



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PALERMO



# Research NESMeS 2017-2019

## *The New Era of Smuggling in the Mediterranean Sea*

*Salvatore Orlando (Parte I - IV)*  
*Till Bettels (Parte V)*

### I traffici illeciti nel Mediterraneo

*Persone, stupefacenti, tabacco*

*Report Germania*



The Project is funded by PMI IMPACT, a global grant initiative by Philip Morris International to support projects dedicated to fighting illicit trade and related crimes



# I TRAFFICI ILLECITI NEL MEDITERRANEO

*Persone, stupefacenti, tabacco*

Research NESMeS

*“The New Era of Smuggling in the Mediterranean Sea”*

Report Germania

Salvatore Orlando (Parte I, II, III, IV)

Till Bettels (Parte V)

*Palermo – dicembre 2019*



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PALERMO



# Research NESMeS 2017-2019

## *The New Era of Smuggling in the Mediterranean Sea*

*Salvatore Orlando (Parte I - IV)*  
*Till Bettels (Parte V)*

### I traffici illeciti nel Mediterraneo

*Personae, stupefacenti, tabacco*

*Report Germania*



ISBN:978-88-944902-1-3

## SOMMARIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>PARTE I.....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>IL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE<br/>CLANDESTINA .....</b>            | <b>1</b>  |
| 1. <i> Evoluzione Normativa Interna e Disciplina<br/>Internazionale.....</i> | <i>1</i>  |
| 2. <i> Il Bene Giuridico Tutelato .....</i>                                  | <i>4</i>  |
| 3. <i> Le Fattispecie Incriminatrici .....</i>                               | <i>4</i>  |
| 4. <i> Soggetto passivo .....</i>  | <i>12</i> |
| 5. <i> Soggetto attivo .....</i>   | <i>12</i> |
| 6. <i> Profili sanzionatori.....</i>   | <i>13</i> |
| 7. <i> La responsabilità degli enti .....</i>                                | <i>14</i> |
| <b>APPENDICE NORMATIVA .....</b>   | <b>16</b> |
| <b>PARTE II.....</b>   | <b>25</b> |
| <b>LA TRATTA DI ESSERI UMANI .....</b>                                       | <b>25</b> |
| 1. <i> Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale<br/>25</i>   |           |
| 2. <i> Bene giuridico tutelato .....</i>                                     | <i>29</i> |
| 3. <i> Soggetto attivo .....</i>   | <i>30</i> |
| 4. <i> Soggetto passivo .....</i>  | <i>31</i> |
| 5. <i> Le fattispecie incriminatrici.....</i>                                | <i>32</i> |
| 6. <i> Profili sanzionatori.....</i>   | <i>41</i> |
| <b>APPENDICE NORMATIVA .....</b>   | <b>45</b> |
| <b>PARTE III .....</b>   | <b>61</b> |
| <b>IL TRAFFICO DI STUPEFACENTI.....</b>                                      | <b>61</b> |

|  |  |            |
|--|--|------------|
| 1.   | <i>Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale</i>                              |            |
|  | 61   |            |
| 2.   | <i>Le fattispecie incriminatrici</i> .....   | 64         |
| 3.   | <i>Soggetto attivo e passivo</i> .....   | 71         |
| 4.   | <i>La nozione di “stupefacente” e quella di “traffico di stupefacenti”</i> .....             | 71         |
| 5.   | <i>Gli illeciti in materia di stupefacenti commessi dalle organizzazioni criminali</i> ..... | 73         |
| 6.   | <i>Il bene giuridico tutelato</i> .....  | 75         |
| 7.   | <i>Profili sanzionatori</i> .....  | 76         |
| 8.   | <i>La rilevanza penale delle condotte di uso personale</i> .....                             | 79         |
| 9.   | <i>Norme che “premiano” la collaborazione o il recesso</i> ..                                | 81         |
| 10.  | <i>Confisca</i> .....  | 82         |
| <b>APPENDICE NORMATIVA</b> .....                                       |  | <b>84</b>  |
| <b>PARTE IV</b> .....  |  | <b>100</b> |
| <b>IL CONTRABBANDO DI SIGARETTE</b> .....                              |  | <b>100</b> |
| 1.   | <i>Disciplina internazionale e l’opzione di politica criminale in Germania</i> .....         | 100        |
| 2.   | <i>Bene giuridico tutelato</i> .....   | 106        |
| 3.   | <i>Soggetto attivo</i> .....   | 107        |
| 4.   | <i>Soggetto passivo</i> .....  | 107        |
| 5.   | <i>La legge sui Tabacchi (TabStG)</i> .....  | 107        |
| 6.   | <i>La disciplina di contrasto nel sistema tributario (AO)</i> ..                             | 109        |
| 7.   | <i>Profili sanzionatori</i> .....  | 111        |
| <b>APPENDICE NORMATIVA</b> .....                                       |  | <b>113</b> |
| <b>PARTE V</b> .....   |  | <b>122</b> |
| <b>LA REPRESSIONE DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA IN GERMANIA:</b> ..... |  | <b>122</b> |
| <b>RECENTI SVILUPPI SOSTANZIALI E PROCESSUALI</b>                      |  | <b>122</b> |
| 1.   | <i>La repressione della criminalità organizzata nel diritto penale tedesco</i> .....         | 123        |

|  |            |
|--|------------|
| 1.1. <i>Le qualificazioni e aggravanti per la commissione dei reati come membro di una banda o a scopo commerciale....</i> | 123        |
| 1.2. <i>Le qualificazioni e aggravanti per la commissione dei reati come membro di una banda o a scopo commerciale....</i> | 125        |
| 1.3. <i>L'associazione a delinquere secondo l'art. 129 del codice penale tedesco .....</i>                                 | 126        |
| 1.4. <i>Conclusione .....</i>  | 128        |
| 2. <i>La nuova forma di "confisca autonoma" nel diritto penale tedesco .....</i>   | 130        |
| 2.1. <i>La nuova fattispecie dell'art. 76a co. 4 del codice penale tedesco .....</i>                                       | 130        |
| 2.2. <i>La fattispecie dell'art. 437 dell'ordinamento di procedura penale tedesco.....</i>                                 | 132        |
| 2.3. <i>Conclusione .....</i>  | 134        |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>  | <b>137</b> |





*Parte I*

*Il favoreggiamento dell'immigrazione  
clandestina*

*Salvatore Orlando\**

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Il bene giuridico tutelato. – 3. Le fattispecie incriminatrici. – 4. Soggetto passivo. – 5. Soggetto attivo. – 6. Profili sanzionatori. – 7. La responsabilità degli enti.

*1. Evoluzione Normativa Interna e Disciplina  
Internazionale*

La legge fondamentale che regola il fenomeno migratorio ed il trattamento dei migranti stranieri nel territorio della Repubblica federale tedesca è rappresentata dalla c.d. *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet* (ossia XV bis), detta anche *Aufenthaltsgesetz* (il cui acronimo è *AufenthG*).<sup>1</sup> Il corpo

\* Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Palermo.

<sup>1</sup> Il testo legislativo così denominato è stato preceduto da un intervento legislativo di disciplina della materia rappresentato dalla legge del

legislativo consta di ben 107 articoli ed è tradizionalmente studiato ed inserito all'interno del diritto amministrativo (*Verwaltungsrecht*): il corpo normativo che prevede, invece, le sanzioni penali nel sistema tedesco va sotto il nome di *Ausländerstrafrecht*, traducibile come diritto penale degli stranieri.

La *Aufenthaltsgesetz* riserva uno specifico Capitolo alle disposizioni di natura penalistica, ossia il Kapitel 9 ed i paragrafi 95 ss. *AufenthG*.

In particolare, il paragrafo 95 *AufenthG* – opportunamente rubricato *Strafvorschriften*, ossia disposizioni penali – rappresenta il perno attorno al quale ruotano le sanzioni penali e gli strumenti repressivi in materia di contrasto all'immigrazione clandestina. La disposizione in parola è, infatti, anche propedeutica, nonché direttamente connessa, alle seguenti due fattispecie più specificamente dirette al contrabbando di migranti, di cui ai paragrafi 96 *Einschleusen von Ausländern* (che si potrebbe tradurre, per il tenore della norma, come aiuto e istigazione all'ingresso clandestino di stranieri) e 97 *Einschleusen mit Todesfolge; gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen* (morte a seguito di ingresso clandestino; ingresso clandestino professionale o avvalendosi di un gruppo organizzato).

30.07.2004 (pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica federale, BGBl. I S. 1950). Entrò in vigore il 01.01.2005 e prendeva il nome di *Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionbürgern und Ausländern*. Tuttavia, a seguito anche degli interventi europei in materia, nel 2008 il legislatore emanò la legge come tutt'ora in vigore, nonostante abbia subito diversi interventi modificativi: da ultimo, si segnala la Legge del 28.10.2015 (su Gazzetta ufficiale federale BGBl. I 3618), denominata *Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen*.

La formulazione attuale delle fattispecie è il risultato dell'intervento legislativo del 16 agosto 2007 con il c.d. 2. *ÄndG*, che ha ulteriormente aggravato le sanzioni penali nei confronti dei trafficanti dei migranti<sup>2</sup>

Le modifiche più significative hanno comunque riguardato l'armonizzazione legislativa imposta dalla Direttiva 2002/90/UE<sup>3</sup>. Sulla base della clausola prevista dall'Art. 1, comma 2 della citata Direttiva relativa alle condotte di favoreggiamento dettate da motivi umanitari<sup>4</sup>, la Germania non ha previsto una specifica scriminante umanitaria. Tuttavia, colui il quale abbia aiutato l'ingresso o la permanenza del migrante e non abbia inteso perseguire alcun vantaggio economico ovvero non abbia favorito l'ingresso di più persone o non abbia compiuto più volte la stessa condotta, non è punibile.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> “Si tratta della “*Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union*”, cfr. GERICKE, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, III Ed., 2018, § 96, Rn. 8.

<sup>3</sup> Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 “volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali”, nonché alla decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, intesa a rafforzare il quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

<sup>4</sup> Prevede la c.d. scriminante umanitaria nei seguenti termini: “Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lett. b), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata”

<sup>5</sup> Cfr. GERICKE, in *Münchener Kommentar*, cit., § 96, Rn. 7 Nella relazione finale alla nuova legge di modifica, BR-Drucks. 224/07 v. 30.03.2007 S. 361.

## 2. *Il Bene Giuridico Tutelato*

Il bene giuridico tutelato in via principale dai due paragrafi è il controllo dell’immigrazione, in generale, attraverso la c.d. “lotta al traffico di migranti” (ossia, “*Bekämpfung des Schleuserunswesen*”<sup>6</sup>). Sovviene, tuttavia, anche la tutela dei beni giuridici individuali dei migranti.<sup>7</sup> Non viene, invece, prevista una tutela dei migranti dall’eventuale sfruttamento finanziario (*Schutz von finanzieller Ausbeutung*), in quanto – si sostiene – non è necessario accertare che il vantaggio patrimoniale per il trafficante derivi direttamente dal migrante.<sup>8</sup>

## 3. *Le Fattispecie Incriminatrici*

Il par. 96, co. 1 *AufenthG* rappresenta la fattispecie base del traffico di migranti (*Einschleusen*), ossia il c.d. *Grundtatbestand*. Il par. 96, co. 2 e il par. 97 *AufenthG* rappresentano invece fattispecie aggravate, ossia le cc.dd. *Qualifikationstatbestände*.

A differenza di quanto si potrebbe ritenere dalla rubrica, il par. 96 *AufenthG* non abbraccia soltanto il trasporto illegale di stranieri in Germania o nel territorio nazionale di altri Paesi membri UE o *Schengen*, bensì anche condotte che consistono nel favorire l’ingresso illegale dalla Germania verso altri

<sup>6</sup> HOFFMAN, *Ausländerrecht, Kommentar*, Nomos, § 96, Rn. 3.

<sup>7</sup> BGH, 26.05.1999, 3 StR 570/98, in *StV* 2000, 362 ss; GERICKE, in *Münchener Kommentar*, cit., Rn 1.

<sup>8</sup> CANNAWURF, *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, 58, il quale sostiene che „*der Schutz von finanzieller Ausbeutung des Ausländers ist daher ebenfalls kein Rechtsgut von §96 II nr. 1 AufenthG*“ (la tutela dallo sfruttamento finanziario dello straniero non è il bene giuridico tutelato dal par. 96, co. 2, nr. 1 *AufenthG*).

Paesi<sup>9</sup> come anche altre condotte di favoreggiamento al soggiorno illegale<sup>10</sup>, come disposto dall'art. 1, lett. a), b) della Dir. 2002/90/UE.

Le fattispecie penali previste all'interno dell' *AufenthG* di contrasto al traffico di migranti, nelle loro varie declinazioni che di seguito si illustreranno, prevedono in particolare tipiche ipotesi di partecipazione a figure autonome di reato. In questo modo, colui il quale favorisca la commissione del reato di cui al par. 95, che punisce l'ingresso clandestino dello straniero, è punito più gravemente dell'autore della condotta illecita, vale a dire il migrante stesso.

Non appare peregrino evidenziare che – secondo costante giurisprudenza – condizione essenziale per la punibilità per il tipo delittuoso del favoreggiamento all'ingresso irregolare dello straniero è che il reato punito dal par. 95 *AufenthG* sia stato commesso con volontà (*Vorsatz*) e in violazione delle prescrizioni di legge, che sono organicamente previste all'interno dell'*AufenthG*<sup>11</sup>.

Il par. 96, comma 3, *AufenthG* prevede la punibilità a titolo di tentativo, atteso che secondo il sistema penale tedesco il tentativo di delitto non è punito, se non espressamente previsto nella disposizione incriminatrice<sup>12</sup>. In questo senso, si esprime la giurisprudenza che chiarisce che può aversi tentativo di favoreggiamento qualora si accerti che la volontà del soggetto

<sup>9</sup> C.d. “*Aus- und Durchschleusung*”. Si veda BGH, 09.05.2001, 3 StR 51/01, in *NStZ-RR* 2002, 23. KLECZESCZKI, *StV* 2000, 364.

<sup>10</sup> GERICKE, *Münchener Kommentar zum StGB*, cit. § 96 *AufenthG* Rn. 6.

<sup>11</sup> Tra le altre, nella giurisprudenza di merito, OLG Köln, 25.03.2003 – Ss 92-93/03, in *StV*, 2003, 566.

<sup>12</sup> Il par. 23 del codice penale tedesco (*StGB*) dispone, infatti, che “*Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt*” (il tentativo di delitto è punibile solo qualora la legge lo preveda espressamente”).

agente era diretta a realizzare una delle condotte elencate nel reato di cui al par. 95 *AufenthG* realizzato già nelle sue caratteristiche essenziali<sup>13</sup>. Sovvengono, a tal fine, le disposizioni della parte generale del Codice penale tedesco (parr. 22 e seguenti del codice penale tedesco, *Strafgesetzbuch StGB*), con particolare riferimento al par. 30 StGB<sup>14</sup>.

Per una migliore comprensione – ed attesa la complessità della struttura della norma incriminatrice di cui al par. 96 *AufenthG* – si procede ad una suddivisione della fattispecie criminosa sulla base della formulazione articolata nelle sue partizioni interne, ciascuno con una condotta illecita differente.

Il comma 1, come detto, punisce la fattispecie base di favoreggiamento o istigazione all'ingresso irregolare, in conformità con quanto previsto dall'art. 1, lett. a) e art. 2 della citata Direttiva 2002/90/UE. In particolare, il legislatore tedesco ha fatto ricorso ai termini “istigare” (*anstiften*) e “aiutare” (*Hilfe leisten*): condotte commesse nei confronti di un migrante ed in violazione delle disposizioni presenti nella stessa legge sugli stranieri, che sono dunque richiamate *per relationem*.

Il fulcro dell'incriminazione per *Einschleusen* è la fattispecie penale che sanziona l'ingresso irregolare dello straniero, ossia il par. 95 *AufenthG*. Di questa, in particolare, ai fini del comma 1 n. 1 del par. 96, rilevano le ipotesi di ingresso e soggiorno irregolare di cui al par. 95, co. 1, n. 1 o 3, ed allo stesso par. co. 2, n. 1, lett. a).

La punibilità per traffico di migranti è, tuttavia, subordinata alla sussistenza alternativa della ricezione o della promessa di

<sup>13</sup> BGH, 13.1.2015 – 4 StR 378/14, in *NStZ* 2015, 399.

<sup>14</sup> § 30 “*Versuch der Beteiligung*” che prevede una circostanza attenuante nel caso di tentativo di concorso nel reato, sul punto ampiamente, BGH, 06.06.2012, 4 StR 144/12.

un vantaggio (*Vorteil*) o la commissione ripetuta (*wiederholtes Handeln*) di condotte di favoreggiamento e nei confronti di più stranieri (*Handeln zugunsten mehereren Ausländer*).

Il par. 96, comma 1, n. 2 invece prevede che l'aiuto o il favoreggiamento siano rivolti alla commissione da parte dello straniero di altri reati previsti dalla stessa legge: così avviene in ipotesi di violazione del par. 95, co. 1, n. 1 o n. 2, che punisce il soggiorno in violazione delle prescrizioni dell'*AufenthG* ovvero il comma 2, n. 1 lett. b), che punisce invece il soggiorno in violazione di ordini esecutivi di espatrio, ovvero il comma 2, n. 2, che punisce, invece, l'utilizzo di documentazione falsa<sup>15</sup>.

In questa seconda ipotesi delittuosa, al fine di integrare il reato, l'autore deve aver conseguito o promesso un vantaggio patrimoniale. Si noti che, in questo caso, è necessario che il vantaggio abbia natura patrimoniale: la disposizione parla infatti di *Vermögensvorteil*, ossia letteralmente di vantaggio patrimoniale. In particolare, sono richiamati:

a) il par. 95, co. 1, n. 1 che punisce il soggiorno dello straniero nel territorio federale tedesco senza passaporto o altro idoneo documento (par. 3, co. 1), la giurisprudenza della Corte Suprema, in queste ipotesi, tende ad escludere la punibilità per favoreggiamento in caso di non punibilità per lo straniero che si trattiene irregolarmente sul territorio federale tedesco. Peraltro – pur sussistendo orientamenti contrari<sup>16</sup> – la Corte Suprema tende ad escludere

<sup>15</sup> Per un migliore ed esaustivo riferimento alle singole ipotesi delittuose, si rinvia ampiamente alla *Appendice normativa*.

<sup>16</sup> BayObLG, in *NJW* 2002, 1663; in *NStZ* 1999, 767; OLG Düsseldorf, in *StV* 2002, 312.

la punibilità per la condotta di favoreggiamento alla permanenza (ed es., la mera – *bloße* – offerta di vitto e alloggio oppure la remunerazione per una prestazione di lavoro), qualora si dimostri che lo straniero è comunque determinato a proseguire la propria permanenza sul territorio, pur in assenza di un qualsiasi aiuto<sup>17</sup>. Ne consegue che in ipotesi di favoreggiamento alla permanenza irregolare attraverso la predisposizione di documenti falsi, la punibilità per *Einschleusen* si avrà qualora lo straniero faccia dipendere la propria permanenza soltanto grazie alla documentazione falsa ricevuta<sup>18</sup>.

b) Il par. 95, comma 1, n. 2, che punisce chi soggiorna nel territorio federale tedesco senza permesso di soggiorno previsto ai sensi del par. 4, comma 1, cpv. 1<sup>19</sup>, qualora: a) vi sia un obbligo esecutivo di espatrio; b) non gli sia stato concesso un termine per l'espatrio o questo sia scaduto.

c) Il reato di cui al par. 95, comma 1, nr. 1a, che punisce chiunque commette intenzionalmente le condotte descritte nel §

<sup>17</sup> OLG Frankfurt a.M., 25.02.2005 - 1 Ss 9/04, in *NStZ-RR 2005*, 184.

<sup>18</sup> BayObLG, 21.05.1999 - 4 St RR 86/99, in *StV 2000*, 366

<sup>19</sup> In questa ipotesi delittuosa, la BGH ha chiarito che l'aiuto – secondo il disposto del par. 27 *StGB* rubricato “*Beihilfe*” – diretto a garantire il soggiorno non autorizzato di uno straniero ai sensi del par. 95 comma 1 Nr. 2 *AufenthG* non è in contrasto con il fatto che lo straniero (autore del reato principale) sia determinato a continuare il soggiorno non autorizzato indipendentemente dall'assistenza: in questi termini, BGH, 02.09.2009 - 5 StR 266/09.



404, co. 2, n. 4 del terzo Libro del Codice sul diritto sociale<sup>20</sup> o nel par. 98, co. 3, n. 1 della presente legge (che prevede sanzioni pecuniarie ed è rubricato *Bussgeldvorschriften*), per il conseguimento di un permesso di soggiorno nel territorio federale ai sensi del par. 4, co. 1, cpv. e possiede soltanto un visto Schengen di cui al par. 6, co. 1, n. 1.

d) Il reato di cui par. 95, comma 2, n. 1 lett. b), per chi in violazione del par. 11, comma 1, relativo ai divieti di ingresso e permanenza, oppure contravvenendo ad un ordine esecutivo di cui al par. 11, co. 6, cpv. 1 o co. 7, cpv. 1, soggiorna nel territorio federale tedesco.

e) Il reato di cui al par. 95, comma 2, n. 2, per chi fornisce o utilizza errate o incomplete informazioni, al fine di ottenere per sé o per altri un titolo di soggiorno o per evitare l'estinzione o successiva limitazione del permesso di soggiorno o consapevolmente utilizza tale documento per falsificare atti giuridici.

Il comma 2 del par. 96 punisce con una pena più grave, ossia da sei mesi fino a dieci anni di reclusione, le condotte descritte al comma 1, se connesse a una serie di situazioni più specifiche e di seguito elencate:

- il *traffico professionale di migranti* (n. 1). Sul concetto di professionalità non vi è alcun riferimento nella Direttiva 2002/90/UE. Si tratta di una locuzione

<sup>20</sup> Si tratta del *Drittes Buch Sozialgesetzbuch*, pubblicato il 24. marzo 1997 (BGBl. I S. 594, 595), da ultimo modificato il 15 agosto 2019.

che sembra alludere ai casi in cui gli autori del traffico siano abitualmente dediti all'attività illecita e ne traggano proventi in modo continuativo. La giurisprudenza della Corte Suprema tedesca (BGH) ha dunque tentato di delineare i profili di rilevanza di una condotta di traffico commessa in modo professionale: si noti, tuttavia, che l'espressione utilizzata è *gewerbmäßige Einschleusen*, la cui migliore traduzione – nonostante non sia diffusa nel linguaggio giuridico italiano – sarebbe quella di *traffico commerciale*. In questo senso, la BGH ha chiarito che il soggetto agente deve prefigurarsi – nel proprio atteggiarsi psicologico – che la propria condotta sia qualificabile come traffico commerciale di migranti ed, inoltre, è necessario che la finalità principale sia quella del conseguimento di un vantaggio economico (*Das Streben nach wirtschaftliche Vorteilen*)<sup>21</sup>

- il *traffico di migranti organizzato* (n. 2), vale a dire realizzato come “membro di un gruppo criminale, che è dedito alla commissione di tali reati”, secondo quanto altresì indicato dall'art. 1, co. 3 della Decisione Quadro 2002/943/GAI<sup>22</sup>.

- La condotta di chi avendo commesso la fattispecie di cui al comma 1, *portati con sé un'arma da fuoco* (n. 3), qualora l'azione si riferisca ad un atto descritto dal par. 95, comma 1, n. 3 o comma 2, n. 1 lett. a), ovvero portati con sé un'altra arma (n. 4), da utilizzare durante l'azione, qualora questa si riferisca ad

<sup>21</sup> BGH, 29. 11. 2011 - 3 StR 378/11, in *NStZ-RR* 2012, 124.

<sup>22</sup> Decisione Quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, “intesa a rafforzare il quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali”.

un atto descritto dal par. 95, comma 1 n. 3 o comma 2 n. 1 lett. a);

- il *traffico di migranti attraverso trattamenti inumani e degradanti* (n. 5), che si ha qualora nel commettere la condotta base di cui al comma 1, si espongano i migranti a trattamenti inumani e degradanti o a pericolo di vita o a gravi danni alla salute. Sulla nozione di trattamenti inumani e degradanti, non vi è alcun riferimento nella Decisione Quadro. Quanto, invece, alla condotta idonea a esporre a pericolo di vita a lesioni alla salute, si tratta di una riproposizione letterale di quanto descritto all'art. 1, co. 3 della Decisione Quadro 2002/946/GAI.

Inoltre, il par. 96 al comma 4 amplia il campo applicativo del reato base e di una serie di ipotesi aggravate (favoreggiamento professionale, con un gruppo criminale organizzato, attraverso trattamenti inumani e degradanti, e tentativo) anche alle condotte poste in essere in violazione delle disposizioni in materia di ingresso e soggiorno di migranti dei Paesi membri UE, come anche nel territorio nazionale dell'Islanda e della Norvegia e rivolte ad aiutare un migrante extra-comunitario, ossia privo della cittadinanza di uno Stato membro o di uno Stato dello Spazio economico europeo<sup>23</sup>.

Il par. 97 *AufenthG* prevede due ulteriori circostanze aggravanti in ipotesi di *morte del migrante*: in questa ipotesi aggravata, è richiesta una connessione immediata e causale tra la condotta illecita di traffico e la successiva morte del migrante. È altresì prevista come circostanza aggravante (comma 2) la condotta di *Einschleusen*, secondo la descrizione

<sup>23</sup> Cfr. WINKELMANN, *Ausländerrecht Kommentar*, in BERGMANN/DIENELT, *AufenthG*, § 97, 12° Ed., C.H. Beck, 2018, Rn. 23-24.

del par. 96, comma 1, posta in essere *professionalmente come membro di un gruppo criminale, che è continuativamente dedito alla commissione di tali reati*.

