un tentativo di contatto diretto con il collega, cioè di sollecitazione immediata?

Fanara: In base alla Convenzione Europea noi abbiamo contatti diretti, a volte intermediati da Eurojust o dalla magistratura di collegamento, e tali contatti sono importantissimi.



Parte II – Sezione II – Le audizioni

Peraltro in base alla Convenzione Europea questi contatti a volte ci permettono anche di trasmettere notizie di reato in altri paesi.

Tornando al discorso delle notifiche, esse con riferimento ai paesi europei dovrebbero essere facilitate. Le notifiche dovrebbero avvenire con assistenza giudiziaria; però formulare una richiesta di assistenza giudiziaria per effettuare una notifica è eccessivo, atteso che – credo – non si tratti di violare la sovranità di un altro Stato ma si vuole solo che una persona venga a conoscenza del fatto che c'è un procedimento nei suoi confronti e che è citato come test.

Peraltro il soggetto, se non vuole venire, può anche non venire e dovrei attivare l'assistenza giudiziaria solo se si vuole obbligarlo a venire; ma altrimenti effettuare la richiesta di assistenza giudiziaria solo per avere la sicurezza che la persona sia a conoscenza di un certo fatto mi pare eccessivo.

Noi stessi ai fini della notifica non facciamo questo ma ci avvaliamo degli ufficiali di polizia giudiziaria o della posta raccomandata con ricevuta di ritorno.

In sede europea è previsto che ciò si possa fare con le poste, effettivamente.

Vi sono però dei grossi problemi; sembra che negli altri paesi non facciano ricerche delle persone; negli altri paesi spesso le poste sono privatizzate e vi sono problemi di effettivo accertamento. In più, è prevista una cartolina internazionale perlomeno per l'Europa, che però a volte (fra l'altro anche in Italia) è mal compilata.

In questi casi bisogna effettuare una richiesta di assistenza giudiziaria, bisogna passare dal Ministero addirittura e la notifica avviene in questo modo.

In relazione a certi processi per mafia cerco certe persone offese, ad esempio, e, benché sappia che queste persone vivono in un certo posto all'estero, non riesco ad avere la prova di averle avvertite se vengono nel mio processo in Italia a testimoniare.

A maggior ragione il problema sussiste per persone, italiane spesso, residenti all'estero; in questo caso non si pone il problema della traduzione dell'atto, si tratta solo di fare loro sapere che sto procedendo nei loro confronti, non posso iniziare il procedimento se loro non lo sanno (io so esattamente dove sono, so dove risiedono all'estero) e purtroppo non riesco ad effettuare una notifica con raccomandata; quindi devo effettuare una complessa istruttoria con richiesta di assistenza giudiziaria, richiedere l'intervento del Ministero per potere effettuare la richiesta di rogatoria semplicemente ai fini della notifica.

Maugeri: Ringrazio i Procuratori Zuccaro, Fanara e Laudani per questa ricca audizione dalla quale si possono trarre sicuramente spunti importanti.