Si tratta di due circostanze aggravanti della fattispecie base che, per l'appunto, danno luogo ad un aumento di pena. In particolare, viene collegato al *Grundtatbestand* (comma 1, par. 96) l'ulteriore aggravante dell'agire professionalmente come membro di un gruppo criminale organizzato. In quest'ultima ipotesi aggravata – quindi quale *discrimen* rispetto all'ipotesi già vista di cui par. 96, comma 2 – devono concorrere cumulativamente gli elementi della professionalità (comma, 2, n. 1, par. 96) e del gruppo criminale organizzato (comma 2, n. 2, par. 96). Si tratta di una ulteriore evoluzione sanzionatoria rispetto a quanto imposto – quale “*sanzioni minime*” – dalla Decisione Quadro 2002/946/GAI.

L'elemento soggettivo richiesto per l'ipotesi di istigazione quanto per l'aiuto è il dolo. È sufficiente anche il dolo eventuale. Non basta invece per la punibilità un atteggiamento di mera colpa<sup>24</sup>.

#### 4. *Soggetto passivo*

Soggetto passivo del reato di *smuggling* può essere chiunque, purché non sia residente di uno stato membro dell'Unione Europea o di uno stato membro dello spazio economico europeo.

#### 5. *Soggetto attivo*

Soggetto attivo può essere chiunque: la fattispecie incriminatrice usa il termine “*wer*”.

<sup>24</sup> HUBER, *AufenthG*, § 96, Rn. 40-41.

## 6. Profili sanzionatori

Come visto, la legislazione penale tedesca prevede una fattispecie base di *smuggling* (par. 96, comma 1) ed una serie di fattispecie *qualificate* punite più severamente, in linea con quanto previsto dalla Decisione Quadro 2002/946/GAI.

Segnatamente:

- Il par. 96, comma 1 prevede una pena detentiva fino a cinque anni o con la multa;
- Il par. 96, comma 2 prevede una pena detentiva da sei mesi a dieci anni;
- Il par. 97, comma 1: pena detentiva non inferiore a dieci anni;
- Il par. 97, comma 2: pena detentiva da uno a dieci anni.

Inoltre, il comma 5 del par. 96, come altresì il par. 97 comma 4, prevedono, con una formula ampia ed in relazione alle *Qualifikationstatbestände*<sup>25</sup>, l'applicazione della confisca allargata: par. 74a *StGB*, c.d. *Erweiterte Einziehung*, che consente di confiscare il prodotto, il profitto e l'oggetto del reato<sup>26</sup> anche al terzo proprietario che abbia contribuito, almeno colposamente, alla commissione del reato o che sia venuto comunque in possesso dell'oggetto, profitto o prodotto del reato, pur essendo a conoscenza delle circostanze legittimanti la confisca. Questa forma confisca al *genus* della sanzione pena: la stessa Corte Suprema federale riconosce che

<sup>25</sup> GERICKE, in *Münchener Kommentar*, cit., § 96, Rn. 47.

<sup>26</sup> Si v. nella letteratura italiana, FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997. Più di recente, in Germania, 4.5.2. KÖHLER, *Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, Parte I, in *NStZ*, 2017, 497 ss., nonché la parte II, in *NStZ*, 2017, 665 ss.

l'applicazione della misura può riflettersi, specialmente se riferita ad oggetti di significativo valore economico, sulla commisurazione della pena principale, contribuendo alla formazione di una sorta di "*Gesamtstrafe*" dalla cui composizione il giudice è tenuto a fornire puntuale ed esauriente spiegazione

Infine, con riferimento al § 97 comma 3 è infine prevista una ipotesi attenuata nei "casi di minore gravità": "*Nelle ipotesi meno gravi di cui al comma 1 la pena della reclusione è stabilita nel minimo a un anno e nel massimo a dieci anni, nelle ipotesi meno gravi di cui al comma 2 la pena della reclusione è stabilita nel minimo a sei mesi e nel massimo a dieci anni.*"

#### 7. *La responsabilità degli enti*

Dal momento che l'ordinamento penale tedesco non prevede una responsabilità penale degli enti, si applica nei confronti delle persone giuridiche il par. 30 *Ordnungswidrigkeitengesetz*: il cui acronimo è *OWiG*, ossia la legge sugli illeciti amministrativi<sup>27</sup>.

Pertanto, in modo esemplificativo, può essere ordinata la sanzione dell'ammenda nei confronti di una persona che ha agito in qualità di organo, secondo i moduli dell'immedesimazione organica, di una persona giuridica (par. 30, comma 1, n. 1 *OWiG*), commettendo il reato in violazione degli obblighi imposti dalle regole di condotta della persona giuridica o a vantaggio di quest'ultima. In questo modo, la Germania si è adeguata all'art. 5, comma 1, della Direttiva

<sup>27</sup> Non è possibile ripercorrere qui l'evoluzione legislative sulla *OWiG* e le sue peculiarità: si veda, invece, per una panoramica sulla responsabilità degli enti, BÖSE, *Strafbarkeit juristischer Personen selbstverständlichkeit oder Paradigmwechsel im Strafrecht*, in *ZSTW*, 2014, 132-165.

2011/36/UE che impone agli Stati membri di adottare *tutte le misure idonee* per perseguire le persone giuridiche responsabili per i fatti di tratta, ma lasciandoli liberi di scegliere la natura della sanzione.

## APPENDICE NORMATIVA

|  |   |
|--|---|
| <p><b>§ 95 AufenthG.<br/>Strafvorschriften.</b></p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. entgegen § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 48 Abs. 2 sich im Bundesgebiet aufhält,</li><li>2. ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Absatz 1 Satz 1 sich im Bundesgebiet aufhält, wenn<ol style="list-style-type: none"><li>a) er vollziehbar ausreisepflichtig ist,</li><li>b) ihm eine Ausreisefrist nicht gewährt wurde oder diese abgelaufen ist und</li><li>c) dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist,</li></ol></li><li>3. entgegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 in das Bundesgebiet einreist,</li><li>4. einer vollziehbaren Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 oder 2 oder § 47 Abs. 1</li></ol> | <p><b>§ 95 AufenthG.<br/>Disposizioni penali.</b></p> <p>(1) È punito con la pena della reclusione fino ad un anno o con la multa, chiunque</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. in violazione del § 3, comma 1, in relazione al § 48, comma 2, soggiorna nel territorio federale,</li><li>2. soggiorna nel territorio federale senza permesso di soggiorno previsto ai sensi del § 4, comma 1, capoverso 1, qualora<ol style="list-style-type: none"><li>a) vi sia un obbligo esecutivo di espatrio,</li><li>b) non gli sia stato concesso un termine per l'espatrio o questo sia scaduto,</li><li>c) l'ordine di espulsione non sia stato sospeso,</li></ol></li><li>3. in violazione del § 14, comma 1, numeri 1 e 2 entra</li></ol> |
|--|---|



|   |   |
|---|---|
| <p>Satz 2 oder Abs. 2 zuwiderhandelt,</p> <p>5. entgegen § 49 Abs. 2 eine Angabe nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht, sofern die Tat nicht in Absatz 2 Nr. 2 mit Strafe bedroht ist,</p> <p>6. entgegen § 49 Abs. 10 eine dort genannte Maßnahme nicht duldet,</p> <p>6a. entgegen § 56 wiederholt einer Meldepflicht nicht nachkommt, wiederholt gegen räumliche Beschränkungen des Aufenthalts oder sonstige Auflagen verstößt oder trotz wiederholten Hinweises auf die rechtlichen Folgen einer Weigerung der Verpflichtung zur Wohnsitznahme nicht nachkommt oder entgegen § 56 Abs. 4 bestimmte Kommunikationsmittel nutzt oder bestimmte Kontaktverbote nicht beachtet,</p> <p>7. wiederholt einer räumlichen Beschränkung nach § 61 Abs. 1 oder Absatz 1c zuwiderhandelt oder</p> <p>8. im Bundesgebiet einer überwiegend aus Ausländern bestehenden Vereinigung oder</p> | <p>nel territorio federale,</p> <p>4. contravviene ad un ordine esecutivo ai sensi del § 46, co. 2, cpv. 1 e 2 o del § 47, co. 1, cpv. 2, e comma 2,</p> <p>5. in violazione del § 49, co. 2, non dichiara le proprie generalità, o non le dichiara in modo corretto o completo, purché il fatto non sia punibile dal co. 2, n. 2,</p> <p>6. in violazione del § 49, co. 10, non accetta uno specifico provvedimento,</p> <p>6a. in violazione del § 56 non adempie ripetutamente ad un reiterato obbligo di denuncia, viola ripetutamente i limiti spaziali del soggiorno o speciali vincoli ovvero, nonostante ripetuti avvertimenti sulla corretta esecuzione, non adempie ad un obbligo di residenza ovvero in violazione del § 56, co. 4 utilizza specifici mezzi di comunicazione o non rispetta specifici divieti,</p> <p>7. continuativamente</p> |
|---|---|

|   |   |
|---|---|
| <p>Gruppe angehört, deren Bestehen, Zielsetzung oder Tätigkeit vor den Behörden geheim gehalten wird, um ihr Verbot abzuwenden.</p> <p>(1a) Ebenso wird bestraft, wer vorsätzlich eine in § 404 Abs. 2 Nr. 4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch oder in § 98 Abs. 3 Nr. 1 bezeichnete Handlung begeht, für den Aufenthalt im Bundesgebiet nach § 4 Abs. 1 Satz 1 eines Aufenthaltstitels bedarf und als Aufenthaltstitel nur ein Schengen-Visum nach § 6 Abs. 1 Nummer 1 besitzt.</p> <p>(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer</p> <p>1. entgegen § 11 Absatz 1 oder in Zuwiderhandlung einer vollziehbaren Anordnung nach § 11 Absatz 6 Satz 1 oder Absatz 7 Satz 1</p> <p>a) in das Bundesgebiet einreist oder</p> <p>b) sich darin aufhält,</p> <p>1a. einer vollstreckbaren gerichtlichen Anordnung nach</p> | <p>contravviene ad una limitazione di movimento ai sensi del § 61, co. 1 o co. 1c ovvero</p> <p>8. appartiene ad una esistente associazione o un gruppo criminale di stranieri, la cui esistenza, scopo ed attività è tenuta segreta alle autorità, al fine di eludere il divieto.</p> <p>(1a) Allo stesso modo è punito, chiunque commette intenzionalmente le condotte descritte nel § 404, co. 2, n. 4 del terzo Libro del Codice sul diritto sociale<sup>28</sup> o nel § 98, co. 3, n. 1 della presente legge, per il conseguimento di un permesso soggiorno nel territorio federale ai sensi del § 4, co. 1, cpv. e possiede soltanto un visto Schengen di cui al § 6, co. 1, n. 1.</p> <p>(2) È punito con la pena della reclusione fino a tre anni o con la multa, chiunque</p> |
|---|---|

<sup>28</sup> *Drittes Buch Sozialgesetzbuch, § 404 Bußgeldvorschriften.*

|   |  |
|---|--|
| <p>§ 56a Absatz 1 zuwiderhandelt und dadurch die kontinuierliche Feststellung seines Aufenthaltsortes durch eine in § 56a Absatz 3 genannte zuständige Stelle verhindert oder</p> <p>2. unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen oder das Erlöschen oder die nachträgliche Beschränkung des Aufenthaltstitels oder der Duldung abzuwenden oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.</p> <p>(3) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 und der Absätze 1a und 2 Nr. 1 Buchstabe a ist der Versuch strafbar.</p> <p>(4) Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 2 Nr. 2 bezieht, können eingezogen werden.</p> <p>(5) Artikel 31 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge</p> | <p>1. in violazione del § 11, co. 1 oppure contravvenendo ad un ordine esecutivo di cui al § 11, co. 6, cpv. 1 o co. 7, cpv. 1</p> <p>a) entra nel territorio federale ovvero</p> <p>b) vi soggiorna,</p> <p>1a. contravviene ad un ordine giudiziario esecutivo ai sensi del § 56, co. 1 e in tal modo impedisce l'identificazione della sua residenza da parte degli uffici competenti di cui al § 56 a, co. 3 ovvero</p> <p>2. fornisce o utilizza errate o incomplete informazioni, al fine di ottenere per sé o per altri un titolo di soggiorno o una tolleranza o per evitare l'estinzione o successiva limitazione del permesso di soggiorno o la tolleranza o consapevolmente utilizza tale documento per ingannare negli atti giuridici.</p> <p>(3) Nelle ipotesi di cui al co. 1, n. 3 e dei co. 1a e 2, n.</p> |
|---|--|

|  |  |
|--|--|
| <p>bleibt unberührt.</p> <p>(6) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 und 3 steht einem Handeln ohne erforderlichen Aufenthaltstitel ein Handeln auf Grund eines durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Aufenthaltstitels gleich.</p> <p>(7) In Fällen des Absatzes 2 Nummer 1a wird die Tat nur auf Antrag einer dort genannten zuständigen Stelle verfolgt.</p> | <p>1 lett. a) è punibile il tentativo.</p> <p>(4) I beni, che si riferiscono al reato di cui al co. 2, n. 2, possono essere sequestrati.</p> <p>(5) L'articolo 31, co. 1, della Convenzione di Ginevra sullo stato di rifugiato del 1951, non subisce alcuna modifica.</p> <p>(6) Nelle ipotesi di cui al co. 1, n. 2 e 3, gli atti senza il necessario permesso di soggiorno sono considerati equivalenti agli atti compiuti con un permesso di soggiorno ottenuto con minacce, concussione o collusione, o ottenuti da informazioni false o incomplete.</p> <p>(7) Nelle ipotesi di cui co. 2, n. 1a il reato è perseguito solo a seguito di richiesta dei menzionati competenti uffici.</p> |
| <p><b>§ 96 AufenthG.</b><br/><b><i>Einschleusen von Ausländern.</i></b></p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren</p>   | <p><b>§ 96 <i>AufenthG.</i></b><br/><b>Istigazione e aiuto all'ingresso clandestino di stranieri.</b></p> <p>(1) È punito con la</p>   |

|   |  |
|---|--|
| <p>Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen anderen anstiftet oder ihm dazu Hilfe leistet, eine Handlung</p> <p>1. nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a zu begehen und</p> <p>a) dafür einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt oder</p> <p>b) wiederholt oder zugunsten von mehreren Ausländern handelt oder</p> <p>2. nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2, Abs. 1a oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b oder Nr. 2 zu begehen und dafür einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt.</p> <p>(2) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1</p> <p>1. gewerbsmäßig handelt,</p> <p>2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt,</p> <p>3. eine Schusswaffe bei sich führt, wenn sich die Tat auf eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1</p> | <p>reclusione da tre mesi a cinque anni, e nelle ipotesi più gravi fino a cinque anni o con la multa, chiunque istiga un'altra persona o lo aiuta</p> <p>1. a commettere una condotta descritta in § 95, co. 1, n. 3, o co. 2, n. 1, lett. a), e</p> <p>a) ne riceve un vantaggio o ne riceve la promessa ovvero</p> <p>b) agisce continuamente o a favore di più stranieri ovvero</p> <p>2. a commettere il reato di cui al § 95, co. 1, n. 1 o n. 2, co. 1a, ovvero co. 2 n. 1, lett. b) o n. 2 e ne riceve o gli sia promesso un vantaggio patrimoniale.</p> <p>(2) E' punito con la reclusione da sei mesi a dieci anni, chiunque, nelle ipotesi descritte al co. 1,</p> <p>1. agisce professionalmente,</p> <p>2. agisce come membro di un gruppo criminale, che è dedito alla commissione di tali reati,</p> |
|---|--|

|  |   |
|--|---|
| <p>Buchstabe a bezieht,</p> <p>4. eine andere Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden, wenn sich die Tat auf eine Handlung nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a bezieht, oder</p> <p>5. den Geschleusten einer das Leben gefährdenden, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt.</p> <p>(3) Der Versuch ist strafbar.</p> <p>(4) Absatz 1 Nr. 1 Buchstabe a, Nr. 2, Absatz 2 Nr. 1, 2 und 5 und Absatz 3 sind auf Zuwiderhandlungen gegen Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines Schengen-Staates anzuwenden, wenn</p> <p>1. sie den in § 95 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 oder Abs. 2 Nr. 1 bezeichneten Handlungen entsprechen und</p> <p>2. der Täter einen Ausländer</p> | <p>3. porta con sé un'arma da fuoco, qualora l'azione si riferisca ad un atto descritto dal § 95, co. 1, nr. 3 o co. 2, n. 1 lett. a),</p> <p>4. porta con sé un'altra arma, da utilizzare durante l'azione, qualora l'azione si riferisca ad un atto descritto dal § 95, co. 1 n. 3 o co. 2 n. 1 lett. a) ovvero</p> <p>5. espone i migranti a trattamenti inumani o degradanti o che espongono a pericolo la vita o a gravi danni alla salute.</p> <p>(3) Il tentativo è punibile.</p> <p>(4) I commi 1, n. 1, lett. a), n. 2, co. 2, n. 1, 2 e 5 e co. 3 sono altresì applicabili qualora le condotte illecite, in violazione di una disposizione sull'ingresso e il soggiorno di stranieri nel territorio nazionale di uno stato membro dell'Unione europea o di uno Stato dell'area Schengen,</p> <p>1. corrispondano alle condotte descritte dal § 95, co. 1, n. 2 o 3 o co. 2, n. 1 e</p> <p>2. l'autore agevola uno</p> |
|--|---|

|   |  |
|---|--|
| <p>unterstützt, der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzt.</p> <p>(5) § 74a des Strafgesetzbuchs ist anzuwenden.</p>  | <p>straniero, che non possiede la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea o di altro stato facente parte dello Spazio Economico Europeo (SEE).</p> <p>(5) Si applica il § 74 a del codice penale tedesco<sup>29</sup>.</p>  |
| <p><b>§ 97 AufenthG. Einschleusen mit Todesfolge; gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen.</b></p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4, den Tod des Geschleusten verursacht.</p> <p>(2) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 96 Abs. 1, auch in Verbindung mit § 96 Abs. 4, als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung</p> | <p><b>§ 97 AufenthG. Morte a seguito di ingresso clandestino; ingresso clandestino professionale o avvalendosi di un gruppo organizzato.</b></p> <p>(1) È punito con la pena della reclusione non inferiore a tre anni, chiunque, nelle ipotesi di cui al § 96, co. 1, anche in relazione al § 96, co. 4, causa la morte di uno straniero irregolare.</p> <p>(2) È punito con la pena della reclusione da cinque a dieci anni, chiunque, nelle</p> |

<sup>29</sup> *Erweiterte Einziehung*, si v. *supra* *Profili sanzionatori*.

|   |   |
|---|---|
| <p>solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt.</p> <p>(3) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 2 Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.</p> <p>(4) § 74a des Strafgesetzbuches ist anzuwenden.</p> | <p>ipotesi di cui al § 96, co. 1, anche in relazione al § 96, co. 4, agisce professionalmente come membro di un gruppo criminale, che è continuativamente dedito alla commissione di tali reati.</p> <p>(3) Nelle ipotesi meno gravi di cui al co. 1 la pena della reclusione è stabilita nel minimo a un anno e nel massimo a dieci anni, nelle ipotesi meno gravi di cui al co. 2 la pena della reclusione è stabilita nel minimo a sei mesi e nel massimo a dieci anni.</p> <p>(4) Si applica il § 74 a del codice penale tedesco.</p> |
|---|---|



## *Parte II*

### *La Tratta di esseri umani*

*Salvatore Orlando*

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Bene giuridico tutelato. – 3. Soggetto passivo. – 4. Soggetto attivo. – 5. Le fattispecie incriminatrici. – 6. Profili sanzionatori.

#### *1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale*

In Germania, il reato di tratta di esseri umani si inserisce in un complesso quadro repressivo, sensibile tanto alle indicazioni internazionali di adeguamento ed armonizzazione in materia, quanto alle sopravvenute esigenze di tutela che si sono avvertite negli ultimi anni.

Il Codice Penale Tedesco (*Strafgesetzbuch*, da ora StGB) ha l'impostazione sistematica generale dei codici penali europei continentali: ad una parte sui principi e gli istituti generali, segue una parte speciale suddivisa in ragione del bene giuridico che le singole fattispecie incriminatrici intendono tutelare.

Da questo angolo visuale, il reato di tratta di esseri umani (*Menschenhandel*) trova oggi una propria autonoma

sistemazione codicistica nel par. 232 StGB ed è inserito tra i reati “contro la libertà personale” (*Straftaten gegen die persönliche Freiheit*) che si trovano all’interno del Titolo 18 StGB (18. Abschnitt, parr. 232-242 StGB): quindi, per un suo corretto inquadramento giuridico, il reato di tratta – risultato di un travagliato percorso di riforme in materia culminato con l’introduzione *ex novo* nel 2005 e poi modificata nel 2016, su cui *infra*, di una incriminazione *ad hoc* - non può essere isolato dall’intero quadro normativo di riferimento.

I delitti puniti nel Titolo 18 del StGB non hanno mai subito alcuna modifica significativa e/o sostanziale fin dal codice penale del 1871<sup>30</sup>, con particolare riferimento ai parr. 234, 235 e 239<sup>31</sup>. Al contrario, la sorte del delitto di tratta di essere umani ha subito numerosi interventi correttivi ed integrativi.

Infatti, si segnala che la Legge dell’11.02.2005<sup>32</sup> ha introdotto ben tre fattispecie criminose ai paragrafi 232, 233, 233a il cui disposto originario era stato abrogato dall’art. 1 della Legge n. 38 del 01.04.1998. Le tre fattispecie criminose introdotte con la novella del 2005 erano in parte già punite dai paragrafi 180b e 181 StGB, all’interno del Titolo 13 sui reati “contro l’autodeterminazione sessuale (13. Abschnitt, *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*)<sup>33</sup>, i quali sono

<sup>30</sup> Si veda, sul punto, SCHRÖDER, *Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998*, in *JZ*, 1999, 827 s.

<sup>31</sup> Su tutti, per una panoramica, intanto, JOECKS-JÄGER, *Strafgesetzbuch: StGB, Studienkommentar*, 12. Ed., C.H. Beck, 2018, § 232.

<sup>32</sup> Entrata in vigore il 19.02.2005: sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica federale tedesca, BGBl. I, S. 239. Sul punto, si v. RENZIKOWSKI, *Die Reform der strafatbestände gegen den Menschenhandel*, in *JZ*, 18/2005, 879 s.; SCHRÖDER, *Das 37. Strafrechtsänderungsgesetz: Neue Vorschriften zur Bekämpfung des “Menschenhandels”*, in *NJW*, 2005, 1393 s.

<sup>33</sup> Questi ultimi erano stati introdotti con la legge del 23.11.1973, che era rubricato tuttavia *Förderung der Prostitution* (§§ 180 a s.; su BGBl. 1973 I,

stati contestualmente abrogati<sup>34</sup>. Da questo punto di vista, anche la giurisprudenza tedesca ha affermato che la *variante* della tratta di esseri umani con finalità di sfruttamento della prostituzione altro non è che la riproposizione del delitto di favoreggiamento della prostituzione, punito dal par. 180a *StGB*, rubricato *Ausbeutung der Prostitution* (“Sfruttamento della prostituzione”), con cui sussiste dunque un rapporto di specialità e, in forza del quale, prevale la *lex specialis* di cui al par. 180 a *StGB*<sup>35</sup>.

La ragione dell'intervento legislativo è da rintracciare negli strumenti internazionali di contrasto alla tratta di esseri umani che imponevano di rafforzare ed armonizzare gli strumenti repressivi. In particolare, la Germania ha sottoscritto il Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo del 2000 sulla repressione della tratta di persone<sup>36</sup>. Inoltre, la Germania

1725). In seguito, con la legge 14.07.1992 fu allargato l'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice e rubricato *Menschenhandel*, ossia tratta di esseri umani.

<sup>34</sup> Sulla evoluzione legislativa un testo di particolare interesse, anche se non più molto attuale, è HOFMANN, *Menschenhandel*, Frankfurt am M., 2002, p. 304 s.

<sup>35</sup> Così, BGH, 01.10.2009 – 4 StR 384/09, in *NStZ-RR*, 78. Il par. 180a *StGB* punisce con la reclusione fino a tre anni o con una multa che “(1) Chiunque dirige o gestisce professionalmente un'impresa in cui le persone praticano la prostituzione ed in cui sono alle sue dipendenze a titolo personale o economico. (2) Allo stesso modo, è punito chi 1. concede a una persona di età inferiore ai diciotto anni un alloggio, un alloggio o una residenza a scopo di prostituzione, oppure 2. qualsiasi altra persona alla quale concede un alloggio, incoraggia o sfrutta a scopo di prostituzione”.

<sup>36</sup> Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, che è stato ratificato in Germania e pubblicato sul BGBl. II 2005, s. 995.

ha dovuto adeguarsi alla Decisione quadro del Consiglio del 2002/629/CE<sup>37</sup>.

Da ultimo, il legislatore tedesco è ulteriormente intervenuto con la Legge del 11.10.2016, che ha interamente riformulato il paragrafo § 232 StGB<sup>38</sup>. Quest'ultima novella rappresenta l'adeguamento nazionale alla Direttiva del Parlamento Europeo del 5 aprile 2011 per la prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la tutela delle vittime, n. 2011/36/EU<sup>39</sup>.

Il progetto di legge del *Bundesregierung* – ossia, il Governo federale – prevedeva soltanto una modifica del comma 3 del § 232 StGB<sup>40</sup>. Tuttavia, la Commissione parlamentare competente (*Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz*) ha raccomandato un più ampio intervento integrativo ed una ampia riformulazione del § 232 s. StGB.<sup>41</sup>

La nuova fattispecie incriminatrice ricalca dunque pedissequamente lo strumento di armonizzazione europea.

<sup>37</sup> Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani. Su cui, SCHROEDER, in *NJW* 2005, 1393; RENZIKOWSKI, in *JZ*, 2005, 879. Si veda altresì, la Relazione del Parlamento federale tedesco (*Bundestag*), BT-Drs. 15/3045. Sul punto, ampiamente altresì HENNING STEEN, *Einschränkungen der neuen Strafnormen gegen Menschenhandel (§ 232ff- StGB)*, in *STV*, 2007, 665-668.

<sup>38</sup> Si tratta della *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch*, 11 ottobre 2016, BGBl. I 2016, S. 2226.

<sup>39</sup> Si veda anche BÜRGER, *Die Neuregelung des Menschenhandels. Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und Schaffung eines stimmigen Gesamtkonzept?*, in *ZIS*, 3/2017, 171-172. Altresì, DÖLLING, *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 4. Ed., 2017, § 232.

<sup>40</sup> Nella Relazione al progetto di legge, BT-Druck. 18/4613.

<sup>41</sup> Nella Relazione finale della Commissione, BT-Drucks. 18/9095.

Tuttavia, un elemento di differenziazione è da individuare nella mancata specificazione della non punibilità della vittima per i reati da lui commessi (Art. 8 della citata Direttiva).

## 2. *Bene giuridico tutelato*

Il bene tutelato dalla fattispecie incriminatrice è la libertà personale nelle sue diverse declinazioni: diritto all'autodeterminazione, libertà di movimento, libertà di scelta non condizionata.

Tuttavia, il bene giuridico della libertà personale non è tutelato soltanto all'interno dei delitti di cui al Titolo 18 *StGB*, ma anche in altre fattispecie criminose codicistiche, come ad esempio nei delitti contro l'autodeterminazione sessuale (paragrafi 174 ss. *StGB*) o nei delitti di rapina ed estorsione (paragrafi 249 ss. *StGB*)<sup>42</sup>. Tuttavia, si evidenzia che nel titolo in oggetto il bene della libertà personale assume una tutela, se non esclusiva, quantomeno privilegiata<sup>43</sup>.

Gli scopi di tutela della norma – in linea, come visto, con gli strumenti internazionali – sono plurimi. Tuttavia, come già anticipato, la collocazione sistematica del nuovo reato tra i reati “contro la libertà personale” assegna a tale bene un rilievo prioritario nell'ambito della pluralità di interessi protetti dalla norma<sup>44</sup>, tra i quali certamente figurano anche la “*capacità di autodeterminazione sessuale*”, la libertà economica e lavorativa

<sup>42</sup> Si veda la traduzione italiana del codice penale tedesco in *Il codice penale tedesco*, con Introduzione di H. JESCHECK, e le traduzioni di G. DE SIMONE, L. FOFFANI, G. FORNASARI, M. SFORZI, Cedam, Padova, 1994.

<sup>43</sup> Così JOECKS-JÄGER, *StGB*, cit., 18. Abschnitt, Rn. 2.

<sup>44</sup> Sul punto, cfr. DÖLLING, *Gesamtes Strafrecht*, cit., § 232

(*freie wirtschaftliche und berufliche Freiheit*) e l'integrità fisica<sup>45</sup>.

In particolare, la fattispecie tedesca appare ruotare attorno al concetto di *Selbstbestimmungsfreiheit*, ossia appare incentrarsi sulla tutela della libertà di autodeterminazione della vittima del reato. Di conseguenza, ad interpretare con rigore gli elementi della condotta come descritti dal par. 232 *StGB*, si sostiene che a nulla rilevi l'eventuale consenso della vittima ai fini della punibilità dell'autore, in quanto – per le condizioni di vulnerabilità e difficoltà in cui versa – la vittima non è comunque libera di autodeterminarsi<sup>46</sup>.

### 3. Soggetto attivo

La norma punisce chiunque: utilizza il termine *wer*, ossia “*chi*” o “*colui che*” in termini generici, secondo la costruzione di un c.d. reato comune.

In relazione all'eventualità di accertare una penale responsabilità di una persona giuridica (*juristische Person*), l'ordinamento penale tedesco non prevede la punibilità degli enti: in tali ipotesi, si applica il par. 30 *Ordnungswidrigkeitengesetz*: il cui acronimo è *OWiG*, ossia la legge sugli illeciti amministrativi<sup>47</sup>. Pertanto, in modo

<sup>45</sup> FISCHER, *Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen*, 65. Ed., 2018, C.H. Beck, § 232.

<sup>46</sup> Così, FISCHER, *op.ult. cit.*, § 232, Rn. 4 che parla di “*Einschränkung der Selbstbestimmungsfähigkeit*”, ossia limitazione alla libertà di autodeterminarsi.

<sup>47</sup> Non è possibile ripercorrere qui l'evoluzione legislative sulla *OWiG* e le sue peculiarità: si veda, invece, per una panoramica sulla responsabilità degli enti, BÖSE, *Strafbarkeit juristischer Personen selbstverständlichkeit oder Paradigmwechsel im Strafrecht*, in *ZSTW*, 2014, 132-165.

esemplificativo, può essere ordinato la sanzione dell'ammenda nei confronti di una persona che ha agito in qualità di organo (secondo l'immedesimazione organica) di una persona giuridica (§ 30, co. 1, n. 1 OWiG), commettendo il reato in violazione degli obblighi imposti dalle regole di condotta della persona giuridica o a vantaggio di quest'ultima. In questo modo, la Germania si è adeguata all'art. 5, co. 1, della Direttiva 2011/36/UE che impone agli Stati membri di adottare tutte le misure idonee per perseguire le persone giuridiche responsabili per i fatti di tratta, ma lasciandoli liberi di scegliere la natura della relativa sanzione.

#### 4. *Soggetto passivo*

La formulazione legislativa del reato di tratta – ricalcando le diverse indicazioni internazionali ed europee – condensa una ampia gamma di condotte illecite, la cui minore o maggiore gravità viene valutata non solo con riguardo agli aspetti oggettivi della manifestazione criminosa, ma altresì con riguardo alla vittima destinataria dell'offesa. Così, in Germania si distinguono due varianti a seconda che la persona offesa sia o meno un minore degli anni ventuno<sup>48</sup>. Da un lato, secondo il § 232, comma 1, parte prima, StGB, il soggetto passivo può essere chiunque a prescindere dall'età, genere e nazionalità; mentre, ai sensi della parte seconda dello stesso comma, la punibilità – a cui è ricollegato un trattamento sanzionatorio più severo (*infra*, *Profili sanzionatori*) – è prevista anche per “*chiunque costringe una persona minore di anni ventuno a prostituirsi o a proseguire a prostituirsi o a compiere gli atti descritti nel primo capoverso*”.

<sup>48</sup> Sul punto, DÖLLING, *Gesamtes Strafrecht*, cit., § 232.

### 5. *Le fattispecie incriminatrici*

La nuova formulazione del par. 232 *StGB*, da un lato, ricomprende le condotte che venivano descritte in precedenza dal par. 180b, comma 1, cpv. e par. 181, comma 1, n. 2, da ultimo, come visto, abrogati nel 2005; dall'altro lato, allarga l'ambito di applicazione della norma anche a qualsiasi prestazione sessuale e non limitandolo, come previsto in precedenza, allo svolgimento della sola attività prostitutiva<sup>49</sup>.

Dunque, in discontinuità rispetto al passato, il legislatore tedesco – prima con la riforma del 2005 e in modo ancor più netto nel 2016 – ha inteso imprimere un nuovo inquadramento sistematico al fenomeno della tratta, attribuendo allo stesso concetto di “*tratta di esseri umani*” un significato unitario e condiviso, che nel corso degli anni era stato arricchito dalle definizioni internazionali<sup>50</sup>. D'altronde, a ben vedere, la stessa terminologia utilizzata dal legislatore tedesco – *Menschenhandel* – non sembra tradire la volontà di una armonizzazione internazionale, laddove il concetto di *Handel* – traducibile con “commercio”, alla stregua del corrispondente termine anglofono di “trade” – allude ad un fenomeno di commercio e scambio in cui l'essere umano viene mercificato e, pertanto, sfruttato con le più svariate finalità illecite (prostituzione, sfruttamento lavorativo e così via): in questo modo, viene condensato in una singola fattispecie incriminatrice un fenomeno che prima era punito in modo multiforme e che, in ultima istanza, non trovava un riconoscimento positivo unitario in alcun delitto di parte speciale.

<sup>49</sup> SCHROEDER, in *NJW*, 2005, 1395

<sup>50</sup> Più precisamente, l'art. 1 della decisione quadro del Consiglio 2002/629/CE e l'art. 3 del Protocollo alla Convenzione di Palermo sul *trafficking*.



Alla luce di ciò, ne è scaturita una fattispecie a struttura complessa, che punisce varie modalità di manifestazione della – per l'appunto – *generica* fenomenologia della tratta di esseri umani.

Gli scopi di tutela della norma – in linea, d'altronde, con gli strumenti internazionali – sono plurimi. Di particolare interesse è il fatto che la nuova formulazione legislativa – nel segno di una maggiore protezione dei beni individuali protetti – punisce la tratta di esseri umani a prescindere dalla realizzazione delle sue specifiche finalità (ad esempio, di sfruttamento sessuale o lavorativo), come avveniva in precedenza.

Ma procediamo con ordine.

Il comma 1 descrive gli elementi costitutivi del reato di tratta, mentre i commi 2 e 3 descrivono le fattispecie aggravate (cc.dd. *Qualifikationen*)<sup>51</sup>.

La condotta illecita descritta nel comma 1 – il c.d. *Grundtatbestand* – è il reclutamento, il trasporto, la trasmissione, il dare ospitalità o l'assunzione, quando poste in essere sfruttando particolari condizioni. La descrizione della condotta riprende la tecnica legislativa di formulazione del *Tatbestand* dalla condotta di favoreggiamento così come era descritta dalla vecchia fattispecie incriminatrice di cui al par. 233a s. *StGB* “*Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung*”<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> Ossia, “*Sfruttamento a seguito di sequestro di persona*”, modificato anch'esso con la già menzionata Legge dell'11 ottobre 2016 (*Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch*”, si v. DÖLLING, *Gesamtes Strafrecht*, cit., § 232, Rn. 2.

Più in particolare, quanto alle singole modalità di condotta, si può osservare quanto segue.

- Reclutamento (*Anwerben*): tale modalità è integrata qualora l'autore induca qualcun altro a concludere un contratto o un accordo (non rilevando, tuttavia, natura ed effetti civili), in base al quale la vittima si ritiene costretto a svolgere un'attività a favore del primo<sup>53</sup>. Secondo un'altra e più restrittiva accezione per reclutamento si intende il procacciamento proattivo nel senso di una forte condizionamento sulla capacità di scelta della vittima ("*treibende Kraft*", ossia forza trainante)<sup>54</sup>. Altri ancora si riferiscono all'induzione di qualcuno nei confronti di un altro a concludere un accordo, in base al quale la vittima assume l'obbligo di svolgere alcune attività a favore del reo<sup>55</sup>.

- Trasporto (*Befördern*): si intende lo spostamento di una persona da un punto ad un altro<sup>56</sup>.

- Trasmissione (*Weitergeben*): nella Direttiva 2011/36/UE si fa riferimento a "Verbringung" (Art. 2, comma 1): fa riferimento al trasferimento controllato di un soggetto ad una terza persona al fine di sfruttamento o ulteriore trasferimento.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Tra le altre, con riferimento alle precedenti formulazioni, BGH, 19.08.1993 – 1 StR 395/93, in *NStZ* 1994, 78.

<sup>54</sup> Si veda BGH, in *NStZ* 92, 434; *NStZ-RR* 98, 299; ed anche BGH 27, 29.

<sup>55</sup> BGH 42, 182; si vedano le sentenze indicate su *NStZ* 94, 78; *NStZ-RR/J* 98, 323 n. 16; *NStZ-RR* 97, 293; BGH 42, 186; ancora, BGH in *NStZ* 94, 78.

<sup>56</sup> FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., § 232.

<sup>57</sup> *Idem*.

- Dare ospitalità (*Beherbergen*): riguarda la concessione temporanea di un alloggio<sup>58</sup>.
- Accoglienza (*Aufnehmen*): si intende la concessione di un alloggio per un periodo di tempo lungo.<sup>59</sup>

In definitiva, la condotta illecita descritta dal par. 232 StGB risulta ampiamente aderente alla definizione offerta dalla Direttiva 2011/36/UE art. 2 comma 1.<sup>60</sup>

La condotta illecita descritta al comma 1 deve essere in grado di condizionare (per il futuro) la capacità di autodeterminazione della vittima, sfruttando una delle due seguenti situazioni:

- una “situazione di costrizione (*Zwangslage*) personale o economica”: da accertare caso per caso e che dipende dalle condizioni soggettive della vittima<sup>61</sup>; è sufficiente anche una difficoltà temporanea come un divorzio o la perdita del lavoro.<sup>62</sup>
- Una condizione di vulnerabilità conseguente al soggiorno della vittima in un paese straniero (nella formulazione originale *Hilflosigkeit durch Aufenthalt in einem fremden Land*).<sup>63</sup>

Le due condizioni di sfruttamento, anche di difficile traduzione, sono state meglio descritte in giurisprudenza. In particolare, è stato ritenuto che:

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> Sul punto, si veda RENZIKOWSKI, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, III Ed., 2018, § 233a Rn. 18.

<sup>60</sup> Così anche nella Relazione finale alla legge (BT-Drucks. 18/9095, 23 già citata).

<sup>61</sup> FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 5.

<sup>62</sup> BGH 11, 186; 12, 390; 42, 399. Si v. ampiamente il lavoro di BÜRGER, *Die Neuregelung des Menschenhandels.*, cit., 171-172.

<sup>63</sup> FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 5.

- Per la configurabilità dell'elemento della condizione di difficoltà (*Zwangslage*) di cui al par. 232, co. 1, cpv. 1 è sufficiente che la vittima, a causa della situazione di difficoltà sociale presente nel suo Paese di origine, non si trovi nella condizione di resistere alle offese (*Angriffe*) alla propria libertà di autodeterminazione sessuale<sup>64</sup>.

- La condizione di vulnerabilità specificamente dettata per lo straniero (*auslandsspezifischen Hilflosigkeit*) si realizza qualora la vittima non sia fluente con la lingua tedesca, non disponga di denaro e, per quanto riguarda il vitto e l'alloggio, deve ricorrere al reo; ed inoltre:

- il concetto di sfruttamento (*Ausbeutung*) richiede un sistematico utilizzo a fini personali dell'esercizio della prostituzione come fonte di reddito, che porta anche ad un deterioramento della condizione personale economica della prostituta<sup>65</sup>.

- La condizione di vulnerabilità specificamente dettata per lo straniero presuppone, che la persona interessata è nella situazione, a causa delle specifiche difficoltà del soggiorno all'estero, secondo le sue capacità personali di essere del tutto o in parte impossibilitato ad opporsi alle richieste del reo di svolgere attività di prostituzione.

- La condizione di vulnerabilità sussiste qualora la vittima, secondo le proprie capacità personali non si trova nella situazione di potere opporsi con le proprie forze alla imposizione a prostituirsi.

<sup>64</sup> BGH, 16.07.2014, 5 StR 154/14, in *NStZ* 2014, 576.

<sup>65</sup> Per questi due principi di diritto v. BGH, 03.03.1999 – 2 StR 608-98, in *NStZ* 1999, 349.

Vi deve essere una volontaria strumentalizzazione delle suddette condizioni della vittima. In questo caso, vengono in rilievo varie forme di sfruttamento (*Ausbeutung*) (co. 1, cpv. 1, n. 1). In particolare:

- *Sfruttamento della prostituzione* (lett. a). L'elemento costitutivo di 'prosecuzione della prostituzione' (*Fortsetzung der Prostitution*) già previsto in precedenza dal § 181, co. 1, n. 1 StGB è già integrato, qualora la vittima commette già la prima condotta, direttamente finalizzata ad una attività sessuale a pagamento<sup>66</sup>.

- *Sfruttamento dell'attività lavorativa* (lett. b). In questo caso, la norma descrive lo sfruttamento lavorativo "qualora l'attività avviene senza compenso per la prestazione lavorativa offerta, che si ha in ipotesi di evidente sproporzione rispetto alle prestazioni lavorative offerte del datore di lavoro, che ci si attenderebbe da una attività lavorativa uguale o comunque comparabile" (comma 1, ultimo cpv.). La giurisprudenza ha chiarito che si ha sfruttamento lavorativo qualora la retribuzione appare ridotta fino ad 1/3 del valore del c.d. *Tariflohn*, ossia la retribuzione tabellare o salario tariffario previsto per quella determinata attività. Una vistosa sproporzione ai sensi del par. 291, co. 1, n. 3 StGB – che punisce Usura ed il cui rapporto di sproporzione può essere applicato anche in ipotesi di cui al par. 232) StGB – sussiste in un prestito usurario, qualora il salario effettivamente pagato al lavoratore dipendente è inferiore ai 2/3 del valore della prestazione effettivamente svolta<sup>67</sup>. Il

<sup>66</sup> Cfr. BGH, 25.05.1997 – 4 STR 556/96.

<sup>67</sup> OLG Köln, 28.03.2003, in *NStz* 2003, 212.

*Bundesarbeitsgericht* ha ammesso, tuttavia, la possibilità di determinare la sproporzione discostandosi dal riferimento ad 1/3 dell'effettivo valore, qualora sussistano determinate circostanze<sup>68</sup>.

- *Sfruttamento per attività di accattonaggio* (lett. c): consiste nell'attività di raccolta di elemosine senza alcuna controprestazione<sup>69</sup>.

- *Sfruttamento per la commissione di reati* (lett. d).<sup>70</sup> Ad esempio, reati come furto e vendita di stupefacenti e reati simili. Non è sufficiente, tuttavia, la commissione di un mero illecito amministrativo da parte della vittima (*Ordnungswidrigkeitens*, su cui *supra*).<sup>71</sup>

Il reo deve rappresentarsi come concretamente realizzabile (*wesentliche Wissen*) lo scopo di sfruttamento, senza che rilevi che questo si realizza in concreto: si tratta di un *dolo specifico*, individuabile come l'intenzione o scopo (*Absicht*) che il reo persegue.

Il comma 1, cpv. 1, n. 2 prevede che la vittima sia tenuta in condizioni di schiavitù (*Sklaverei*), di assoggettamento (*Leibeigenschaft*) o di soggezione debitoria (*Schuldnechtschaft*) o in situazioni a questa corrispondenti o comunque assimilabili.

Per *schiavitù*, si intende un rapporto di soggezione tale per cui la vittima è trattata come oggetto ed è alla mercè dal

<sup>68</sup> Si veda giurisprudenza citata in RENZIKOWSKI, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 232, Rn. 136.

<sup>69</sup> RENZIKOWSKI, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 232, Rn. 69.

<sup>70</sup> Le forme di sfruttamento descritte fanno richiamo all'Art. 2, co. 3 della Direttiva 2011/36/UE.

<sup>71</sup> Sul punto, SPITZER, *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*, Springer, 2018, 215.

proprio padrone che esercita un totale arbitrio nei suoi confronti<sup>72</sup>. In Germania, non vi è alcun reato di riduzione in schiavitù, secondo il significato di cui all'art. 4 CEDU. Nel caso in cui ricorrano gli elementi costitutivi della schiavitù, si applica, pertanto, il n. 2 del par. 232 StGB o il reato di *Verschleppung von Menschen*, par. 234 a StGB, ossia "deportazione di uomini", che è applicabile anche ai reati commessi all'estero per la clausola di universalità di cui al § 6 StGB.

Il comma 1, cpv. 1, n. 3 ha introdotto, infine, il reato di tratta di esseri umani con la finalità di prelevamento illecito degli organi, che era in precedenza punito dal *TransplantationG*. Anche in questa ipotesi vi è una completa riproposizione di quanto dettato dalla Direttiva Europa 2011/36/EU.

Come detto, i commi 2 e 3 prevedono ipotesi aggravate di tratta (c.d. *Qualifikationstatbestände*):

In particolare, il comma 2, n. 1, prevede che la condotta illecita sopra descritta sia commessa con

- Violenza (*Gewalt*):
- Minaccia di un male ingiusto (*Drohung mit einem empfindlichen Übel*): la legge utilizza il termine *empfindlichen Übel*, qui tradotto come minaccia di un male ingiusto, anche se si noti che il riferimento non è alla ingiustizia, ma a qualcosa afferente alla propria sfera personale "sensibile"<sup>73</sup>.
- Inganno (*List*).

<sup>72</sup> Si veda giurisprudenza su concetto di schiavitù, ma in merito ad altre ipotesi delittuose, BGH, 11.05.1993, in *NJW* 1993, 2252; Corte EDU, 16.07.2005, in *NJW* 2007, 41.

<sup>73</sup> Il cui significato è specificato dalla giurisprudenza, si veda ampiamente BGH in *NStZ* 2011, 156

Il comma 2, n. 2 si integra qualora l'autore sequestri la vittima o comunque se ne appropri o ne agevoli l'appropriazione da parte di una terza persona.

Il comma 3, infine, prevede ulteriori circostanze aggravanti e segnatamente:

1) la vittima era minore di anni diciotto al tempo del reato<sup>74</sup>;

2) il reo compie gravi maltrattamenti fisici nei confronti della vittima che possono comportare anche un pericolo di morte o un danno grave alla salute;

3) l'autore agisce in modo professionale o come membro di un gruppo criminale dedito alla tratta di esseri umani. La norma utilizza il termine *Bande* (banda armata o gruppo criminale organizzato) che si differenzia tuttavia dall'associazione a delinquere, disciplinata dal par. 129 *StGB*. Per l'integrazione dell'elemento della banda armata non è necessario accertare l'esistenza di una vera e propria organizzazione *ex par. 129 StGB*<sup>75</sup>.

L'elemento soggettivo richiesto è il dolo (*Vorsatz*) ed è anche sufficiente anche il dolo eventuale (*bedingter Vorsatz*). Il dolo richiesto deve essere rivolto, da un lato, alla

<sup>74</sup> I minori sono sempre oggetto di maggiore tutela. Nella relazione finale alla legge BT-Drucks. 18/9095.

<sup>75</sup> Si veda, BGH, in *NJW* 2011, 2266: Il concetto di *Bande* presuppone soltanto l'associazione di almeno tre persone, che si sono riuniti con la volontà di commettere autonomamente, per un determinato periodo di tempo nel futuro, specifiche fattispecie delittuose. Sulla nozione tradizionale di banda e sulla svolta giurisprudenziale a parte da BGHSt 46, 321, 329 s., cfr. KÜPER, *Strafrecht. Bes. Teil*, Heidelberg, 2008, 46. Sottolinea la differenza fra l'aggravante della banda di cui al par. 232 co. 3 n. 3 e il delitto di associazione criminale di cui al par. 129, BÜRGER, *Die Neuregelung des Menschenhandels*, in *ZIS* 2017, 177.



realizzazione del fatto tipico (sia proprio che di un terzo), dall'altro lato, alle caratteristiche della condotta illecita.

Non è richiesta una conoscenza dettagliata del fatto tipico; ad esempio, l'autore può non sapere per quale attività la vittima venga poi sfruttata. Il dolo deve in particolare fare riferimento alla situazione di difficoltà (c.d. *Zwangslage*, vedi *supra*): per il relativo sfruttamento della situazione di difficoltà è sufficiente il dolo eventuale.<sup>76</sup>

#### 6. *Profili sanzionatori*

Il reato di tratta di esseri umani è punito dal par. 232 *StGB*:

- Comma 1: è prevista la pena della reclusione da sei mesi a cinque anni.
- Comma 2: è prevista la pena della reclusione da sei mesi a dieci anni. Tuttavia, nelle ipotesi descritte dal comma 2, è prevista la reclusione da un anno a dieci anni, se sussistono le circostanze di cui al comma 1, n. 1, 2 e 3.
- Comma 3: è prevista la pena della reclusione da sei mesi a dieci anni.

Ai sensi del par. 233b *StGB*, il giudice può ordinare la vigilanza sulla custodia (*Führungsaufsicht*) di cui al par. 68, co. 1 *StGB* che recita “Se taluno, per un reato in relazione al quale la legge prevede specificamente la vigilanza sulla custodia, ha conseguito una pena detentiva temporanea di almeno sei mesi, il giudice può disporre oltre alla pena la vigilanza sulla custodia qualora sussista il pericolo che egli commetta altri reati”.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., §232, Rn. 26.

<sup>77</sup> Traduzione di *Il codice penale tedesco*, cit., § 68.

Come visto, la fattispecie di tratta è punita in apertura del *Titolo 18* sui delitti contro la libertà personale. Vi sono altre fattispecie – alcune di esse da ultimo novellate – che è necessario prendere in considerazione. In particolare, con le norme qui sotto richiamata si instaurano, ad ogni evidenza, rapporti di concorso di reati. Tra questi possono ricordarsi i seguenti<sup>78</sup>:

- par. 232a *StGB Zwangsprostitution*;
- par. 232b *StGB Zwangsarbeit*;
- par. 233 *Ausbeutung der Arbeitskraft*;
- par. 233a *StGB Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung*.

Altre norme che è opportuno richiamare per completezza espositiva e che condividono alcuni elementi comuni con il reato di tratta di esseri umani di cui al par. 232 *StGB*:

- par. 234 *StGB Menschenraub* (rapimento di persona); par. 234a *StGB Verschleppung* (deportazione); par. 235 *Entziehung Minderjähriger* (sottrazione di minore); par. 236 *Kinderhandel* (tratta di bambini); par. 239 *Freiheitsberaubung* (sequestro di persona); anche, infine, il par. 266 a che punisce il lavoro nero.

Qualora la condotta illecita sia idonea ad integrare più fattispecie descritte al comma 1 (n. 1, 2, 3 e 4), si configura soltanto un reato ex par. 232 *StGB*<sup>79</sup>. Tuttavia, ciò rileva ai fini della determinazione della pena (*Strafzumessung*). Anche qualora la condotta illecita offenda più vittime, si considera una sola realizzazione del reato di tratta.

<sup>78</sup> Si veda l'*Appendice normativa* con le relative traduzioni che possono essere utili per una migliore comprensione del quadro repressivo in materia.

<sup>79</sup> RENZIKOWSKI, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 232, Rn. 107.

Qualora l'autore del reato commetta più condotte descritte ai commi 2 e 3, non si tratta di concorso di reati, ma deve essere considerato come un unico reato (*Tat*)<sup>80</sup>.

Il soggiorno e l'ingresso senza il necessario permesso sono puniti ai sensi del par. 95, comma 1, n. 2 e 3 *AufenthG* e il favoreggiamento alla commissione di tali fatti è punito dal par. 96. Nel quadro della criminalità organizzata sovviene il par. 97 *AufenthG*: queste fattispecie possono stare – secondo le circostanze concrete – tanto in rapporto di unità quanto di pluralità del fatto (*Tatenheit* o *Mehrheit*) con la fattispecie di *Menschenhandel*.

Infine, la partecipazione al reato di tratta – sia esso consumato che tentato – è perseguibile anche se il reato è consumato o tentato al di fuori dei confini nazionali. In ipotesi di tratta di persone *ex par. 232 StGB*, si applica il par. 6 *StGB*, ossia il c.d. *Weltrechtsgrundsatz*, secondo cui è valido il diritto penale tedesco – e si radica la relativa giurisdizione penale – per alcuni reati anche se commessi all'estero. Il par. 6 *StGB* – rubricato *Auslandstaten gegen international geschützte Rechtsgüter* – elenca al n. 4 il reato di tratta (“*Menschenhandel*”). Per il radicamento della giurisdizione tedesca, è pur sempre richiesto un criterio di collegamento interno per fornire una legittimazione all'esercizio di poteri punitivi. Per giurisprudenza costante – che in questo settore ha svolto un ruolo di “fonte del diritto”<sup>81</sup> nel senso di integrare i precetti penali – i criteri di collegamento con il territorio nazionale, non essendo il fatto causalmente riferito al dato territoriale, può derivare dalla circostanza che l'autore del reato abbia la residenza in Germania, ovvero ivi venga arrestato o,

<sup>80</sup> Sul concorso, BGH in *NStZ*, 1995, 588.

<sup>81</sup> DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011.

infine, si tratti di stranieri espulsi dalla Germania e vi sia il pericolo che entri illegalmente in Germania (*Ein solcher kann sich daraus ergeben, dass der Täter einen Wohnsitz im Inland hat, hier festgenommen wird, die Ausländer aus Deutschland ausgeschleust wurden oder wenn die Gefahr besteht, dass sie illegal nach Deutschland einreisen werden.*)<sup>82</sup>.

<sup>82</sup> GERICKE, in *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Ed., 2018, Rn. 40-41.

## APPENDICE NORMATIVA

|   |   |
|---|---|
| <p><b>§ 180b StGB. Menschenhandel.</b></p> <p>(1) Wer auf eine andere Person seines Vermögensvorteils einwirkt, um sie in Kenntnis einer Zwangslage zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution zu bestimmen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Ebenso wird bestraft, wer auf eine andere Person seines Vermögensvorteils wegen einwirkt, um sie in Kenntnis der Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, zu sexuellen Handlungen zu bringen, die sie an oder vor einer dritten Person vornehmen oder von einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll.</p> <p>(2) Mit Freiheitsstrafe von</p> | <p><b>§ 180b. Tratta di esseri umani (prima della Riforma con la Legge 19.02.2005)</b></p> <p>(1) Chiunque, conoscendo la situazione di necessità in cui versa, sfrutta per proprio profitto patrimoniale un'altra persona allo scopo di determinarla ad intraprendere o proseguire la prostituzione, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria. Allo stesso modo, è punito chiunque, per proprio profitto patrimoniale, conoscendo la situazione di abbandono connessa al suo soggiorno in un paese straniero, sfrutta un'altra persona allo scopo di condurla ad atti sessuali</p> |
|---|---|

|   |   |
|---|---|
| <p>sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer</p> <p>1. auf eine andere Person in Kenntnis der Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, oder</p> <p>2. auf eine Person unter einundzwanzig Jahren einwirkt, um sie zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution zu bestimmen, oder sie dazu bringt, diese aufzunehmen oder fortzusetzen.</p> <p>(3) In den Fällen des Absatzes 2 ist der Versuch strafbar.</p> | <p>da compiere nei confronti od in presenza di una terza persona, ovvero da lasciare compiere su di sé da parte di una terza persona.</p> <p>(2) Con la pena detentiva da sei mesi a dieci anni è punito chiunque sfrutta</p> <p>1. un'altra persona, conoscendo la situazione di abbandono connessa al suo soggiorno in un paese straniero, oppure</p> <p>2. una persona di età inferiore ai ventuno anni, allo scopo di determinarla ad intraprendere o proseguire la prostituzione, ovvero la conduce ad intraprendere o proseguire la medesima.</p> <p>(3) Nei casi previsti dal co. 2 il tentativo è punibile.</p> |
| <p style="text-align: center;"><b>Nach der Reform vom 2005.</b></p> <p style="text-align: center;"><b>§ 232 StGB. Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung.</b></p> <p>(1) Wer eine andere Person unter Ausnutzung einer Zwangslage oder der</p>   | <p style="text-align: center;"><b>Dopo la riforma del 2005</b></p> <p style="text-align: center;"><b>§ 232 StGB. Tratta di esseri umani con finalità di sfruttamento sessuale.</b></p> <p>(1) Chiunque, approfittando della situazione di vulnerabilità e</p>   |

|  |   |
|--|---|
| <p>Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder dazu bringt, sexuelle Handlungen, durch die sie ausgebeutet wird, an oder vor dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen oder von dem Täter oder einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ebenso wird bestraft, wer eine Person unter einundzwanzig Jahren zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu den sonst in Satz 1 bezeichneten sexuellen Handlungen bringt.</p> <p>(2) Der Versuch ist strafbar.</p> <p>(3) Auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. das Opfer der Tat ein Kind (§ 176 Abs. 1) ist,</li> <li>2. der Täter das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt oder</li> <li>3. der Täter die Tat</li> </ol> | <p>di necessità di una persona, connessa al suo soggiorno in un paese straniero, induce un'altra persona a intraprendere o proseguire la prostituzione o a compiere atti sessuali con l'autore del reato o a far compiere tali atti dall'autore del reato o da un terzo, è punito con una pena detentiva da sei mesi a dieci anni. È altresì punito chiunque induce una persona di età inferiore a ventuno anni a prostituirsi o a proseguire la prostituzione o a compiere le attività sessuali di cui alla prima frase.</p> <p>(2) Il tentativo è punibile.</p> <p>3. È irrogata una pena detentiva da uno a dieci anni se</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. la vittima dell'atto è un bambino (§ 176 comma 1),</li> <li>2. l'autore del reato maltratta fisicamente la vittima in atto o la mette a rischio di morte, oppure</li> <li>3. l'autore del reato commette il reato</li> </ol> |
|--|---|

|  |   |
|--|---|
| <p>gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, begeht.</p> <p>(4) Nach Absatz 3 wird auch bestraft, wer</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. eine andere Person mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu den sonst in Absatz 1 Satz 1 bezeichneten sexuellen Handlungen bringt oder</li> <li>2. sich einer anderen Person mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List bemächtigt, um sie zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu den sonst in Absatz 1 Satz 1 bezeichneten sexuellen Handlungen zu bringen.</li> </ol> <p>(5) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 3 und 4 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu</p> | <p>professionally o come membro di un gruppo criminale che è dedito alla commissione di tali reati in modo continuativo.</p> <p>(4) Ai sensi del comma 3, chiunque</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. induce un'altra persona con la forza, con la minaccia di un male grave o con l'inganno, a intraprendere o proseguire la prostituzione o a compiere gli atti sessuali di cui al comma 1, cpv. 1, oppure</li> <li>2. ha sequestrato un'altra persona con la forza, con la minaccia di un male grave o con l'inganno per persuadere l'altra persona a intraprendere o continuare la prostituzione o a praticare qualsiasi altra attività sessuale di cui al comma 1, cpv. 1.</li> </ol> <p>5. Nei casi di minore gravità di cui al comma 1, si applica la reclusione da tre mesi a cinque anni; nei casi di minore gravità di cui ai paragrafi 3 e 4, la reclusione</p> |
|--|---|



|  |  |
|--|--|
| <p>erkennen.</p>   | <p>da sei mesi a cinque anni.</p>  |
| <p style="text-align: center;"><b><u>Nach der Reform vom 2016</u></b></p> <p style="text-align: center;"><b>§ 232 StGB.</b></p> <p><b>Menschenhandel.</b></p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer eine andere Person unter Ausnutzung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder ihrer Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, oder wer eine andere Person unter einundzwanzig Jahren anwirbt, befördert, weitergibt, beherbergt oder aufnimmt, wenn</p> <p>1. diese Person ausgebeutet werden soll</p> <p>a) bei der Ausübung der Prostitution oder bei der Vornahme sexueller Handlungen an oder vor dem Täter oder einer dritten Person oder bei der Duldung sexueller Handlungen an sich selbst durch den Täter oder eine dritte</p> | <p style="text-align: center;"><b><u>Dopo la riforma del 2016 (Legge del 11.10.2016)</u></b></p> <p style="text-align: center;"><b>§ 232 StGB. Tratta di esseri umani.</b></p> <p>(1) È punito con la pena detentiva da sei mesi a cinque anni, chiunque recluta, trasporta, trasmette, ospita o assume un'altra persona avvalendosi della sua condizione personale o economica di difficoltà e di vulnerabilità, connessa al soggiorno in un paese straniero, ovvero una persona minore di anni ventuno, qualora:</p> <p>1. questa persona sia sfruttata</p> <p>a) per lo svolgimento della prostituzione o la prestazione di atti sessuali a favore dell'autore del reato o di una terza persona o ancora la vittima sia costretta a sopportare atti sessuali da parte dell'autore o di una terza persona,</p> |

|  |   |
|--|---|
| <p>Person,<br/> b) durch eine Beschäftigung,<br/> c) bei der Ausübung der Bettelei oder<br/> d) bei der Begehung von mit Strafe bedrohten Handlungen durch diese Person,<br/> 2. diese Person in Sklaverei, Leibeigenschaft, Schuldknechtschaft oder in Verhältnissen, die dem entsprechen oder ähneln, gehalten werden soll oder<br/> 3. dieser Person rechtswidrig ein Organ entnommen werden soll.<br/> Ausbeutung durch eine Beschäftigung im Sinne des Satzes 1 Nummer 1 Buchstabe b liegt vor, wenn die Beschäftigung aus rücksichtslosem Gewinnstreben zu Arbeitsbedingungen erfolgt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen solcher Arbeitnehmer stehen, welche der gleichen oder einer vergleichbaren Beschäftigung nachgehen (ausbeuterische Beschäftigung).<br/> (2) Mit Freiheitsstrafe von</p> | <p>b) attraverso un'attività lavorativa,<br/> c) per lo svolgimento dell'accattonaggio oppure<br/> d) per la commissione di comportamenti illeciti penalmente sanzionati attraverso questa persona,<br/> 2. questa persona è tenuta in condizione di schiavitù, di assoggettamento, di soggezione debitoria o in situazioni a queste corrispondenti o comunque assimilabili oppure<br/> 3. venga prelevato illegalmente un organo a questa persona.<br/> Lo sfruttamento attraverso un'attività lavorativa ai sensi del comma 1, capoverso numero 1, lett. b) si ha qualora l'attività avviene senza compenso per la prestazione lavorativa offerta, che si ha in ipotesi di evidente sproporzione rispetto alle prestazioni lavorative offerte dal lavoratore, che ci si</p> |
|--|---|

|   |   |
|---|---|
| <p>sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer eine andere Person, die in der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 3 bezeichneten Weise ausgebeutet werden soll,</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List anwirbt, befördert, weitergibt, beherbergt oder aufnimmt oder</li><li>2. entführt oder sich ihrer bemächtigt oder ihrer Bemächtigung durch eine dritte Person Vorschub leistet.</li></ol> <p>(3) In den Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu erkennen, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. das Opfer zur Zeit der Tat unter achtzehn Jahren alt ist,</li><li>2. der Täter das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung wenigstens leichtfertig in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt</li></ol> | <p>attenderebbe da una attività lavorativa uguale o comunque comparabile (sfruttamento lavorativo).</p> <p>(2) È punito con la reclusione da sei mesi a dieci anni, chiunque, sfruttando un'altra persona nelle modalità descritte nel comma 1,</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. con violenza, con minaccia di un male grave o con inganno la recluta, trasporta, trasmette, ospita o assume ovvero</li><li>2. la sequestra o se ne appropria o ne agevola l'appropriazione da parte di una terza persona.</li></ol> <p>(3) Nelle ipotesi descritte dal primo comma la pena della reclusione è da sei mesi a dieci anni, qualora</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. la vittima era minore di anni diciotto al tempo della commissione del reato,</li><li>2. l'autore compie gravi maltrattamenti fisici nei confronti della vittima ovvero attraverso tale condotta determina con imprudenza il pericolo di</li></ol> |
|---|---|

|  |  |
|--|--|
| <p>oder</p> <p>3. der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.</p> <p>In den Fällen des Absatzes 2 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen, wenn einer der in Satz 1 Nummer 1 bis 3 bezeichneten Umstände vorliegt.</p> <p>(4) In den Fällen der Absätze 1, 2 und 3 Satz 1 ist der Versuch strafbar.</p> | <p>morte o un danno grave alla salute ovvero</p> <p>3. l'autore agisce in modo professionale o come membro di un gruppo criminale, che è continuativamente dedito alla commissione di tali reati.</p> <p>Nelle ipotesi descritte dal secondo comma, la pena della reclusione è da un anno a dieci anni, qualora sussistono le circostanze descritte dal comma 1, numeri 1, 2 e 3.</p> <p>(4) Nelle ipotesi descritte dai commi 1, 2 e 3 capoverso 1 è punibile il tentativo.</p> |
|--|--|

|  |  |
|--|--|
| <p><b>§ 232a</b><br/><b>Zwangsprostitution.</b></p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer eine andere Person unter Ausnutzung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder ihrer Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden</p> | <p><b>§ 232a Prostitutione forzata.</b></p> <p>(1) È punito con la pena detentiva da sei mesi a dieci anni, chiunque induca un'altra persona, avvalendosi della sua condizione personale o economica di difficoltà e di vulnerabilità, connessa al soggiorno in un paese</p> |
|--|--|

|  |   |
|--|---|
| <p>Land verbunden ist, oder wer eine andere Person unter einundzwanzig Jahren veranlasst,</p> <p>1. die Prostitution aufzunehmen oder fortzusetzen oder</p> <p>2. sexuelle Handlungen, durch die sie ausgebeutet wird, an oder vor dem Täter oder einer dritten Person vorzunehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen zu lassen.</p> <p>(2) Der Versuch ist strafbar.</p> <p>(3) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer eine andere Person mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List zu der Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder den in Absatz 1 Nummer 2 bezeichneten sexuellen Handlungen veranlasst.</p> <p>(4) In den Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und in den Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe nicht unter</p> | <p>straniero, ovvero una persona minore di anni ventuno,</p> <p>1. a svolgere o proseguire la prostituzione ovvero</p> <p>2. ad atti sessuali, attraverso i quali venga sfruttato, che siano compiuti o promessi a favore dell'autore del reato o di una terza persona.</p> <p>(2) Il tentativo è punibile.</p> <p>(3) È punito con la pena detentiva da uno a dieci anni, chiunque induca un'altra persona con violenza, minaccia di un male o inganno a svolgere o proseguire la prostituzione o induca compiere gli atti sessuali descritti nel comma 1, n. 2.</p> <p>(4) Nei casi previsti dal comma 1, la pena detentiva è da uno a dieci anni e nei casi previsti dal comma 3 la pena detentiva non può essere inferiore ad un anno, qualora sussistano le circostanze descritte nel § 232, comma 3, cpv. 1, n. 1, 2 e 3.</p> <p>(5) Nei casi di minore</p> |
|--|---|

einem Jahr zu erkennen, wenn einer der in § 232 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 bis 3 bezeichneten Umstände vorliegt.

(5) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen, in minder schweren Fällen der Absätze 3 und 4 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

(6) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer an einer Person, die Opfer

1. eines Menschenhandels nach § 232 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a, auch in Verbindung mit § 232 Absatz 2, oder

2. einer Tat nach den Absätzen 1 bis 5

geworden ist und der Prostitution nachgeht, gegen Entgelt sexuelle Handlungen vornimmt oder von ihr an sich vornehmen lässt und dabei deren persönliche oder wirtschaftliche Zwangslage oder deren Hilflosigkeit, die

gravità del comma 1, la pena detentiva è da tre mesi a cinque anni, nei casi di minore gravità dei commi 3 e 4, la pena detentiva è da sei mesi a dieci anni.

(6) È punito con la pena detentiva da tre mesi a cinque anni, chi sia diventato la vittima

1. del reato di tratta di esseri umani di cui al § 232, co. 1, cpv. 1, n. 1 lett. a), anche in relazione con il § 232, co. 2, ovvero

2. di un reato di cui ai commi da 1 a 5 del presente articolo

e si dedica alla prostituzione, compie o promette atti sessuali in cambio di un corrispettivo o sfrutta la sua condizione personale o economica di difficoltà e di vulnerabilità di un'altra persona, connessa al soggiorno in un paese straniero. Ai sensi del cpv. 1 non è punibile, chi, essendo stato commesso un reato di cui al cpv. 1, n. 1 e 2 a svantaggio della persona

|  |   |
|--|---|
| <p>mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, ausnutzt. Nach Satz 1 wird nicht bestraft, wer eine Tat nach Satz 1 Nummer 1 oder 2, die zum Nachteil der Person, die nach Satz 1 der Prostitution nachgeht, begangen wurde, freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlasst, wenn nicht diese Tat zu diesem Zeitpunkt ganz oder zum Teil bereits entdeckt war und der Täter dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste.</p> | <p>che, ai sensi del cpv. 1, si dedica alla prostituzione, denuncia volontariamente all'autorità competente o volontariamente induca a presentare una tale denuncia, qualora in tale momento il reato non sia stato scoperto in tutto o in parte o l'autore del reato ne aveva conoscenza o secondo un apprezzamento dello stato di fatto poteva ragionevolmente ritenerlo.</p> |
| <p><b>§ 232b Zwangsarbeit.</b><br/>         (1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer eine andere Person unter Ausnutzung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder ihrer Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, oder wer eine andere Person unter einundzwanzig Jahren veranlasst,</p>   | <p><b>§ 232b Lavoro forzato.</b><br/>         (1) È punito con la pena detentiva da sei mesi a dieci anni, chiunque induca un'altra persona, avvalendosi della sua condizione personale o economica di difficoltà e di vulnerabilità, connessa al soggiorno in un paese straniero, ovvero una persona minore di anni ventuno,<br/>         1. a svolgere o proseguire</p>       |

|   |  |
|---|--|
| <p>1. eine ausbeuterische Beschäftigung (§ 232 Absatz 1 Satz 2) aufzunehmen oder fortzusetzen,</p> <p>2. sich in Sklaverei, Leibeigenschaft, Schuldknechtschaft oder in Verhältnisse, die dem entsprechen oder ähneln, zu begeben oder</p> <p>3. die Bettelei, bei der sie ausgebeutet wird, aufzunehmen oder fortzusetzen.</p> <p>(2) Der Versuch ist strafbar.</p> <p>(3) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer eine andere Person mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List veranlasst,</p> <p>1. eine ausbeuterische Beschäftigung (§ 232 Absatz 1 Satz 2) aufzunehmen oder fortzusetzen,</p> <p>2. sich in Sklaverei, Leibeigenschaft, Schuldknechtschaft oder in Verhältnisse, die dem entsprechen oder ähneln, zu begeben oder</p> <p>3. die Bettelei, bei der sie</p> | <p>una attività lavorativa forzata (§ 232, co. 1, cpv. 2),</p> <p>2. a ridursi in schiavitù, soggezione continuativa, soggezione debitoria o altri rapporti simili o corrispondenti ovvero</p> <p>3. a svolgere o proseguire l'attività di accattonaggio, per la quale è sfruttato.</p> <p>(2) Il tentativo è punibile.</p> <p>(3) È punito con pena detentiva da uno a dieci anni, chiunque con violenza, minaccia di un male o inganno induce un'altra persona</p> <p>1. a svolgere o proseguire una attività lavorativa forzata (§ 232, co. 1, cpv. 2),</p> <p>2. ad avviarsi alla schiavitù, alla soggezione continuativa, all'assoggettamento o ad altri rapporti simili o corrispondenti ovvero</p> <p>3. a svolgere o proseguire l'attività di accattonaggio, per la quale è sfruttato.</p> <p>(4) Si applicano i commi 4 e 5 del § 232a.</p> |
|---|--|



|   |  |
|---|--|
| <p>ausgebeutet wird, aufzunehmen oder fortzusetzen.<br/>         (4) § 232a Absatz 4 und 5 gilt entsprechend.</p>   |  |
| <p><b>§ 233 Ausbeutung der Arbeitskraft.</b><br/>         (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine andere Person unter Ausnutzung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder ihrer Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, oder wer eine andere Person unter einundzwanzig Jahren ausbeutet</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. durch eine Beschäftigung nach § 232 Absatz 1 Satz 2,</li> <li>2. bei der Ausübung der Bettelei oder</li> <li>3. bei der Begehung von mit Strafe bedrohten Handlungen durch diese Person.</li> </ol> <p>(2) Auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. das Opfer zur Zeit der Tat unter achtzehn Jahren alt ist,</li> <li>2. der Täter das Opfer bei der Tat körperlich schwer</li> </ol> | <p><b>§ 233 Sfruttamento della forza lavoro.</b><br/>         (1) È punito con la pena detentiva fino a tre anni o con la multa, chiunque sfrutti un'altra persona, avvalendosi della sua condizione personale o economica di difficoltà e di vulnerabilità di un'altra persona, connessa al soggiorno in un paese straniero, ovvero una persona minore di anni ventuno,</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. attraverso un'attività lavorativa di cui al § 232, co. 1, cpv. 1,</li> <li>2. per l'esercizio dell'accattonaggio ovvero</li> <li>3. per la commissione di atti penalmente rilevanti.</li> </ol> <p>(2) Si applica la pena detentiva da sei mesi a dieci anni, qualora</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>2. la vittima sia minore ai diciotto anni al momento del reato,</li> </ol> |

misshandelt oder durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung wenigstens leichtfertig in die Gefahr des Todes oder einer schweren

Gesundheitsschädigung bringt,

3. der Täter das Opfer durch das vollständige oder teilweise Vorenthalten der für die Tätigkeit des Opfers üblichen Gegenleistung in wirtschaftliche Not bringt oder eine bereits vorhandene wirtschaftliche Not erheblich vergrößert oder

4. der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder auf Geldstrafe zu erkennen, in minder schweren Fällen des Absatzes 2 auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

(5) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

2. l'autore del reato abbia fisicamente maltrattato la vittima ovvero, attraverso la commissione del reato o il compimento di atti illeciti almeno con negligenza abbia messo in pericolo di morte la vittima o abbia causato gravi danni alla salute,

3. l'autore del reato determini una difficoltà economica alla vittima a causa della totale o parziale mancanza di corrispettivo per le prestazioni lavorative offerte o arreca alla vittima una privazione economica totale o parziale o aumenti notevolmente una difficoltà economica già esistente ovvero

4. l'autore del reato agisca come membro di un gruppo criminale, che è dedito in modo continuato alla commissione di tali reati.

(3) Il tentativo è punibile.

(4) Nei casi di minore gravità di cui al comma 1, si applica la pena detentiva fino a due anni o la multa,

|  |  |
|--|--|
| <p>einer Tat nach Absatz 1 Nummer 1 Vorschub leistet durch die</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Vermittlung einer ausbeuterischen Beschäftigung (§ 232 Absatz 1 Satz 2),</li> <li>2. Vermietung von Geschäftsräumen oder</li> <li>3. Vermietung von Räumen zum Wohnen an die auszubeutende Person.</li> </ol> <p>Satz 1 gilt nicht, wenn die Tat bereits nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.</p> | <p>nei casi di minore gravità di cui al comma 2 si applica la pena detentiva da tre mesi a cinque anni.</p> <p>(5) È punito con la pena detentiva fino a due anni o con la multa, chiunque favorisca la commissione del reato di cui al comma 1, n. 1 attraverso</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. l'attività di intermediazione di un'attività lavorativa (§ 232, co. 1, cpv. 2),</li> <li>2. la locazione di stanze dove alloggiare la persona sfruttata.</li> </ol> <p>Il cpv. 1 non si applica, qualora il reato sia punito da altre norme che prevedono pene più gravi.</p> |
| <p><b>§ 233a Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung.</b></p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer eine andere Person einsperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt und sie in dieser Lage ausbeutet</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. bei der Ausübung der</li> </ol>   | <p><b>§ 233a Sfruttamento a seguito di sequestro di persona.</b></p> <p>(1) È punito con la pena da sei mesi a dieci anni, chiunque imprigioni un'altra persona o in un altro modo ne privi la libertà e in questo modo la sfrutti</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. per l'esercizio della prostituzione,</li> </ol>   |

|   |  |
|---|--|
| <p>Prostitution,</p> <p>2. durch eine Beschäftigung nach § 232 Absatz 1 Satz 2,</p> <p>3. bei der Ausübung der Bettelei oder</p> <p>4. bei der Begehung von mit Strafe bedrohten Handlungen durch diese Person.</p> <p>(2) Der Versuch ist strafbar.</p> <p>(3) In den Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen, wenn einer der in § 233 Absatz 2 Nummer 1 bis 4 bezeichneten Umstände vorliegt.</p> <p>(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu erkennen.</p> | <p>2. attraverso un'attività lavorativa di cui al § 232, co. 1, cpv. 2,</p> <p>3. per l'esercizio dell'accattonaggio ovvero</p> <p>4. per la commissione di atti penalmente rilevanti attraverso tale persona.</p> <p>(2) Il tentativo è punibile.</p> <p>(3) Nei casi previsti dal co. 1 si applica la pena da uno a dieci anni, qualora sussistano le circostanze descritte dal § 233, co. 2, n. 1.</p> <p>(4) Nei casi di minore gravità di cui al comma 1 si applica la pena detentiva da tre mesi a cinque anni e nei casi di minore gravità di cui al comma 3 si applica la pena detentiva da sei mesi a dieci anni.</p> |
|---|--|

## *Parte III*

# *Il Traffico di stupefacenti*

*Salvatore Orlando*

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Le fattispecie incriminatrici. – 3. Soggetto attivo e passivo. – 4. La nozione di “stupefacente” e di “traffico di stupefacenti”. – 5. Gli illeciti in materia di stupefacenti commessi dalle organizzazioni criminali. – 6. Il bene giuridico tutelato. – 7. Profili sanzionatori.

### *1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale*

Il crescente riconoscimento delle libertà di movimento e di circolazione di persone e merci, come anche la volontà politica di abbattere i controlli doganali nello spazio giuridico europeo, hanno creato le condizioni ideali per consentire gli scambi commerciali anche di natura illecita; in questo senso, la creazione di un libero mercato comune ha consentito il prosperare di organizzazioni criminali transnazionali dedite al contrabbando di stupefacenti: ossia, quella che in Germania viene indicata come *Rauschgiftschmuggel*, nei confronti della

quale si erano rivolti i primi provvedimenti internazionali repressivi, come la Convenzione di Vienna del 1988<sup>83</sup>.

Da questo punto di vista, la Germania si è dimostrata attenta e sensibile a contrastare il fenomeno del traffico di stupefacenti, consapevole dei notevoli flussi di denaro in grado di generare e dunque dei gravi danni che può arrecare all'economia lecita. Inoltre, la posizione geografica della Repubblica federale tedesca la rende crocevia dei più importanti traffici illeciti all'interno dell'Unione Europea: l'efficace controllo delle frontiere nazionali è fondamentale per evitare l'ingresso di merci vietate all'interno dello spazio comune europeo.

A tal proposito, si può fare riferimento ad alcuni dati statistici rinvenibili sul sito del Ministero delle Finanze (ossia, il *Ministerium der Finanzen*)<sup>84</sup>, in cui vengono pubblicati i dati annuali sulle operazioni doganali svolte dalla polizia doganale, nonché i risultati conseguiti. A tal fine, viene dedicata una sezione *ad hoc* relativa al contrasto al traffico illecito di stupefacenti ed all'uopo predisposta anche una tabella illustrativa. Il consuntivo doganale per l'annualità 2016 ha registrato un aumento dei sequestri di sostanze di ecstasy (cc.dd. *Ecstasy Tabletten*) di circa dieci volte rispetto all'anno precedente ed, in totale, sono state sequestrate circa nove tonnellate di sostanze stupefacenti<sup>85</sup>. Per le rilevazioni in termini di consumi si evidenzia un cospicuo aumento in Germania con almeno nove milioni di persone con esperienze

<sup>83</sup> Convenzione delle Nazioni Unite “contro il traffico di stupefacenti e di sostanze psicotrope”, conclusa a Vienna il 20 dicembre 1988.

<sup>84</sup> Ad esempio, si può consultare il sito web: <http://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2017/04/Inhalte/Kapitel-3-Analysen/3-4-Zollbilanz-2016.html>.

<sup>85</sup> Tra cui, marijuana, cocaina ed anfetamine.

con consumo di cannabis, di cui circa 400.000 dipendenti da tale sostanza<sup>86</sup>, anche se si rileva che il trend colpisce l'intero continente europeo<sup>87</sup>.

Da un punto di vista giuridico, la legge sul contrasto al traffico illecito di stupefacenti venne introdotta dapprima nel 1972<sup>88</sup> e successivamente modificata nel 1981, quando venne approvata l'attuale *Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln*: ossia, la legge sul traffico di stupefacenti: l'acronimo utilizzato è *BtMG*<sup>89</sup>. Si tratta, pertanto, di una normativa *extra codicem* specificamente strutturata per il contrasto al traffico di stupefacenti e che prevede anche disposizioni procedurali *ad hoc*.

Nel corso dei decenni, tuttavia, il quadro normativo di riferimento ha subito svariati interventi correttivi ed integrativi, che ne hanno modificato l'aspetto originario, senza tuttavia tradirne l'impostazione.

Accanto a tale, principale ed essenziale, legge di contrasto al traffico di stupefacenti, vi sono altre norme rilevanti. In particolare, per completezza, si segnalano i seguenti strumenti, che includono anch'essi disposizioni di natura penale:

- *Arzneimittelgesetz* (AMG)<sup>90</sup>.
- *Anti-Doping-Gesetz* (AntiDopG)<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> WAMERS-FEHN, *Handbuch Zollfanhdung*, Köln, 2011, 599.

<sup>87</sup> *Idem*.

<sup>88</sup> Dapprima, vi fu, tuttavia, la legge sull'oppio (*Opiumgesetz*) nel 1929, poi novellata con la legge del 22.12.1971, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica federale tedesca in BGBl. I S. 2092. La legge entrata in vigore il 10.1.1972 fu già intitolata *Betäubungsmittelgesetz 1972*.

<sup>89</sup> Legge del 28.07.1981, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Federale tedesca con BGBl. I 1981, 681, 1187.

<sup>90</sup> La legge sul traffico dei prodotti medicinali è entrata in vigore il 12.12.2005 (BGBl. S. 3394).

- *Neue-psychoactive-Stoffe-gesetz* (NpSG)<sup>92</sup>.

Tuttavia, l'analisi completa di tali strumenti normativi (che va sotto il nome generico di *Betäubungsmittelsrecht*, ossia di diritto degli stupefacenti) – e, d'altronde, dell'intera questione afferente al contrabbando di stupefacenti –, secondo l'ottica tedesca, deve essere correlata ad una indagine giuridica che comprenda l'intero tessuto normativo che disciplina, sia con norme sostanziali quanto procedurali, da un lato, le indagini doganali<sup>93</sup> e, dall'altro, ancora più in generale, il diritto penale tributario<sup>94</sup>.

## 2. *Le fattispecie incriminatrici*

Le fattispecie di cui al par. 29 *BtMG* – che è opportunamente rubricato “Disposizioni penali – rappresentano la cornice penalistica di contrasto alla media e piccola criminalità dedita al traffico di stupefacenti. I successivi paragrafi invece puniscono con sanzioni penali più gravi – ma facendo ricorso agli stessi elementi della fattispecie base – condotte *qualificate*, ossia aggravate, attraverso il richiamo alle quantità trafficate, all'utilizzo di armi, a condotte professionali o al coinvolgimento di gruppi criminali organizzati o, infine, al coinvolgimento di associazioni a delinquere di natura transnazionale.

<sup>91</sup> La legge sull'antidoping è entrata in vigore il 18.12.2015 con la legge del 10.12.2015 (BGBl. S. 2210).

<sup>92</sup> La legge sulle nuove sostanze psicoattive è entrata in vigore il 21.11.2016 (BGBl. S. 2615).

<sup>93</sup> Sul punto, si veda WAMERS-FEHN, *Handbuch Zollfanhdung*, cit.

<sup>94</sup> In tal senso, cfr. FLORE-TSAMBIKAKIS, *Steuerstrafrecht, Kommentar*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2013.



L'oggetto di tali fattispecie è sempre rappresentato dalle sostanze stupefacenti: *Betäubungsmittel* e che sono definite dal par. 1 *BtMG*, che sono elencate specificamente – sulla falsariga di quanto avviene in Italia – negli allegati alla stessa legge, *BtMG*<sup>95</sup>:

- Allegato I *nicht verkehrsfähige Betäubungsmittel*: Sostanze stupefacenti non commerciabili.
- Allegato II *verkehrsfähige, aber nicht verschreibungsfähige Betäubungsmittel*: Sostanze stupefacenti commerciabili, ma non prescrivibili.
- Allegato III *verkehrsfähige und verschreibungsfähige Betäubungsmittel*: Sostanze stupefacenti commerciabili e prescrivibili.

Il comma 1 del par. 29 *BtMG* costruisce la fattispecie base di contrasto al traffico di stupefacenti e si configura come il modello attorno al quale ruotano le altre fattispecie incriminatrici ed anche le disposizioni sugli illeciti amministrativi (par. 32 *BtMG*).

In particolare, si evidenzia che le condotte punite devono essere innanzitutto commesse senza autorizzazione (“*Unerlaubt*”). Il riferimento è al comma 1 rappresenta la traduzione in termini punitivo-repressivo del par. 3 *BtMG* “*Erlaubnis zum Verkehr mit Betäubungsmitteln*”: ossia, “Permesso di commercializzazione di sostanze stupefacenti”. Il relativo permesso di commercializzare ha esclusiva validità nazionale<sup>96</sup>, con la conseguenza che chiunque voglia circolare

<sup>95</sup> Il par. 1, comma 1, *BtMG* dispone che “Gli stupefacenti ai sensi della presente legge sono le sostanze e i preparati elencati negli allegati da I a III”.

<sup>96</sup> Così, su BT-Drucks, 12/3533, 16.

con sostanze stupefacenti all'estero, dovrà ottenere i relativi permessi dalle autorità competenti del relativo stato. D'altro canto, chiunque abbia ottenuto all'estero un permesso di circolazione, utilizzo o vendita di sostanze stupefacenti, non potrà essere punito secondo il diritto penale tedesco ai sensi del par. 6 n. 5 *StGB* che riconoscerebbe la giurisdizione penale tedesca, secondo il principio dell'universalità (c.d. *Welrechtsgrundsatz*), per i reati di “*unbefugter Vertrieb von Betäubungsmittel*”: ossia, commercio non autorizzato di sostanze stupefacenti.

Il diritto internazionale impone un obbligo di criminalizzazione della coltivazione non autorizzata di stupefacenti con l'Art. 36, co. 1 della Convenzione del 1961 e l'art. 3 della Convenzione di Vienna del 1988. La base normativa della sanzione penale per la ‘coltivazione’ è il già menzionato par. 3 *BtMG*.

Sono svariate le condotte alternativamente punite dal primo comma del par. 29 e segnatamente<sup>97</sup>: coltivazione, produzione, commercializzazione, introduzione, distribuzione, vendita, cessione, altre modalità di messa in circolazione, acquisto, ottenimento delle sostanze in altro modo, produzione di preparati vietati, possesso, trasporto, prescrizioni di prodotti vietati ai sensi del par 13, comma 1 *BtMG*, somministrazione o vendita per uso immediato in violazione del par. 13, comma 1 *BtMG*, vendita come palliativo medicinale in violazione del par. 13, comma 1 *BtMG*, cessione a farmacie o farmacie veterinarie in violazione del par. 13, comma 2 *BtMG*, cessione di diamorfine come imprenditore farmaceutico in violazione del par. 13, comma 2 *BtMG*, pubblicizzazione di stupefacenti

<sup>97</sup> Per una completa panoramica, si veda l'opera di SCHNÜRER, *Das Gesamtgeschäft beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln*, Duncker&Humblot, Berlino, 2015, 168 s.

in violazione del par. 14, comma 5 *BtMG*, ottenimento illecito di prescrizioni mediche, rifornimento o comunicazione pubblica per uso non autorizzato di stupefacenti, comunicazione pubblico per uso non autorizzato di stupefacenti fuori dai casi di cui al par. 10a, istigazione ad un uso non autorizzato<sup>98</sup>, messa a disposizione di valori patrimoniali, violazione di un ordine giudiziario, cessione di siringhe sterile monouso<sup>99</sup>.

Oltre a questa ampia gamma di condotte illecite ricomprese all'interno della fattispecie incriminatrice base – che opportunamente è rubricata “Disposizioni penali” – il par. 29 a prevede figure autonome di reato più gravi. La norma *de qua* – introdotta con la legge sul contrasto alla criminalità

<sup>98</sup> La Corte Suprema federale ha chiarito che l'istigazione all'importazione illecita di sostanze stupefacenti in non piccole quantità è commessa da chiunque, incidendo sul processo decisionale, induce un'altra persona a introdurre nel territorio della Repubblica federale di Germania sostanze stupefacenti e agisce quantomeno con l'*animus* di provocare il compimento della condotta illecita. L'istigazione a commettere il reato non deve essere l'unica causa della condotta di traffico di sostanze stupefacenti. Fino al momento in cui l'autore materiale non si determini a commettere il reato, l'istigazione – attraverso un atto concreto – rimane possibile, ciò altresì qualora l'autore materiale abbia dimostrato la volontà criminosa o ha persino posto in essere degli atti preparatori, cfr. BGH, 7.2.2017 – 1 StR 231/17, in *NStZ* 2017, 401.

<sup>99</sup> Per quanto concerne il concorso nel reato di traffico di stupefacenti, la giurisprudenza richiede che il concorrente dia un contributo causale alla realizzazione comune del reato, non potendosi, ad esempio, ritenersi sufficiente, ai fini della punibilità *ex par.* 30 *BtMG*, la condotta di chi si sia limitato a dare un passaggio ad uno dei compartecipi o abbia meramente partecipato ad una riunione organizzativa, cfr. BGH, 20.10.2016 - 3 StR 321/16.

organizzata (*OrgKG*) entrata in vigore il 22.09.1992<sup>100</sup> – punisce la cessione, somministrazione o vendita per l’uso immediato a persone minori dei 18 anni, nonché la commercializzazione, produzione, cessione o possesso non in piccole quantità. Si tratta a ben vedere di ipotesi delittuose che suscitano maggiore allarme sociale e che meritano dunque un trattamento sanzionatorio più severo<sup>101</sup>.

Il successivo par. 30 *BtMG* – anch’esso senza distinzione alcuna tra droghe pesanti e droghe leggere<sup>102</sup> – punisce un ampio ventaglio di condotte e segnatamente la coltivazione, produzione e commercializzazione da parte di un membro di un gruppo criminale organizzato<sup>103</sup>. Inoltre, il comma 2 dello stesso paragrafo, prevede un trattamento sanzionatorio analogo in caso di coltivazione, produzione e commercializzazione in modo professionale, ovvero qualora dal traffico illecito di stupefacenti derivi la morte del consumatore o, infine, in ipotesi di immissione non autorizzata nel mercato di stupefacenti in non piccole quantità<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Si tratta della “*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*” del 22.09.1992.

<sup>101</sup> Si veda, BGH, 22.06.2017, 1 StR 652/16.

<sup>102</sup> L’assenza di una differenziazione è conforme al dettato costituzionale, sul punto la Corte Costituzionale tedesca, cfr. BVerfG, in *NJW* 1997, 1910 (anche in *NStZ-RR* 1997, 377, ovvero in *StV* 1997, 40).

<sup>103</sup> La Corte Suprema federale ha chiarito che il solo fatto di essere membro di una organizzazione criminale non comporta automaticamente l’applicazione della figura aggravata in questione, in questi termini cfr. BGH, 20.10.2016 – 3 StR 321/16, in *StV* 2017, 308.

<sup>104</sup> Si veda sul punto BGH, 05.07.2011 - 3 StR 129/11, secondo cui per accertare la quantità non piccole di stupefacenti che un imputato traffica, non si deve tenere conto di quanto egli stesso consuma o intende consumare. Altresì, BGH, 28.05.2013, 3 StR 437/12.

Il par. 30a *BtMG* – introdotto dalla stessa legge sulla criminalità organizzata del 22.09.1992 – riguarda condotte tipicamente poste in essere da gruppi criminali organizzati, nel senso di *Bande*<sup>105</sup> e non nel senso di cui al par. 129 *StGB* “*Kriminelle Vereinigung*”<sup>106</sup> (associazione criminale). Si tratta, segnatamente, della coltivazione, introduzione e trasporto di stupefacenti di non piccole quantità da parte di un membro di

<sup>105</sup> KÜPER, *Strafrecht. Bes. Teil*, Heidelberg, 2008, 46. Sul concetto di gruppo criminale organizzato – nella declinazione di *Bande* – la giurisprudenza si è espressa in varie occasioni, non sempre in modo univoco. Contrariamente a come si era in precedenza pronunciata la Corte Suprema federale, con la decisione, BGH, 09.12.2004 - 4 StR 164/04, la nozione di *Bande* non richiede più una volontà comune nel senso del raggiungimento di finalità condivise, né la commissione di un’azione criminosa nell’interesse superiore del gruppo criminale: piuttosto, la commissione dei reati può ben manifestarsi in modo indipendente e i singoli membri beneficiano dell’adesione al gruppo al fine di avere maggiore possibilità di raggiungere il proprio fine di lucro, incorrendo in minori rischi. In ipotesi di traffico di stupefacenti, dunque l’accordo deve riguardare la droga da acquistare e/o vendere, senza che rilevi la sua effettiva fornitura e l’esecuzione del piano. Infine, in un’altra pronuncia si evidenzia che l’adesione alla *Banda* non comporta che i singoli membri si conoscano personalmente o si siano riuniti, bensì è richiesto che vi sia la volontà comune di associarsi (*Verbindungswille*) per la commissione di futuri reati, BGH, 16. 6. 2005 - 3 StR 492/04, in NJW 2005, 2629. Ne consegue – come chiarito da BGH, 05.07.2011 - 3 StR 129/11 – che non si configura il traffico di stupefacenti nella forma aggravata della *Banda* se l’acquirente, in un sistema consolidato di acquisto e vendita di stupefacenti ad un prezzo pattuito, rivende il prodotto illecito esclusivamente a proprio rischio e pericolo, fissando egli stesso i prezzi di vendita e disponendo dei profitti illecitamente conseguiti.

<sup>106</sup> Si veda *infra* *Gli illeciti in materia di stupefacenti commessi dalle organizzazioni criminali*. Par. 129 *StGB*: “(1) Chiunque costituisca un’associazione o partecipi in qualità di membro di un’associazione il cui scopo o attività è di commettere reati punibili con una pena detentiva massima di almeno due anni è punito con una pena detentiva fino a cinque anni o con una multa”.

un gruppo criminale organizzato<sup>107</sup>; istigazione di una persona minore di anni diciotto a commettere il reato di cui al comma 1 da parte di minore di anni ventuno a commettere il reato coltivazione, introduzione e trasporto da parte di persona maggiore degli anni ventuno; commercializzazione, introduzione, trasporto o ottenimento in altro modo di stupefacenti in non piccole quantità e con l'uso di armi<sup>108</sup>.

Oltre alle condotte aventi rilevanza penale che sono state appena illustrate, il par. 32 *BtMG* prevede alcuni illeciti amministrativi. Infatti, vengono specificamente previste condotte – tanto dolose, quanto colpose – la cui commissione determina l'inflizione di una sanzione amministrativa pecuniaria, c.d. *Bussgeldtatbestände*<sup>109</sup>. In Germania, sono previste specificamente le c.d. *Ordnungswidrigkeiten*, ossia

<sup>107</sup> Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che agisce come una banda (*Bandenmäßig*) una persona che si è associata ad almeno altre due persone con l'intenzione di commettere in futuro e per un certo periodo di tempo un indeterminato numero di reati dello stesso *tipo*, cfr. BGH, 07.10.2010 - 3 StR 363/10; BGH, 29.02.2012 - 2 StR 426/11; meno di recente, BGH, 08.01.1988 - 2 StR 599/87.

<sup>108</sup> Qualora il traffico di stupefacenti consista in più atti distinti, per l'integrazione della fattispecie aggravate dell'uso di armi è sufficiente che le armi siano state utilizzate in un solo atto. Quindi, ad esempio, si applicherà il § 30 a II n. 2 *BtMG* qualora l'autore del reato non porti con sé un'arma quando organizza l'acquisto di una non piccola quantità di droga, ma successivamente agisce armato per la vendita della stessa quantità di droga, così BGH, 18.5.2016 - 2 StR 406/15, in *NStZ* 2017, 298. Inoltre, si applicheranno i principi generali di cui al § 25, co. 2, StGB sul concorso di persone nel reato, nel senso che l'uso di armi da parte di un partecipe è attribuito anche agli altri concorrenti nel reato, cfr. *Große Senat* BGH, 04.02.2003 - GSSt 1/02, in *NStZ* 2003, 435.

<sup>109</sup> Non è prevista la perseguibilità a titolo di tentativo e gli illeciti si prescrivono in tre anni se commessi con dolo e in due anni se commessi con colpa, cfr. KOTZ, in *Munchener Kommentar*, *Betäubungsmittelgesetz*, §33, cit., Rn. 33-35.

illeciti amministrativi, e le relative sanzioni di natura amministrativa: la previsione di illeciti amministrativi all'interno della complessa disciplina contenuta nel *BtMG* trova la propria *ratio* non tanto nel perseguimento di condotte di traffico illecito di stupefacenti, quanto, invece, nella volontà del legislatore di punire quelle condotte aventi ad oggetto un traffico lecito delle sostanze stupefacenti ma che violano le disposizioni in materia di autorizzazione, controllo e le procedure per l'ottenimento delle licenze. Il bene giuridico tutelato è dunque differente, attenendo al rispetto delle prescrizioni in materia di droghe<sup>110</sup>.

### 3. *Soggetto attivo e passivo*

Soggetto attivo può essere chiunque, ad eccezione di alcune ipotesi *qualificate* in cui è richiesto che l'autore debba essere maggiore degli anni ventuno e compia una condotta di traffico di stupefacenti nei confronti di un soggetto minore degli anni diciotto (par. 29a, comma 1, n. 1 e par. 30a, comma 2, n. 1 *BtMG*) o nel caso in cui agisca come membro di un gruppo criminale, (par. 30, comma 1, n. 1 e par. 30 a, comma 1 *BtMG*). In ogni caso, si tratta di un reato comune che può essere commesso da chiunque: le disposizioni incriminatrici utilizzano il termine "*wer*".

### 4. *La nozione di "stupefacente" e quella di "traffico di stupefacenti"*

È specificata dal par. 1 *BtMG* che richiama gli allegati I, II, III della stessa legge (su cui vedi *supra*, *Evoluzione legislativa*). È altresì importante il par. 2 *BtMG* che illustra le

<sup>110</sup> Cfr. KOTZ, in *Münchener Kommentar, Betäubungsmittelgesetz*, cit., §33.

definizioni rilevanti di *Stoff* (materiale), *Zubereitung* (preparazione) e *Herstellen* (produzione).

Sul concetto, invece, di traffico di stupefacenti, si può richiamare il par. 3 *BtMG*, intitolato “*Permesso al traffico di stupefacenti*”: viene utilizzato il termine generico tedesco “*Verkehr*”, il quale è quindi astrattamente idoneo a comprendere tutte le singole fattispecie di *utilizzo* degli stupefacenti, che possono integrare le singole fattispecie criminose di cui ai par. 29 ss *BtMG*. Infatti, la norma è così formulata:

“(1) *ha bisogno del permesso dell’Istituto federale per i prodotti medici, chiunque voglia:*

1. *coltivare, produrre, commercializzare, introdurre, trasportare, cedere, vendere, o comunque mettere in circolazione*

2. *produrre preparazioni escluse.*

(2) *Il relativo permesso può essere concesso dall’Istituto federale per i prodotti medici solo in via eccezionale per scopi scientifici o per finalità di interesse pubblico”.*

Inoltre, onde indicare una clausola generale per la descrizione delle modalità di condotta rilevante ai fini dell’integrazione delle disposizioni penalistiche, il legislatore tedesco ha utilizzato l’espressione “*sonst in den Verkehr bringen*”, ossia qualsiasi condotta (libera) di messa in circolazione delle sostanze non autorizzate. Si tratta, a ben vedere, di una clausola generale idonea a non lasciare impunita alcuna condotta, ed in conformità con la costruzione della fattispecie criminosa nei termini di una “norma penale mista” (*Mischstrafgesetz*), in cui si prevede la tipizzazione di più condotte. Ad essere più precisi, la fattispecie *de qua* si configura quale “norma penale mista a più fattispecie” (*Alternative Mischstrafgesetz*), in cui l’incriminazione di più



condotte non esclude l'unicità della norma incriminatrice. A tal proposito, sono identificabili due categorie di condotte tipiche:" l'una a carattere descrittivo, costituita dalle condotte di coltivazione, produzione, commercializzazione, introduzione, trasporto, cessione, vendita, e l'altra" a carattere residuale, che ricomprende le condotte innominate, cioè la messa in circolazione – in altro modo (ossia, *sonst*) – dei prodotti vietati.

5. *Gli illeciti in materia di stupefacenti commessi dalle organizzazioni criminali*

Oltre a singole previsioni di condotte illecite quando realizzate da un membro di un gruppo criminale organizzato (par. 30a *BtMG*), in materia di contrasto specifico alla criminalità organizzata, vi è una fattispecie autonoma di reato di cui al par. 30b che punisce specificamente l'associazione a delinquere dedita al traffico di stupefacenti qualora la stessa operi anche all'estero<sup>111</sup>.

In particolare, la norma è così formulata<sup>112</sup>:

*Si applica il § 129 del codice penale, qualora un'associazione, che abbia le finalità e svolga le attività di commercio illecito di stupefacenti ai sensi del § 6, n. 5, del codice penale, non operi o non operi soltanto nel territorio nazionale.*

La norma incriminatrice richiama esplicitamente il par. 129 *StGB* (*Strafgesetzbuch*, ossia il codice penale tedesco), che

<sup>111</sup> Si veda WEBER, *Betäubungsmittelgesetz, Kommentar*, 5. Ed., München, C.H. Beck, 2017, § 30b.

<sup>112</sup> La disposizione è stata ispirata anche dai provvedimenti internazionali in materia, tra cui l'art. 3, comma 1 della Convenzione di Vienna del 1988, su cui *supra* *Evoluzione legislativa*.

punisce l'associazione criminale par. 129 “*Formazione di associazioni per delinquere*”<sup>113</sup>.

La condotta punita è la promozione o la partecipazione in un'associazione a delinquere (par. 129, comma 1, prima parte, *StGB*), ovvero il favoreggiamento (*Unterstützung*) o il reclutamento di partecipanti o favoreggiatori (*das Werben für sie um Mitglieder oder Unterstützer*).

Il concetto di *associazione criminale* è altresì definito positivamente dal par. 129 *StGB* che recita al comma 2<sup>114</sup>, in conformità con la Decisione Quadro 2008/841 del Consiglio dell'Unione Europa:

*Eine Vereinigung ist ein auf längere Dauer angelegter,*

*- von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder,*

*- der Kontinuität der Mitgliedschaft und*

*- der Ausprägung der Struktur*

*- unabhängiger*

*organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses*<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> Si noti che il par. 129 *StGB* è stato di recente modificato al fine armonizzarlo con il diritto europeo ed in particolare con la Decisione Quadro 2008/841 del Consiglio dell'Unione Europea del 24 ottobre 2008 “relativo alla lotta alla criminalità organizzata”. Secondo la Decisione Quadro, Art. 1, a cui si è adeguato il legislatore tedesco, per “organizzazione criminale si intende un'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale”, si veda ampiamente JOECKS JÄGER, *StGB StudienKommentar*, C.H. Beck, 2018, § 129.

<sup>114</sup> BT-Drucks. 18/11275.

<sup>115</sup> Ampiamente, WEBER, *Betäubungsmittelgesetz, Kommentar*, cit., § 30b, Rn. 7 s.

L'associazione a delinquere deve dunque perseguire l'obiettivo di svolgere attività illecite di traffico di stupefacenti (*unbefugten Vertrieb von Betäubungsmittel*), secondo la definizione sancita dal par. 6, n. 5 *StGB* che riconosce la giurisdizione penale tedesca in ipotesi di alcune reati commessi all'estero, in applicazione del c.d. *Universalitätsprinzip*. In particolare, la norma prevede: par. 6 *StGB* Fatti commessi all'estero contro beni giuridici internazionalmente protetti: “*Il diritto penale tedesco vale anche, indipendentemente dal diritto vigente nel luogo del fatto, per i seguenti fatti commessi all'estero: [...] 5. Commercio non autorizzato di sostanze stupefacenti*”. Peraltro, come riconosciuto dalla giurisprudenza, non è necessario che l'associazione a delinquere svolga la propria attività in Germania, potendosi dare il caso che l'offesa all'ordine pubblico – che viene tutelato in via principale dalla norma *de qua* – avvenga qualora l'agente si trovi all'estero e faccia parte di un gruppo criminale estero ma mantenga contatti e interessi con esponenti criminali in Germania<sup>116</sup>.

#### 6. *Il bene giuridico tutelato*

Il bene giuridico tutelato (*Rechtsgut*) è la salute degli individui e della popolazione e la tutela dei più giovani in generale, da una parte, come anche, dall'altro, il contrasto alla criminalità organizzata, nel quadro soprattutto della cooperazione internazionale in materia di controllo delle sostanze stupefacenti e nelle fattispecie aggravate dalla partecipazione ad un gruppo criminale, secondo i canoni del par. 129 *StGB* (par. 31b *BtMG*)<sup>117</sup>. La giurisprudenza, sul

<sup>116</sup> BGHSt 30, 28, in *NJW*, 1982, 530.

<sup>117</sup> Sul punto, ampiamente, SCHNÜRER, *Das Gesamtgeschäft beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln*, cit., 196 s., il quale cerca di

punto, non si è espressa in modo netto, nonostante nelle poche pronunce che si sono soffermate sulla natura del bene giuridico tutelato dalle disposizioni incriminatrici in materia di traffico di stupefacenti si evinca che la tutela penale sia volta principalmente alla salute pubblica: la Corte Suprema federale tedesca ha elaborato, a tal proposito, il concetto di *Volksgesundheit* (altresì, con significato meno pregnante, *öffentliche Gesundheit* ovvero *allgemeine Gesundheit*)<sup>118</sup>. L'importanza del bene della salute pubblica, la sua tendenza ad avere una vocazione universale e le sue ricadute sociale e non solo individuali, sono state poi messe in luce e valorizzate altresì dalla Corte Costituzionale tedesca, nella nota ordinanza *Cannabis* del 1990<sup>119</sup>.

### 7. Profili sanzionatori

La fattispecie base – *Grundtatbestand* – di cui al par. 29, nelle sue varie declinazioni e modalità di condotta, prevede la pena detentiva fino a cinque anni o la multa.

È prevista anche la punibilità per il tentativo (comma 2), ma solo nelle ipotesi di cui ai nr. 1, 2, 5 o 6 del comma 1.

individuare il bene giuridico tutelato nelle singole modalità positive di commissione del reato di cui ai par. 29 ss. *BtMG* ed evidenzia che il nucleo centrale dell'offesa risiede nella condotta di *Handelstreiben* (ossia, di commercio) con sostanze stupefacenti.

<sup>118</sup> Il precedente più importante è BGH, 29 ottobre 1975 – 3 StR 373/75. Sul concetto di *Volksgesundheit*, cfr. LANG, *Betäubungsmittelstrafrecht - dogmatische Inkonsistenzen und Verfassungsfriktionen*, Verlag Kovac, 2011, 55 che lo definisce come una sommatoria dei singoli diritti alla salute degli individui. Si veda altresì in dottrina, OGLAKCIOGLU, *Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts*, Berlin, Duncker&Humblot, Berlin, 2013.

<sup>119</sup> *BVerfG, Cannabis-Beschluss*, 1990, 145, sul punto si veda altresì, OGLAKCIOGLU, *Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts*, cit., 73 s.

È prevista un'aggravante – *nei casi di particolare gravità* – al comma 3 che impone una pena detentiva non inferiore ad un anno. Le aggravanti sono individuate in:

- *Professionalità* della condotta – secondo l'espressione tedesca *Gewerbmäsigkeit*, il cui significato ricomprenderebbe altresì il concetto di condotta commessa con spirito commerciale o di lucro – in ipotesi di cui al comma 1, n. 1, 5, 6, 10, 11 o 13;
- *Pericolo di danni alla salute di più persone* nelle ipotesi delle condotte descritte al comma 1, n. 1, 6 o 7.

Sono poi previste ipotesi di *Fahrlässigkeit* – di negligenza – par. 29, comma 4: qualora l'autore del reato agisca con negligenza nella commissione delle condotte di cui al comma 1, n. 1, 2, 5, 6 lett. b), 10 e 11. Secondo dottrina e giurisprudenza<sup>120</sup>, attesa la marginalità dell'ipotesi delittuosa, agisce con negligenza colui il quale violi – senza volontà o rappresentazione – le disposizioni incriminatrici del BtMG pur dovendone conoscere le prescrizioni sulla base delle sue conoscenze (*Kenntnissen*) e capacità soggettive (*Fähigkeiten*).

Vi è una clausola di esclusione dalla pena al comma 5, ossia una ipotesi di *Absehen von Strafe*<sup>121</sup>, per le condotte di cui ai

<sup>120</sup> Sul punto, si veda *funditus*, KOTZ, in *Münchener Kommentar, Betäubungsmittelgesetz*, §29, Rn. 1694 s., il quale, tra le altre cose, evidenzia la marginalità della disposizione che in sede giudiziaria non trova frequente applicazione: ad esempio, nel 2014, su un totale di 55.793 condanne per reati per violazione del BtMG, soltanto una riguardava una condanna per colpa (*Fahrlässigkeit*).

<sup>121</sup> Si noti che non vi è alcuna prescrizione di fonte internazionale che prescrive la previsione di una clausola di non punibilità, nonostante contestualmente non si ponga in contrasto con il diritto internazionale in materia, sul punto OGLAKCIOGLU, in *Münchener Kommentar, Betäubungsmittelgesetz*, §29, cit.

commi 1, 2 e 4 che indicherebbe sostanzialmente, quindi, tutte le singole fattispecie descritte qualora abbiano ad oggetto *piccole quantità di stupefacenti* e che siano oggetto di *consumo personale*<sup>122</sup>.

**Par. 29 a**

Nelle ipotesi qualificate – ossia, aggravate – è prevista la pena detentiva non inferiore ad un anno.

È anche prevista un'attenuante generica – nei casi di minore gravità – con la previsione di una pena detentiva da tre mesi a cinque anni (comma 2).

**Par. 30**

Nelle ipotesi qualificate è prevista una pena detentiva non inferiore a due anni.

Anche qui è prevista un'attenuante generica – nei casi di minore gravità – con la previsione di una pena detentiva da tre mesi a cinque anni (comma 2).

**Par. 30 a**

Nelle ipotesi qualificate è prevista una pena detentiva non inferiore a cinque anni.

È anche prevista un'attenuante generica – nei casi di minore gravità – con la previsione di una pena detentiva da tre sei mesi a dieci anni (comma 2).

**Par. 31b**

È altresì previsto un caso di esclusione del procedimento penale, c.d. *Absehen von Verfahren*, che sarebbe una ipotesi in cui è prescritto al Pubblico Ministero di non esercitare l'azione penale, qualora ricorrano le condizioni previste dal par. 31b.

*“Qualora il procedimento penale abbia ad oggetto uno dei reati prevista dal § 29, co. 1, 2 e 4, il pubblico ministero può*

<sup>122</sup> Sul punto, BGH, 25.02.2016 – 2 StR 39/16, secondo cui la non punibilità della condotta sussiste anche qualora il comportamento di assunzione di droghe avvenga abitualmente nelle ore notturne.

*archiviare il procedimento, qualora la colpevolezza dell'autore sia lieve, non vi è alcun interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale e l'autore coltivi, produca, introduca, trasporti, ceda, ottenga in altro modo o posseda stupefacenti in piccole quantità per uso personale. Dal procedimento penale dovrebbe essere dispensato, chi posseda stupefacenti solo per uso personale, che può essere ammesso dal § 10 a, in piccole quantità, senza allo stesso tempo essere in possesso di un permesso per l'acquisto."*

Lo stesso può avvenire se il procedimento sia stato già incardinato e il giudice riscontri le circostanze descritte nel comma 1 del par. 31b, può ordinare, per tali ragioni, in ogni stato e grado del procedimento il proscioglimento dell'imputato (comma 2).

### **Par. 32**

Se viene integrata una delle fattispecie previste nella rubrica degli illeciti amministrativi di cui al par. 32 *BtMG*, è prevista una sanzione dell'ammenda – ossia, una sanzione pecuniaria amministrativa, c.d. *Geldbuße* – fino a 25 mila euro.

#### *8. La rilevanza penale delle condotte di uso personale*

Le disposizioni incriminatrici del corpo legislativo sugli stupefacenti (*BtMG*) non sembrano fare alcuna distinzione in relazione ad un uso personale o ad uso con finalità smercio, distribuzione o vendita delle sostanze stupefacenti. Piuttosto, appare evidente che l'ampiezza delle formule utilizzate per descrivere la condotta penalmente rilevante più che fare riferimento allo scopo, qualora non siano in qualche modo caratterizzate da altri elementi, riguardano principalmente la quantità – il *quantum* – delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta illecita: come visto, l'attenuazione di pena o

anche l'esclusione della punibilità discendono da condotte aventi ad oggetto sostanze vietate in piccole quantità.

Cionondimeno, è prevista una specifica clausola che consente al giudice di non imporre alcuna condanna – nonostante sia accertata la commissione del reato – qualora, oltre alla modesta quantità<sup>123</sup>, gli stupefacenti siano diretti soltanto ad un uso personale – si usa l'espressione *Eigenverbrauch* – previsto al comma 5 del par. 29. In questa ipotesi, il giudice può – ma non deve – decidere di non condannare il reo.

Inoltre, è previsto proprio in ipotesi di uso personale, la dispensa dal procedimento penale nelle ipotesi di cui al par. 29 comma 1, 2 e 4 (ossia, sostanzialmente tutte le *fattispecie base*). La decisione può essere assunta già dal pubblico ministero - *Staatsanwalt* - nell'esercizio della sua azione penale, o altresì dal giudice in ogni stato e grado del procedimento.

Possono essere, pertanto, individuate tre ipotesi:

- *Absehen von Strafe*: dispensa dalla pena o clausola di non punibilità.
- *Absehen von Vervolgung*: dispensa dall'esercizio dell'azione penale.
- *Absehen von Verfahren*: dispensa dal procedimento penale, una sorta di proscioglimento.

Si rammenta tuttavia che in tali ipotesi non vi è l'obbligo da parte del giudice o del pubblico ministero, ma vi è soltanto riconosciuta una facoltà, evidentemente discrezionale.

<sup>123</sup> La quantità, tuttavia, non è definita a livello legislativo, con legge federale e, dunque, varia da *Land* a *Land*, cfr. *Germany Country Drug Report* 2019, su [http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11334/germany-cdr-2019\\_0.pdf](http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11334/germany-cdr-2019_0.pdf)



9. *Norme che “premiano” la collaborazione o il recesso*

In particolare, è dedicato a tal fine una specifica disposizione di legge – par. 31 sull’attenuazione o la dispensa dalla pena, che operano come circostanza attenuante e causa di estinzione del reato (sulla falsariga dell’art. 56, comma 3 e 4, c.p.)<sup>124</sup>.

*“Il giudice può attenuare la pena ai sensi del par. 49, co. 1 del codice penale<sup>125</sup> o, qualora l’autore non abbia ricevuto una condanna alla reclusione non superiore a tre anni, dispensarlo dalla pena, qualora l’autore*

*1. rivelando volontariamente le sue conoscenze, abbia dato un contributo significativo alla scoperta di un reato ai sensi dei parr. 29 a 30a che sia connesso alla sua condotta, ovvero*

*2. rivela volontariamente la sua conoscenza a un dipartimento che consenti di identificare un'offesa di cui al par. 29, co. 3, par. 29a, co. 1, par. 30, 1, par. 30a, co. 1 che*

<sup>124</sup> Si veda ampiamente, MAIER, in *Münchener Kommentar, Betäubungsmittelgesetz*, cit., §31.

<sup>125</sup> § 49 *Attenuanti legali speciali*. (1) Quando un’attenuazione della pena viene prescritta o consentita ai sensi della presente disposizione, si applicano le seguenti disposizioni:

1. L’ergastolo è sostituito dalla pena detentiva non inferiore a tre anni.

2. In caso di pena detentiva temporanea, può essere applicata una pena pari nel massimo a tre quarti della pena massima comminata. In caso di pena pecuniaria, si applica la stessa disposizione in riferimento al numero massimo di tassi giornalieri.

3. Il minimo della pena detentiva è diminuito  
nel caso di un minimo di dieci o cinque anni, a due anni,  
nel caso di un minimo di tre o due anni, a sei mesi,  
nel caso di un minimo di un anno, a tre mesi,  
negli altri casi, al minimo legislativo ordinario.

*sia connessa alla sua condotta e di cui sappia della sua pianificazione.*

*Se il colpevole è stato coinvolto nel reato, il suo contributo di cui al cpv. 1, n. 1 deve estendersi al di là il proprio contributo al crimine. Il par. 46b, co. 2 e 3 del codice penale si applica conformemente.”*

Anche in questo caso, il giudice ha la facoltà di – dunque, non corre l’obbligo di – attenuare la pena o decidere di non condannare. Il meccanismo di premialità tuttavia si attiva soltanto se le informazioni non riguardano soltanto la propria condotta illecita, ma anche le condotte di eventuali altri compartecipi o possono rilevare la pianificazione di altri reati.

#### *10. Confisca*

È prevista una forma di confisca al par. 33 c.d. *Einziehung*: “*Le cose, che si riferiscono ai reati di cui ai parr. 29 a 30a o ad un illecito amministrativo di cui al §par.32, possono essere sequestrate. Si applicano il par. 74 del codice penale<sup>126</sup> e il par. 23<sup>127</sup> della legge sugli illeciti amministrativi.”*

<sup>126</sup> § 74 *Presupposti della confisca.*

(1) Se è stato commesso un reato doloso, possono essere confiscati gli oggetti che per mezzo di essi sono stati prodotti o che sono stati utilizzati per la sua commissione o preparazione o che a tal fine sono stati destinati.

(2) La confisca è consentita solo se

1. Gli oggetti al momento della decisione appartengono o sono nella sfera di dominio dell’autore o del partecipe o

2. data la loro natura e date le circostanze, essi mettono in pericolo la collettività o sussiste il pericolo che servano alla commissione di fatti antiggiuridici.

(3) In presenza dei presupposti del n. 2 del secondo comma, la confisca degli oggetti è ammezza anche se l’autore ha agito senza colpevolezza.

(4) Se la confisca è prescritta o consentita da una disposizione speciale per ipotesi diverse da quelle del primo comma, si applicano i co. 2 e 3.

<sup>127</sup> § 23 *OrdWiG Condizioni ulteriori per la confisca*

Riguarda, a ben vedere, tutte le ipotesi criminose punite dal *BtMG* ed anche le sostanze stupefacenti aventi ad oggetto illeciti amministrativi<sup>128</sup>.

(1) Se la legge fa riferimento a questa disposizione, i beni possono anche essere confiscati, in deroga all'articolo 22 comma 2 n. 1, se la persona a cui appartengono o hanno diritto al momento della decisione è la persona a cui appartengono,

1. ha contribuito, quanto meno incautamente (*leichtfertig*), al fatto che il bene o il diritto era lo strumento o l'oggetto del fatto illecito o della sua preparazione, oppure

2. ha acquisito gli oggetti in modo riprovevole, conoscendo le circostanze che avrebbero consentito la confisca.

<sup>128</sup> Si veda ampiamente, OGLAKCIOGLU, in *Münchener Kommentar, Betäubungsmittelsgesetz*, cit., §29.

## APPENDICE NORMATIVA

|   |   |
|---|---|
| <p><b>§ 29 Straftaten.</b></p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft,</li><li>2. eine ausgenommene Zubereitung (§ 2 Abs. 1 Nr. 3) ohne Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 herstellt,</li><li>3. Betäubungsmittel besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein,</li><li>4. (weggefallen)</li><li>5. entgegen § 11 Abs. 1 Satz 2 Betäubungsmittel durchführt,</li><li>6. entgegen § 13 Abs. 1 Betäubungsmittel<ol style="list-style-type: none"><li>a) verschreibt,</li></ol></li></ol> | <p><b>§ 29 Illeciti penali.</b></p> <p>(1) È punito con la pena della reclusione fino a cinque anni, chiunque</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. coltiva, produce, commercializza, introduce senza commercializzarli, distribuisce, vende, cede, in altro modo mette in circolazione, acquista o ottiene in altro modo stupefacenti,</li><li>2. produce una preparazione (§ 2, cl. 1, n. 3) senza il permesso di cui cui al § 3, co. 1, n. 2,</li><li>3. possiede stupefacenti, senza essere in possesso di un permesso scritto per la sua acquisizione,</li><li>4. (abrogato)</li><li>5. in violazione del § 11, co. 1, cpv. 2 trasporta stupefacenti,</li><li>6. in violazione del § 13, co. 1,</li></ol> |
|---|---|

|  |   |
|--|---|
| <p>b) verabreicht oder zum unmittelbaren Verbrauch überläßt,</p> <p>6a. entgegen § 13 Absatz 1a Satz 1 und 2 ein dort genanntes Betäubungsmittel überläßt,</p> <p>7. entgegen § 13 Absatz 2</p> <p>a) Betäubungsmittel in einer Apotheke oder tierärztlichen Hausapotheke,</p> <p>b) Diamorphin als pharmazeutischer Unternehmer abgibt,</p> <p>8. entgegen § 14 Abs. 5 für Betäubungsmittel wirbt,</p> <p>9. unrichtige oder unvollständige Angaben macht, um für sich oder einen anderen oder für ein Tier die Verschreibung eines Betäubungsmittels zu erlangen,</p> <p>10. einem anderen eine Gelegenheit zum unbefugten Erwerb oder zur unbefugten Abgabe von Betäubungsmitteln verschafft oder gewährt, eine solche Gelegenheit öffentlich oder eigennützig mitteilt oder einen anderen zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln verleitet,</p> <p>11. ohne Erlaubnis nach §</p> | <p>a) consuma stupefacenti,</p> <p>b) li somministra o vende per uso immediato,</p> <p>6a. in violazione del § 13, comma 1a cpv. 1 e 2 cede una delle citate sostanze stupefacenti</p> <p>7. in violazione del § 13, co. 2</p> <p>a) consegna stupefacenti in una farmacia o una farmacia veterinaria</p> <p>b) cede diamorfine in qualità di distributore farmaceutico,</p> <p>8. in violazione del § 14, co. 5 pubblicizza stupefacenti,</p> <p>9. rende dichiarazioni errate o incomplete, al fine di ottenere la prescrizione medica di uno stupefacente per sé stesso, un terzo o un animale,</p> <p>10. fornisce o garantisce la possibilità per l'acquisto e la vendita non autorizzata di stupefacenti, ne dà comunicazione pubblica o per uso personale o induce un altro a fare un uso non autorizzato di stupefacenti,</p> |
|--|---|

|   |  |
|---|--|
| <p>10a einem anderen eine Gelegenheit zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln verschafft oder gewährt, oder wer eine außerhalb einer Einrichtung nach § 10a bestehende Gelegenheit zu einem solchen Verbrauch eigennützig oder öffentlich mitteilt,</p> <p>12. öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3 des Strafgesetzbuches) dazu auffordert, Betäubungsmittel zu verbrauchen, die nicht zulässigerweise verschrieben worden sind,</p> <p>13. Geldmittel oder andere Vermögensgegenstände einem anderen für eine rechtswidrige Tat nach Nummern 1, 5, 6, 7, 10, 11 oder 12 bereitstellt,</p> <p>14. einer Rechtsverordnung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 oder § 13 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2a oder 5 zuwiderhandelt, soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.</p> <p>Die Abgabe von sterilen</p> | <p>11. senza permesso di cui al §10a, fornisce o garantisce ad un altro l'uso non autorizzato di stupefacenti, o chiunque, fuori dal caso previsto dal §10a, ne dà comunicazione pubblica o per uso personale di tale uso,</p> <p>12. esorta pubblicamente, attraverso riunioni o scritti (§ 11, co. 1 del codice penale), l'uso di stupefacenti, che non siano ammessi dalla legge,</p> <p>13. fornisce fondi o risorse patrimoniali ad un'altra persona per la commissione di una condotta illecita di cui ai nr. 1, 5, 6, 7, 10, 11 o 12,</p> <p>14. contravviene ad un ordine giudiziario di cui al § 11, co. 2, n. 1 o § 13, co. 3, cpv. 2, n. 1, 2 a o 5, fintantoché questo si riferisca ad una di queste specifiche condotte illecite.</p> <p>La fornitura di siringe sterili monouso a tossicodipendenti e le relative informazioni</p> |
|---|--|

|   |   |
|---|---|
| <p>Einmalspritzen an<br/>Betäubungsmittelabhängige und<br/>die öffentliche Information<br/>darüber sind kein Verschaffen<br/>und kein öffentliches Mitteilen<br/>einer Gelegenheit zum<br/>Verbrauch nach Satz 1 Nr. 11.</p> <p>(2) In den Fällen des<br/>Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 5<br/>oder 6 Buchstabe b ist der<br/>Versuch strafbar.</p> <p>(3) In besonders schweren<br/>Fällen ist die Strafe<br/>Freiheitsstrafe nicht unter einem<br/>Jahr. Ein besonders schwerer<br/>Fall liegt in der Regel vor, wenn<br/>der Täter</p> <p>1. in den Fällen des Absatzes<br/>1 Satz 1 Nr. 1, 5, 6, 10, 11 oder<br/>13 gewerbsmäßig handelt,</p> <p>2. durch eine der in Absatz 1<br/>Satz 1 Nr. 1, 6 oder 7<br/>bezeichneten Handlungen die<br/>Gesundheit mehrerer Menschen<br/>gefährdet.</p> <p>(4) Handelt der Täter in den<br/>Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nr.<br/>1, 2, 5, 6 Buchstabe b, Nr. 10<br/>oder 11 fahrlässig, so ist die<br/>Strafe Freiheitsstrafe bis zu<br/>einem Jahr oder Geldstrafe.</p> <p>(5) Das Gericht kann von</p> | <p>pubbliche non<br/>rappresentano la fornitura<br/>né sono comunicazioni di<br/>alcuna possibilità di utilizzo<br/>ai sensi del cpv. 1, n. 11.</p> <p>(2) Nei casi di cui al co.<br/>1, cpv. 1, 2, 5 o 6 lett. b) è<br/>punibile il tentativo.</p> <p>(3) Nei casi di<br/>particolare gravità, la pena<br/>della reclusione non può<br/>essere inferiore ad un anno.<br/>Un caso di particolare<br/>gravità si ha di regola<br/>allorché l'autore</p> <p>1. agisce<br/>professionalmente nei casi<br/>di cui ai co. 1, cpv. 1, 5, 6,<br/>10, 11 o 13,</p> <p>2. mette in pericolo la<br/>salute di più persone a<br/>seguito di condotte descritte<br/>dal co. 1, cpv. 1, n. 1, 6, e<br/>7.</p> <p>(4) La pena è della<br/>reclusione fino ad un anno<br/>o la multa, qualora l'autore<br/>agisca con imprudenza nei<br/>casi descritti dai commi 1,<br/>cpv. 1, 2, 5, 6 lett. b), n. 10.</p> <p>(5) Il giudice può<br/>dispensare dalla pena di cui</p> |
|---|---|

|   |  |
|---|--|
| <p>einer Bestrafung nach den Absätzen 1, 2 und 4 absehen, wenn der Täter die Betäubungsmittel lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge anbaut, herstellt, einführt, ausführt, durchführt, erwirbt, sich in sonstiger Weise verschafft oder besitzt.</p> <p>(6) Die Vorschriften des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 sind, soweit sie das Handel treiben, Abgeben oder Veräußern betreffen, auch anzuwenden, wenn sich die Handlung auf Stoffe oder Zubereitungen bezieht, die nicht Betäubungsmittel sind, aber als solche ausgegeben werden.</p> | <p>ai co. 1, 2 e 4, qualora l'autore coltivi, produca, introduca, trasporti, ceda, si procuri in particolari modi o posseda stupefacenti in piccole quantità solo per uso personale.</p> <p>(6) Le disposizioni di cui al co. 1, cpv. 1, n. 1 si applicano anche qualora le condotte illecite riguardino sostanze che siano rilasciate come stupefacenti, pur non essendolo, e purché riguardino la commercializzazione, distribuzione e la vendita.</p> |
| <p><b>§ 29a Straftaten.</b></p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer</p> <p>1. als Person über 21 Jahre Betäubungsmittel unerlaubt an eine Person unter 18 Jahren abgibt oder sie ihr entgegen § 13 Abs. 1 verabreicht oder zum unmittelbaren Verbrauch überläßt oder</p> <p>2. mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unerlaubt</p>   | <p><b>§ 29a Illeciti penali.</b></p> <p>(1) È punito con la pena della reclusione non inferiore ad un anno, chiunque</p> <p>1. maggiore degli anni ventuno abusivamente ceda stupefacenti ad una persona minore degli anni diciotto o glieli somministri in violazione del § 13, co. 1 o li venda per un uso immediato ovvero</p>  |



|  |   |
|--|---|
| <p>Handel treibt, sie in nicht geringer Menge herstellt oder abgibt oder sie besitzt, ohne sie auf Grund einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 erlangt zu haben.</p> <p>(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.</p>  | <p>2. commercializzi, produca, possegga o ceda stupefacenti non in piccole quantità, senza avere prima acquisito un permesso ai sensi del § 3, co. 1.</p> <p>(2) Nei casi meno gravi la pena della reclusione è da tre mesi a cinque anni.</p>  |
| <p><b>§ 30 Straftaten.</b></p> <p>(1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren wird bestraft, wer</p> <p>1. Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt oder mit ihnen Handel treibt (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) und dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat,</p> <p>2. im Falle des § 29a Abs. 1 Nr. 1 gewerbsmäßig handelt,</p> <p>3. Betäubungsmittel abgibt, einem anderen verabreicht oder zum unmittelbaren Verbrauch überläßt und dadurch leichtfertig dessen Tod verursacht oder</p> <p>4. Betäubungsmittel in nicht geringer Menge unerlaubt einführt.</p> <p>(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe</p> | <p><b>§ 30 Illeciti penali.</b></p> <p>(1) È punito con la pena non inferiore a due anni, chiunque</p> <p>1. coltivi, produca o commercializzi (§ 29, co. 1, cpv. 1, n. 1) abusivamente stupefacenti e agisca come membro di un gruppo criminale, che è dedito in modo continuato alla commissione di tali reati,</p> <p>2. nei casi di cui al § 29a agisca professionalmente,</p> <p>3. ceda stupefacenti, li somministra o li ceda per uso immediato e causa con colpa lieve la morte di qualcuno o</p> <p>4. introduce stupefacenti in non piccole quantità.</p> <p>(2) Nei casi meno gravi la pena della reclusione è</p> |

|   |  |
|---|--|
| <p>Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.</p>   | <p>dai tre mesi ai cinque anni.</p>  |
| <p><b>§ 30 a Straftaten.</b><br/>         (1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren wird bestraft, wer Betäubungsmittel in nicht geringer Menge unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie ein- oder ausführt (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) und dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.<br/>         (2) Ebenso wird bestraft, wer<br/>         1. als Person über 21 Jahre eine Person unter 18 Jahren bestimmt, mit Betäubungsmitteln unerlaubt Handel zu treiben, sie, ohne Handel zu treiben, einzuführen,</p> | <p><b>§ 30 Illeciti penali.</b><br/>         (1) È punito con la pena della reclusione non inferiore a cinque anni, chiunque coltivi, produca, commercializzi, trasporti o introduca (§ 29 co. 1, cpv. 1, n. 1) e agisca come membro di un gruppo criminale, che è dedito in modo continuato alla commissione di tali reati.<br/>         (2) Allo stesso modo è punito, chiunque<br/>         1. maggiore degli anni ventuno induca una persona minore degli anni diciotto a commercializzare, introduca, trasporti, venda,</p> |

|  |  |
|--|--|
| <p>auszuführen, zu veräußern, abzugeben oder sonst in den Verkehr zu bringen oder eine dieser Handlungen zu fördern, oder</p> <p>2. mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unerlaubt Handel treibt oder sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt oder sich verschafft und dabei eine Schußwaffe oder sonstige Gegenstände mit sich führt, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen geeignet und bestimmt sind.</p> <p>(3) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.</p> | <p>ceda o in altro modo metta in circolazione stupefacenti o favorisca una di queste condotte, ovvero</p> <p>2. commercializzi non in piccole quantità o introduca, trasporti o si procuri e stupefacenti porti con sé un'arma da fuoco o altri oggetti, che per loro natura siano idonei e destinati a ferire persone.</p> <p>(3) Nei casi meno gravi è la pena della reclusione è dai tre mesi ai cinque anni.</p> |
| <p><b>§ 30b Straftaten.</b></p> <p>§ 129 des Strafgesetzbuches gilt auch dann, wenn eine Vereinigung, deren Zwecke oder deren Tätigkeit auf den unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln im Sinne des § 6 Nr. 5 des Strafgesetzbuches gerichtet sind, nicht oder nicht nur im Inland besteht.</p>   | <p><b>§ 30b Illeciti penali.</b></p> <p>Si applica il § 129 del codice penale, qualora un'associazione, che abbia le finalità e svolga le attività di commercio illecito di stupefacenti ai sensi del § 6, n. 5, del codice penale, non operi o non operi soltanto nel territorio nazionale.</p>   |

**§ 31 Strafmilderung oder Absehen von Strafe**

Das Gericht kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 des Strafgesetzbuches mildern oder, wenn der Täter keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt hat, von Strafe absehen, wenn der Täter

1. durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, daß eine Straftat nach den §§ 29 bis 30a, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht, aufgedeckt werden konnte, oder

2. freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, daß eine Straftat nach § 29 Abs. 3, § 29a Abs. 1, § 30 Abs. 1, § 30a Abs. 1 die mit seiner Tat im Zusammenhang steht und von deren Planung er weiß, noch verhindert werden kann.

War der Täter an der Tat beteiligt, muss sich sein Beitrag zur Aufklärung nach Satz 1 Nummer 1 über den eigenen Tatbeitrag hinaus erstrecken. § 46b Abs. 2 und 3 des Strafgesetzbuches gilt

**§ 31 Attenuazione o esclusione dalla pena.**

Il giudice può attenuare la pena di cui al § 49, co. 1 del codice penale o, qualora l'autore non abbia ricevuto una condanna alla reclusione non superiore a tre anni, dispensarlo dalla pena, qualora l'autore

1. rivelando volontariamente le sue conoscenze, abbia dato un contributo significativo alla scoperta di un reato ai sensi dei §§ 29 a 30a che sia connesso alla sua condotta, ovvero

2. riveli volontariamente la sua conoscenza a un dipartimento che consenti di identificare un'offesa di cui al § 29, co. 3, § 29a, co. 1, § 30, 1, § 30a, co. 1 che sia connessa alla sua condotta e di cui sappia della sua pianificazione.

Se il colpevole è stato coinvolto nel reato, il suo contributo di cui al cpv. 1, n. 1 deve estendersi al di là il proprio contributo al

|  |  |
|--|--|
| <p>entsprechend.</p>   | <p>crimine. § 46b, co. 2 e 3 del codice penale si applica conformemente.</p>   |
| <p><b>§ 31 a Absehen von Verfolgung</b><br/>         (1) Hat das Verfahren ein Vergehen nach § 29 Abs. 1, 2 oder 4 zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre, kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht und der Täter die Betäubungsmittel lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge anbaut, herstellt, einführt, ausführt, durchführt, erwirbt, sich in sonstiger Weise verschafft oder</p> | <p><b>§ 31 a Esclusione dal procedimento penale.</b><br/>         (1) Qualora il procedimento penale abbia ad oggetto uno dei reati prevista dal § 29, co. 1, 2 e 4, il pubblico ministero può archiviare il procedimento, qualora la colpevolezza dell'autore sia lieve, non vi è alcun interesse pubblica all'esercizio dell'azione penale e l'autore coltivi, produca, introduca, trasporti, ceda, ottenga in altro modo o possenga stupefacenti in piccole</p> |

besitzt. Von der Verfolgung soll abgesehen werden, wenn der Täter in einem Drogenkonsumraum Betäubungsmittel lediglich zum Eigenverbrauch, der nach § 10a geduldet werden kann, in geringer Menge besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein.

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren einstellen. Der Zustimmung des Angeschuldigten bedarf es nicht, wenn die Hauptverhandlung aus den in § 205 der Strafprozeßordnung angeführten Gründen nicht durchgeführt werden kann oder in den Fällen des § 231 Abs. 2 der Strafprozeßordnung und der §§ 232 und 233 der Strafprozeßordnung in seiner Abwesenheit durchgeführt wird. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß. Der Beschluß ist nicht

quantità per uso personale. Dal procedimento penale dovrebbe essere dispensato, chi possieda stupefacenti solo per uso personale, che può essere ammesso dal § 10 a, in piccole quantità, senza allo stesso tempo essere in possesso di un permesso per l'acquisto.

(2) Se l'azione giudiziaria è già stata esercitata, il giudice può terminare il procedimento in ogni stato e grado e nelle condizioni del comma 1 con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato. Non è necessario il consenso dell'imputato, qualora l'udienza principale non può essere condotta per le ragioni indicate nell'articolo 205 del codice di procedura penale o se egli è assente nei casi di § 231, co. 2 del codice di procedura penale e § 232 e 233 del codice di procedura penale. La decisione è presa per decreto. Il decreto non è

|  |   |
|--|---|
| <p>anfechtbar.</p>   | <p>impugnabile.</p>   |
| <p><b>§ 32 Ordnungswidrigkeiten.</b><br/>                 (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. entgegen § 4 Abs. 3 Satz 1 die Teilnahme am Betäubungsmittelverkehr nicht anzeigt,</li> <li>2. in einem Antrag nach § 7, auch in Verbindung mit § 10a Abs. 3 oder § 13 Absatz 3 Satz 3, unrichtige Angaben macht oder unrichtige Unterlagen beifügt,</li> <li>3. entgegen § 8 Abs. 3 Satz 1, auch in Verbindung mit § 10a Abs. 3, eine Änderung nicht richtig, nicht vollständig oder nicht unverzüglich mitteilt,</li> <li>4. einer vollziehbaren Auflage nach § 9 Abs. 2, auch in Verbindung mit § 10a Abs. 3, zuwiderhandelt,</li> <li>5. entgegen § 11 Abs. 1 Satz 1 Betäubungsmittel ohne Genehmigung ein- oder ausführt,</li> <li>6. einer Rechtsverordnung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 bis 4, § 12 Abs. 4, § 13 Abs. 3</li> </ol> | <p><b>§ 32 Illeciti amministrativi.</b><br/>                 È punibile con un illecito amministrativo, chiunque, con dolo o con colpa</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. in violazione del § 4, co. 3, cpv. 1 non abbia denunciato il traffico di stupefacenti</li> <li>2. abbia dato false informazioni o documentazioni inesatte in una istanza presentata ai sensi del § 7, anche in relazione al § 10a, co. 3 o § 14, co. 3, cpv. 3,</li> <li>3. in violazione del § 8, co. 3, cpv. 1, anche in relazione al § 10a, co. 1, non abbia reso dichiarazioni incomplete o non tempestive,</li> <li>4. contravvenga ad un ordine esecutivo ai sensi del § 9, co. 2, anche in relazione al § 10, co. 1, cpv. 3,</li> <li>5. in violazione del § 11, co. 1, cpv. 1 introduce o</li> </ol> |

|  |   |
|--|---|
| <p>Satz 2 Nr. 2, 3 oder 4, § 20 Abs. 1 oder § 28 Abs. 2 zuwiderhandelt, soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist,</p> <p>7. entgegen § 12 Abs. 1 Betäubungsmittel abgibt oder entgegen § 12 Abs. 2 die Abgabe oder den Erwerb nicht richtig, nicht vollständig oder nicht unverzüglich meldet oder den Empfang nicht bestätigt,</p> <p>7a. entgegen § 13 Absatz 1a Satz 3 nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig bei einer Apotheke anfragt,</p> <p>7b. entgegen § 13 Absatz 1a Satz 4 oder 5 eine Aufzeichnung nicht, nicht richtig oder nicht vollständig führt oder eine Aufzeichnung nicht oder nicht mindestens drei Jahre aufbewahrt,</p> <p>8. entgegen § 14 Abs. 1 bis 4 Betäubungsmittel nicht vorschriftsmäßig kennzeichnet,</p> <p>9. einer vollziehbaren Anordnung nach § 15 Satz 2 zuwiderhandelt,</p> <p>10. entgegen § 16 Abs. 1 Betäubungsmittel nicht</p> | <p>trasporta stupefacenti senza permesso,</p> <p>6. contravvenga ad un ordine giudiziario ai sensi del § 11, co. 2, cpv. 2, n. 2, 3 e 4, § 12, co. 4, § 13 co. 3, cpv. 2, n. 2, 3 o 4, § 20 co. 1, o § 28 co. 2, allorché questo riguardi una specifica condotta contravvenzionale,</p> <p>7. in violazione del § 12, co. 1 ceda stupefacenti o in violazione del § 12, co. 2, non segnala in modo corretto, completo e tempestivo le consegna o l'acquisto o non conferma l'accettazione,</p> <p>7a. in violazione del § 13, co. 1a, cpv. 4 o 5 non faccia una richiesta o la faccia in modo errato o scorretto ad una farmacia,</p> <p>7b. in violazione del § 13, co. 1 a, cpv. 4 o 5 non tiene un registro o non lo tiene in modo corretto o completo o non lo conserva da almeno tre anni,</p> <p>8. in violazione del § 14, co. 1 a 4, non contrassegna</p> |
|--|---|



|  |  |
|--|--|
| <p>vorschriftsmäßig vernichtet, eine Niederschrift nicht fertig oder sie nicht aufbewahrt oder entgegen § 16 Abs. 2 Satz 1 Betäubungsmittel nicht zur Vernichtung einsendet, jeweils auch in Verbindung mit § 16 Abs. 3,</p> <p>11. entgegen § 17 Abs. 1 oder 2 Aufzeichnungen nicht, nicht richtig oder nicht vollständig führt oder entgegen § 17 Abs. 3 Aufzeichnungen oder Rechnungsdurchschriften nicht aufbewahrt,</p> <p>12. entgegen § 18 Abs. 1 bis 3 Meldungen nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,</p> <p>13. entgegen § 24 Abs. 1 einer Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nicht nachkommt,</p> <p>14. entgegen § 24a den Anbau von Nutzhanf nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anzeigt oder</p> <p>15. Betäubungsmittel in eine Postsendung einlegt, obwohl diese Versendung durch den Weltpostvertrag oder ein Abkommen des Weltpostvereins</p> | <p>conformemente gli stupefacenti,</p> <p>9. contravvenga ad un ordine esecutivo di cui al § 15, co. 2,</p> <p>10. in violazione del § 16, co. 1 distrugga illecitamente stupefacenti, non completi il verbale o non lo conservi o in violazione del § 16, co. 2, cpv. 1 non distrugga gli stupefacenti, ciascuno in relazione al § 16, co.3,</p> <p>11. in violazione del § 17, co. 1 e 2 non tenga i registri o li tenga in modo errato e incompleto o in violazione del § 17, co. 3 non conservi registri e ricevute,</p> <p>12. in violazione del § 18, co. 1 a 3 non faccia i rimborsi in modo corretto, completo e lecito,</p> <p>13. in violazione del § 24 non rispetti il dovere di cooperare,</p> <p>14. in violazione del § 24a, co. 1 non denunci la coltivazione di canapa o la denuncia in modo scorretto,</p> |
|--|--|

verboten ist; das Postgeheimnis gemäß Artikel 10 Abs. 1 des Grundgesetzes wird insoweit für die Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeit eingeschränkt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfundzwanzigtausend Euro geahndet werden.

(3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte, soweit das Gesetz von ihm ausgeführt wird, im Falle des § 32 Abs. 1 Nr. 14 die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung.

incompleto e non nei tempi di legge ovvero,

15. invii per posta stupefacenti, nonostante tale invio sia vietato dalla Unione postale universale o da una Convenzione dell'Unione postale universale; il segreto postale riconosciuto dall'Articolo 10, co. 1 della Costituzione viene conformemente limitato per il perseguimento e la punizione dell'illecito amministrativo.

(2) Gli illeciti amministrativi possono essere puniti con l'ammenda fino a 25.000 euro.

(3) L'autorità amministrativa competente ai sensi del § 36, co. 1, n.1 della legge sugli illeciti amministrativi è l'istituto federale sui prodotti farmaceutici e medicinali, come anche l'ente regionale per l'economia e l'alimentazione, fintantoché ne sia competente, nei casi

|  |   |
|--|---|
|  | di cui al § 32, co. 1, n. 14.   |
| <p><b>§ 33 Einziehung</b><br/>                 Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach den §§ 29 bis 30a oder eine Ordnungswidrigkeit nach § 32 bezieht, können eingezogen werden. § 74a des Strafgesetzbuches und § 23 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sind anzuwenden.</p> | <p><b>§ 33 Confisca.</b><br/>                 Le cose, che si riferiscono ai reati di cui ai §§ 29 a 30a o ad un illecito amministrativo di cui al § 32, possono essere sequestrate.<br/>                 Si applicano il § 74 del codice penale e il § 23 della legge sugli illeciti amministrativi.</p> |

## *Parte IV*

# *Il contrabbando di sigarette*

*Salvatore Orlando*

SOMMARIO: 1. Disciplina internazionale e l'opzione di politica criminale in Germania. – 2. Bene giuridico tutelato. – 3. Soggetto attivo. – 4. Soggetto passivo. – 5. La legge sui Tabacchi (*TabStG*). – 6. La disciplina di contrasto nel sistema tributario (*AO*). – 7. Profili sanzionatori.

### *1. Disciplina internazionale e l'opzione di politica criminale in Germania*

Il sistema giuridico tedesco prevede diverse leggi che disciplinano organicamente la produzione e distribuzione dei tabacchi, ciascuna delle quali contiene – all'interno di più ampie discipline – anche disposizioni di natura penalistica<sup>129</sup>. Il quadro legislativo in materia si caratterizza dunque per la

<sup>129</sup> Si veda anche SINN, *Wirtschaftsmacht Organisierte Kriminalität. Illegale Märkte und illegaler Handel*, Berlin, Springer, 58. Altresì, molto interessante, sul traffico illecito di tabacco in Europa, SAVONA, *Dai mercati illeciti all'economia legale: il portafoglio della criminalità organizzata in Europa. Rapporto finale del progetto OCP – Organised crime Portfolio*, 2015, p. 93 s. Altra fonte è il sito della polizia delle dogane tedesca, [www.zoll.de](http://www.zoll.de). Altresì, [www.tabakwirtschaft.de/schmuggel](http://www.tabakwirtschaft.de/schmuggel).

sua eterogeneità ed i riferimenti normativi più rilevanti possono essere individuati nelle seguenti leggi:

- *Tabaksteuergesetz (TabStG)*, ossia la legge relativa alle imposte sui tabacchi<sup>130</sup>;
- *Gesetz über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse*, ossia la legge sulla produzione dei tabacchi e sui prodotti affini<sup>131</sup>;
- *Vorläufiges Tabakgesetz*, ossia la legge sui tabacchi provvisoria<sup>132</sup>;
- *Gesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherchutz (Tabakgesetz)*, ossia la legge sulla produzione e commercializzazione di tabacchi e sulla pubblicizzazione dei tabacchi e la tutela dei non fumatori (c.d. legge sul tabacco)<sup>133</sup>.

Inoltre, hanno rilievo in materia le norme che regolano il controllo delle dogane – in tedesco, *Zoll*<sup>134</sup> – ed in materia di diritto penale tributario, in conformità con il *Abgabenordnungsgesetz (AO)*<sup>135</sup>, ossia la legge sull'ordinamento tributario: in particolare, si fa riferimento alle

<sup>130</sup> “*Tabaksteuergesetz*” del 15. luglio 2009 (BGBl. I S. 1870), modificata da ultimo il 27. agosto 2017 (BGBl. I S. 3299).

<sup>131</sup> “*Tabakerzeugnisgesetz*” del 4. aprile 2016 (BGBl. I S. 569), modificata da ultimo il 19 aprile 2019 (BGBl. I S. 514).

<sup>132</sup> “*Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz – LMBG)*” del 15 agosto 1974 (BGBl. S. 1945).

<sup>133</sup> BGBl. Nr. 431/1995.

<sup>134</sup> In materia, in generale, di estrema importanza, anche in Germania, è il Codice delle Dogane dell'Unione Europea (CDU).

<sup>135</sup> BGBl. I S. 613 del 16 marzo 1976.

imposte sui consumi – *Verbrauchsteuer* – e sulle importazioni, esportazioni e transiti – *Einfuhrungs-, Ausfuhrung und Durchfuhrungsabgaben*.

Il contrasto al contrabbando di sigarette – come si può agevolmente notare dal composito quadro legislativo tedesco – vive dunque di istanze che spesso esulano da un approccio esclusivamente penalistico o repressivo. Da questo punto di vista, l'attenzione sulla disciplina di contrasto di natura penalistica deve essere affidata ad un approccio *olistico* al problema, secondo quanto emerge già dall'analisi dei principali strumenti sovranazionali intervenuti sul fenomeno criminale in commento.

Tra questi, di recente, la Direttiva 2014/40/UE ha tentato di ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di lavorazione, produzione e vendita dei prodotti del tabacco<sup>136</sup>.

Tale strumento europeo – pur avendo come oggetto di tutela primario la *salute dei consumatori* – detta disposizioni altresì idonee ad innovare il sistema di contrasto al traffico illecito di sigarette. Nel far ciò, a riprova della necessità di un approccio multidisciplinare, in sede europea si è optato, per un verso, per una disciplina che, in linea generale, non facesse ricorso alla sanzione penale, ponendo, per altro verso, l'accento sull'introduzione di un sistema continentale unico di tracciabilità che possa fungere da valido strumento di contrasto per l'illecito mercato dei tabacchi lavorati. Tale procedura sarebbe intesa ad assicurare, per il tramite di un sistema di

<sup>136</sup> Direttiva 2014/40/UE del Parlamento e del Consiglio del 3 aprile 2014 “sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE”.

controlli incrociati e di doveri reciproci, la tracciabilità dell'effettivo itinerario di trasporto del prodotto, dal fabbricante fino alla prima rivendita ed includendo altresì tutti i depositi utilizzati. Un siffatto sistema, che potrebbe costituire un considerevole ostacolo per il traffico illecito di tabacco, è inoltre sancito in altri testi internazionali rilevanti, come il Protocollo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità per l'eliminazione del traffico illecito di tabacco del novembre 2012, ma da solo non può costituire valido ed efficace strumento di contrasto avverso un mercato altamente dinamico e dalle proporzioni più che ragguardevoli<sup>137</sup>.

Il traffico illegale di sigarette rappresenta un mercato dai contorni indefiniti e ricco di sfaccettature.<sup>138</sup> Esso si caratterizza per merci di facile produzione, che possono agevolmente essere trasportate da un luogo ad un altro con poche possibilità di essere scoperti, e la cui minaccia di sanzioni penali è spesso scarsa.<sup>139</sup> Se a ciò si aggiunge che tali condotte sono sovente accompagnate da altre azioni delittuose (falsificazione, evasione fiscale, contrabbando transfrontaliero) e che esse sono in grado di incidere notevolmente su interessi pubblici rilevanti, emerge con maggior chiarezza le necessità di un intervento preventivo non limitato al settore amministrativo regolamentare, ma corroborato da un solido apparato penalistico. L'intervento dell'*extrema ratio* dell'ordinamento giuridico è reso più evidente dai danni diretti

<sup>137</sup> Si tratta del *Protocol to Eliminate Illicit Trade in Tobacco*, c.d. FCTC, consultabile su [https://www.who.int/fctc/protocol/illicit\\_trade/protocol-publication/en/](https://www.who.int/fctc/protocol/illicit_trade/protocol-publication/en/).

<sup>138</sup> Riprendendo in particolare i dati forniti dal OECD *Task Force on Countering Illicit Trade*. In generale, si veda il sito web: <http://www.oecd.org/gov/risk/oecdtaskforceoncounteringillicittrade.htm>

<sup>139</sup> Si veda *Illicit Trade – Governing Criminal Networks*, OECD Reviews of Risk Management Policies, 2016, p. 123 s.

ed indiretti del contrabbando di sigarette. Così come emerge da studi del *Task Force on Countering Illicit Trade* dell'OCSE del 2016<sup>140</sup>, infatti, i maggiori danni causati da tale tipo di contrabbando sono rappresentati dalle notevoli perdite subite dall'erario statale causate dall'evasione fiscale di tali prodotti. Ma non si possono trascurare altresì i risvolti indiretti di tale tipo di fenomeno delittuoso che, generando considerevoli proventi illeciti, pone il problema della loro riutilizzazione che potrebbe, come risulta dal Report del UNIFAB del 2016, essere collegata ad attività delittuose maggiormente pericolose, quali ad esempio le attività terroristiche.<sup>141</sup>

La consapevolezza di un approccio penale al problema di cui si discute emerge inoltre dagli atti sovranazionali maggiormente rilevanti. Si fa riferimento alla Convenzione e al Protocollo in materia di tabacco approvati dall'Organizzazione mondiale della Sanità, che considerano in seno alla loro strategia di contrasto l'intervento penalistico. È infatti l'articolo 15 della Convenzione Quadro sul controllo del tabacco<sup>142</sup> che, nel riconoscere l'importanza del contrasto a tali condotte illecite (il contrabbando, la contraffazione e la fabbricazione abusiva, etc.), invita gli Stati parte ad adottare misure legislative dissuasive ed efficaci non solo di natura amministrativa; previsione ulteriormente specificata dal successivo Protocollo del 2012<sup>143</sup> che dedica la sua intera Parte

<sup>140</sup> Si veda nt. precedente.

<sup>141</sup> UNIFAB è l'*Union des Fabricants* fondata nel 1872 con sede a Parigi. Il *Counterfeiting & Terrorism Report 2016*, scaricabile su <https://www.unifab.com/en/counterfeiting-terrorism/>.

<sup>142</sup>

<http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42811/9241591013.pdf?sequence=1>.

<sup>143</sup>[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/80873/9789241505246\\_eng.pdf?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/80873/9789241505246_eng.pdf?sequence=1).



IV (Articoli 14-19) alle misure di contrasto normativo, sostanziali e processuali, indirizzate altresì alle persone giuridiche, esortando le Parti contraenti ad intervenire con lo strumento maggiormente invasivo al fine di assicurare piena efficacia al predisposto quadro legislativo.

Alla luce di quanto brevemente delineato, la normativa di contrasto presenta un alto livello di eterogeneità, e lascia i singoli ordinamenti nazionali liberi nella scelta dell'approccio repressivo a tale fenomeno delittuoso; libertà che si concretizza in un composito quadro normativo che, nonostante la sua complessità, viene ricondotto a due macro-famiglie: la prima tendente a sanzionare in modo specifico il fenomeno del contrabbando di tabacco, con disposizioni differenziate rispetto agli illeciti commessi su altri tipi di merci; la seconda, per converso, nega una qualsiasi differenziazione normativa alle ipotesi in commento, predisponendo quindi una legislazione, sia essa penale o amministrativa, uniforme per tutti i tipi di contrabbando. In questi casi, il legislatore nazionale predispone, tuttavia – per evidenti esigenze di tutela del fisco e delle entrate tributarie – una normativa di contrasto al contrabbando in generale che è già di per se tendenzialmente idonea a neutralizzare – attraverso la minaccia della sanzione penale – fatti di reato aventi ad oggetto i tabacchi, senza che sia dunque necessario declinarlo in una fattispecie autonoma di reato.

Alla luce di quanto illustrato, contemperando le istanze di derivazione sovranazionale con il quadro repressivo tedesco, è possibile affermare che il sistema giuridico di riferimento rientri nella seconda delle due macro-categorie individuate: a tal proposito, il legislatore tedesco pare avere predisposto un impianto repressivo delle condotte di *contrabbando* in termini generali e per di più inserito all'interno della legge tributaria

(AO), relegando, invece, ad ipotesi soltanto di natura amministrativa e con la minaccia di una sanzione pecuniaria le condotte di contrabbando aventi ad oggetti i tabacchi, che non superino determinate soglie quantitative. In questo senso, come meglio si vedrà di seguito, il legislatore tedesco individua una sorta di *soglia di punibilità* in ipotesi di contrabbando di sigarette attraverso il combinato disposto della legge sui tabacchi (*Tabaksgesetz*) e la legge tributaria (AO): si può dunque già anticipare che qualora il quantitativo contrabbandato/commercializzato non superi i 1000 pacchetti di sigarette, verrà applicata una sanzione amministrativa; se, invece, tale soglia è superata, sempre se sussistano i requisiti dei par. 369 ss. AO, relativi alle condotte di evasione fiscale (*Steuerheleri*) e alla condotta di *contrabbando* (*Bannbruch*), si applicano le relative sanzioni penali.

## 2. *Bene giuridico tutelato*

Il legislatore tedesco è stato molto attento a prevedere una soglia di punibilità – individuata in termini quantitativi – per distinguere le condotte meritevoli di una sanzione penale da quelle che rilevano solo come illeciti amministrativi. Da questo punto di vista, dunque appare pacifico che le fattispecie penali di contrasto al contrabbando di sigarette siano volte a punire le condotte di maggiore allarme sociale, con la conseguenza che il *Rechtsgut* sia individuabile nella protezione degli interessi statali, nella duplice declinazione della tutela dell'erario e finanzia pubblica, nonché nella corretta circolazione delle merci nel territorio nazionale. Ne è testimonianza, in definitiva, che l'intera disciplina di contrasto alla generica condotta di *contrabbando* sia stata demandata alla Legge sul sistema tributario, *Abgabeordnungsgesetz*.

### 3. *Soggetto attivo*

Si tratta di reati comuni, per i quali quindi non è prevista una peculiare qualifica. Rileva soltanto – per quanto concerne il trattamento sanzionatorio più severo – l'appartenenza ad un gruppo criminale dedito all'evasione delle tasse sulle importazioni ed esportazioni e, in generale, al contrabbando (par. 373, comma 3 *AO*, altresì par. 374, comma 2 *AO*).

In particolare, la giurisprudenza chiarisce che Il *debitore dell'imposta sul tabacco* è chiunque porti o spedisca il tabacco, nonché il destinatario della spedizione non appena ha acquisito il possesso della merce. Sebbene non sia decisivo che il debitore dell'imposta trasporti egli stesso le sigarette da un altro Stato membro in Germania, è necessario un certo grado di controllo sui prodotti del tabacco al momento dell'introduzione in Germania. È, infine, considerata cedente anche la persona che, in virtù della sua facoltà di impartire istruzioni, esercita un'influenza dominante sul veicolo di trasporto, determinando i dettagli del viaggio (ad esempio itinerario, luogo, sequenza temporale)<sup>144</sup>.

### 4. *Soggetto passivo*

Data l'oggettività giuridica dei reati doganali e la loro rilevanza collettiva, il soggetto passivo sarà lo Stato titolare della prestazione tributaria omessa per il tramite della condotta illecita.

### 5. *La legge sui Tabacchi (TabStG)*

Le norme rilevanti per il contrabbando di sigarette ai fini fiscali – e pertanto pertinenti al traffico transfrontaliero dei tabacchi – sono, in parte, previste nel *Tabaksteuergesetz* nel

<sup>144</sup> BGH, 23.03.2017 – 1 StR 451/16, in *StV* 2018, 39.

Capo 8 relativo alle disposizioni finali. In particolare, si tratta di *Ordnungswidrigkeiten* – di illeciti amministrativi non penali – la cui sanzione minacciata è una ammenda: in linea generale, dunque, pur prevedendo delle soglie quantitative – fissate in 1.000 pacchetti di sigarette – la legge sui tabacchi (*TabStG*) non affronta il fenomeno attraverso un approccio repressivo e la predisposizione di sanzioni penali, in quanto – è opinione condivisa – il *contrabbando di sigarette* ha una rilevanza solo se sia idoneo a ledere gli interessi finanziari e fiscali dello Stato (su cui altresì *supra*, *Il bene giuridico*)<sup>145</sup>.

Da un lato, dunque, il par. 36 *TabStG* – rubricato “Illeciti amministrativi” – presidia con sanzioni pecuniarie una serie di violazioni della stessa legge qualora sia accertato che il soggetto abbia agito con dolo o colpa grave (*Vorsatz* e *Leichtfertigkeit*)<sup>146</sup>. La disposizione richiama il par. 381, comma 1, n. 2 *AO* che disciplina gli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeiten*) in materia tributaria, il quale sancisce che è suscettibile di una sanzione pecuniaria chiunque con dolo o colpa grave violi le norme “sull'imballaggio e l'etichettatura dei prodotti soggetti ad accisa o di prodotti contenenti tali prodotti, o sulle restrizioni alla circolazione o all'uso di tali prodotti o merci”: norma che è dunque applicabile alla categoria dei tabacchi lavorati.

Dall'altro lato, il par. 37 *TabStG* punisce con una ammenda il “commercio illecito di sigarette”. La condotta consiste essenzialmente nell'acquisto di pacchetti sigarette senza alcun segno fiscale (*Steuerzeichen*), sempre che non siano più di 1.000 pacchetti. La stessa disposizione prevede che – superata tale soglia – si applicano i paragrafi da 369 a 374 *AO*. In

<sup>145</sup> Si veda, WIEDEMANN, *Tabaksteuerstrafrecht*, in *wistra*, 1/2012, 1.

<sup>146</sup> Per la precisa descrizione delle condotte punite con la sanzione pecuniaria si rinvia alla *Appendice normativa*.

ipotesi di illeciti amministrativi, l'autorità competente ad irrogare la sanzione è la Polizia di dogana, ossia la *Hauptzollamt* (comma 4).

In Germania, a proposito del commercio di sigarette, si è soliti parlare di *Privilegio del contrabbando* – dal tedesco *Schmuggelprivileg* – con specifico riferimento par. 37 *TabStG*, il quale, a ben vedere, riguarderebbe soltanto la microcriminalità, in quanto consente di ritenere l'acquisto fino a 1.000 pacchetti di sigarette come *consumo personale*, ed evitando così la rilevanza penale della condotta, che è meritevole solo di una sanzione amministrativa pecuniaria, a prescindere dalla circostanza che il soggetto abbia agito con dolo o colpa.

#### 6. *La disciplina di contrasto nel sistema tributario (AO)*

Come accennato, in tale materia, rilevano altresì le disposizioni relative alla disciplina del sistema tributario e le relative sanzioni penali ivi previste.

Norma cardine del sistema, nonostante non sia oggetto di frequente applicazione da parte delle corti nazionali, è il *Bannbruch*, previsto dal par. 372 *AO*: questo concetto è traducibile come contrabbando, nel senso tuttavia della sua forma più elementare di manifestazione esterna. Infatti, il termine *Schmuggel*, traducibile anch'esso come contrabbando (*i.e. smuggling*), invece, ha una connotazione di maggiore gravità (par. 373 *AO*). In particolare, il *Bannbruch* è una cosiddetta norma in bianco *Blankettenorme*, perché non specifica il divieto da cui dipende l'integrazione della fattispecie incriminatrice. Infatti, la norma dispone che commette contrabbando chiunque introduce, esporta o fa

transitare beni contro un divieto, senza che esso venga tuttavia specificato<sup>147</sup>.

Il diritto penale di contrasto al contrabbando di sigarette è, come visto, costruito attorno alla tutela dell'erario statale e delle entrate tributarie. In particolare, i tabacchi (*Tabakerzeugnisse*) vengono trattati – senza distinzione alcuna – come qualsiasi altra merce, suscettibile di essere contrabbandata, come disposto dalle disposizioni dell'*Abgabenordnung* che puniscono il *contrabbando* parr. 371, 373, 374 *AO*.

Da questo punto di vista, si noti che l'eventuale violazione delle leggi tributarie in materia di tabacchi, può comportare anche l'integrazione del reato di evasione fiscale, punito dal par. 370 *AO*: particolarmente cospicua è, a tal proposito, la giurisprudenza che è solita applicare il reato di evasione fiscale in ipotesi di commercio illecito di sigarette/tabacchi lavorati<sup>148</sup>.

Inoltre, il par. 373 *AO* punisce l'evasione delle imposte sulle importazioni ed esportazioni o la condotta di contrabbando qualora siano commesse con professionalità. La disposizione specifica inoltre che la condotta di contrabbando (*Bannbruch*) deve essere commessa in violazione delle disposizioni sui Monopoli (*Monopolvorschriften*)<sup>149</sup>. Inoltre, la stessa disposizione punisce chiunque commetta la medesima condotta portandosi un'arma (comma 2, n. 1) ovvero utilizza un mezzo ("*Mittel*") per vincere o impedire la resistenza di un altro (comma 2, n. 2) o, infine, qualora il fatto venga

<sup>147</sup> Si veda, ampiamente WAMERS-FEHN, *Handbuch Zollfahndung*, cit.

<sup>148</sup> BGH, 25 marzo 2010, 1 StR 52/10, con nota su *wistra*, 6/2010, 228; BGH, 14 ottobre 2015, 1 StR 521/14, con nota su *wistra*, 2/2016, 74; BGH, 11 novembre 2015, 1 StR 231/15 con nota su *wistra*, 2/2016, 78; BGH, 12 luglio 2016, 1 StR 595/15, con nota su *wistra*, 2/2017, 66.

<sup>149</sup> Si veda, a tal proposito, la *Appendice normativa*.

commesso da un membro di un gruppo criminale – in particolare, nella declinazione di *Bande*<sup>150</sup> – dedito in modo continuativo alla evasione delle tasse sulle importazioni ed esportazioni o il contrabbando

Inoltre, in materia di contrabbando di tabacchi, il par. 374 *AO* trova ampia applicazione nelle aule giudiziarie. Il paragrafo *de quo* punisce la “ricettazione di merce contrabbandata”: in particolare, viene punito chiunque commetti una condotta ricettatoria di merci in merito alle quali è stata evasa l’imposta sui consumi (*Verbrauchsteuer*) o le imposte sulle importazioni e le importazioni di cui all’art. 5 n. 20 e 21 del Codice doganale dell’Unione Europea ovvero si tratti di merce contrabbandata *ex par. 372 o 373 AO*.

### 7. *Profili sanzionatori*

Il sistema di contrasto in Germania distingue tra sanzioni amministrative – quindi, con la previsione della sanzione dell’ammenda par. 37 *TabStG* – in ipotesi meno gravi – e sanzioni penali qualora il fatto sia commesso in modo professionale o avvalendosi di un gruppo criminale (par. 373 *AO*).

Il regime sanzionatorio dunque è parametrato all’intero sistema punitivo in materia tributaria.

Da un lato, la condotta *Bannbruch* di cui al par. 372 *AO* ha una funzione meramente descrittiva e non è ricollegata ad alcuna sanzione penale, dall’altro lato, il par. 373 che punisce il “contrabbando professionale, con violenza o con un gruppo criminale organizzato” prevede la pena detentiva da sei mesi a

<sup>150</sup> Il concetto di *Bande* presuppone soltanto l’associazione di almeno tre persone, che si sono riuniti con la volontà di commettere autonomamente, per un determinato periodo di tempo nel futuro, specifiche fattispecie delittuose, cfr. KÜPER, *Strafrecht. Bes. Teil*, Heidelberg, 2008, 46.

dieci anni. Infine, il reato di ricettazione di merce contrabbandata prevede un massimo edittale di cinque anni di reclusione e la pena della multa; mentre nelle ipotesi in cui l'autore del reato agisca con professionalità o come membro di un gruppo criminale, la pena prevista è la reclusione da sei mesi a dieci anni. È comunque previsto che “nei casi di minore gravità” la pena detentiva non possa superare i cinque anni, nonché la multa.

Infine, il par. 375 AO prevede alcune pene accessorie (*Nebenstrafe*) che possono essere applicate in ipotesi di reati di evasione fiscale e di contrabbando qualora venga inflittala pena della reclusione superiore ad un anno. In particolare, il comma 1 prevede che il giudice possa privare il reo della possibilità di ricoprire cariche pubbliche e dell'elettorato passivo.

Inoltre, è prevista la confisca della merce contrabbandata (comma 2, par. 374 AO): è prevista l'applicazione altresì della confisca di cui al par. 74a StGB c.d. *Erweiterter Einziehung*, che consente di confiscare il prodotto, il profitto e l'oggetto del reato<sup>151</sup> anche al terzo proprietario che abbia contribuito, almeno colposamente, alla commissione del reato o che sia venuto comunque in possesso dell'oggetto, profitto o prodotto del reato, pur essendo a conoscenza delle circostanze legittimanti la confisca..

In ipotesi di illecito amministrativo (par. 37 TabStG), la confisca è, invece, discrezionale e non obbligatoria.

<sup>151</sup> Si v. nella letteratura italiana, FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997. Più di recente, in Germania, 4.5.2. KÖHLER, *Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, Parte I, in *NStZ*, 2017, 497 ss., nonché la parte II, in *NStZ*, 2017, 665 ss.



## *APPENDICE NORMATIVA*

| <i>TabStG</i>   | <i>TabStG</i>   |
|---|---|
| <p style="text-align: right;"><b>§ 36</b></p> <p><b>Ordnungswidrigkeiten</b></p> <p>(1) Ordnungswidrig im Sinn des § 381 Absatz 1 Nummer 1 der Abgabenordnung handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig</p> <p>1. entgegen § 3 Absatz 3 Satz 2 unterschiedliche Kleinverkaufspreise bestimmt,</p> <p>2. entgegen § 3 Absatz 4 einen Kleinverkaufspreis nicht oder nicht richtig bestimmt,</p> <p>3. entgegen § 11 Absatz 3, § 12 Absatz 4 oder § 13 Absatz 2 Tabakwaren nicht oder nicht rechtzeitig aufnimmt, nicht oder nicht rechtzeitig übernimmt, nicht oder nicht rechtzeitig befördert oder nicht oder nicht rechtzeitig ausführt oder</p> <p>4. entgegen § 33 Absatz 2</p> | <p style="text-align: right;"><b>§ 36 Illeciti amministrativi</b></p> <p>(1) Commette illecito amministrativo ai sensi del § 381, co. 1, n. 1 della legge tributaria chiunque con dolo o colpa grave</p> <p>1. in violazione del § 3, co. 2, cpv. 2 determina differenti prezzi di vendita al dettaglio,</p> <p>2. in violazione del § 3, co. 4 non determina il prezzo di vendita al dettaglio o lo determina in modo errato,</p> <p>3. in violazione del § 11, co. 3, § 12, co. 4 o § 13, co. 2 non registra le merci contenenti tabacchi o li registra fuori tempo, non li consegna o li consegna fuori tempo o non li traporta o li traporta fuori tempo oppure</p> |

|  |  |
|--|--|
| <p>eine der dort genannten Tätigkeiten nicht oder nicht rechtzeitig anmeldet.</p> <p>(2) Ordnungswidrig im Sinn des § 381 Absatz 1 Nummer 2 der Abgabenordnung handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. entgegen § 16 Absatz 1 Tabakwaren in den steuerrechtlich freien Verkehr überführt,</li> <li>2. entgegen § 24 Absatz 1 Satz 1 oder Satz 2 Kleinverkaufspackungen andere Gegenstände beipackt,</li> <li>3. einer Vorschrift des § 25 Satz 1, Satz 2 oder Satz 4 bis 6 über Packungen im Handel oder den Stückverkauf zuwiderhandelt,</li> <li>4. entgegen § 26 Absatz 1 den Packungspreis oder den Kleinverkaufspreis unterschreitet, Rabatt oder eine Rückvergütung gewährt, Gegenstände zugibt oder die Abgabe mit dem Verkauf anderer Gegenstände koppelt oder</li> <li>5. entgegen § 29 Tabakwaren gewerbsmäßig</li> </ol> | <p>non li distribuisce o li distribuisce fuori tempo,</p> <p>4. non notifica le attività descritte dal § 33, co. 2 o non riesce a farlo in tempo.</p> <p>(2) Commette un illecito amministrativo di cui al § 381, co. 1, n. 2 della legge tributaria, chiunque con dolo o colpa grave</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. in violazione del § 16, co. 1 trasferisce i tabacchi nel libero mercato,</li> <li>2. in violazione del § 24 co. 1, cpv. 1 o 2 impacchetta erroneamente i pacchetti di sigarette,</li> <li>3. viola una disposizione di cui al § 25, cpv. 1, 2 o 4 a 5 sull'impacchettamento nel commercio o nella vendita dei singoli pezzi,</li> <li>4. determina il prezzo dei pacchetti o dei singoli pezzi al di sotto di quanto previsto dal § 26, co. 1, concede sconti o rimborsi, aggiunge altri beni o abbina le tasse con l'acquisto di altri beni</li> <li>5. viola con professionalità il § 29.</li> </ol> <p>(3) Commette un illecito</p> |
|--|--|

|  |  |
|--|--|
| <p>ausspielt.</p> <p>(3) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig entgegen § 30 Absatz 2 ein Gerät anbietet oder bereitstellt.</p> <p>(4) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 3 mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.</p>   | <p>amministrativo, chiunque con dolo o colpa lieve offre o prepara l'attrezzatura specifica in violazione del § 30, co. 2.</p> <p>(4) L'illecito amministrativo di cui al comma 3 può essere punito con una ammenda fino a 25.000 euro.</p>  |
| <p><b>§ 37 Schwarzhandel mit Zigaretten.</b></p> <p>(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig Zigaretten in Verpackungen erwirbt, an denen ein gültiges Steuerzeichen nicht angebracht ist, soweit der einzelnen Tat nicht mehr als 1 000 Zigaretten zugrunde liegen. Die §§ 369 bis 374 der Abgabenordnung finden keine Anwendung.</p> <p>(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.</p> <p>(3) Zigaretten, auf die sich eine Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 bezieht, können eingezogen werden. § 23 des</p> | <p><b>§ 37 Commercio illecito di sigarette</b></p> <p>(1) Commette illecito amministrativo, chi con dolo o colpa acquista pacchetti di sigarette, nei quali non è apposto alcun segno fiscale, allorché non riguardi più di 1.000 sigarette. I § 369 a 374 AO non si applicano.</p> <p>(2) L'illecito amministrativo può essere punito con una ammenda.</p> <p>(3) Le sigarette, che sono oggetto dell'illecito di cui al comma 1, possono essere confiscate. Si applica il § 23 della legge sugli illeciti amministrativi.</p> <p>(4) La autorità</p> |

|  |   |
|--|---|
| <p>Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist anzuwenden.</p> <p>(4) Verwaltungsbehörde im Sinn des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist das Hauptzollamt.</p> <p>(5) Die Befugnis nach § 56 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten steht auch Beamten des Polizeidienstes und den hierzu ermächtigten Beamten des Zollfahndungsdienstes zu, die eine Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 entdecken oder im ersten Zugriff verfolgen und sich ausweisen.</p> | <p>amministrativa competente, ai sensi del § 36, co. 1, n. 1 della legge sugli illeciti amministrativi, è l’Agenzia delle Dogane.</p> <p>(5) Le facoltà di cui al § 56 della legge sugli illeciti amministrativi spettano anche ai funzionari degli uffici di polizia ed anche i funzionari della polizia di controllo delle dogane, che scoprono un illecito di cui al comma 1 o che comunque fin da subito perseguono ed identificano l’illecito.</p> |
|--|---|

| <i>AO</i>  | <i>AO</i>  |
|--|--|
| <p><b>§ 373 Gewermäßiger, gewaltsamer und bandenmäßiger Schmuggel.</b></p> <p>(1) Wer gewerbsmäßig Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben hinterzieht oder gewerbsmäßig durch Zuwiderhandlungen gegen Monopolvorschriften Bannbruch begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs</p> | <p><b>§ 373 Contrabbando professionale, con violenza o con un gruppo criminale organizzato</b></p> <p>(1) Chiunque evade con professionalità le tasse sulle importazioni ed esportazioni o commette contrabbando di attraverso una violazione delle disposizioni sui</p> |

Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

(2) Ebenso wird bestraft, wer

1. eine Hinterziehung von Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben oder einen Bannbruch begeht, bei denen er oder ein anderer Beteiligter eine Schusswaffe bei sich führt,

2. eine Hinterziehung von Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben oder einen Bannbruch begeht, bei denen er oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder

3. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung der Hinterziehung von Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben oder des Bannbruchs verbunden hat, eine solche Tat begeht.

(3) Der Versuch ist strafbar.

Monopoli, è punito con la pena detentiva da sei mesi a dieci anni. Nei casi di minore gravità la pena è della reclusione fino a cinque anni o la multa.

(2) Allo stesso modo, è punito chiunque

1. commetta una evasione delle tasse sulle importazioni ed esportazioni o contrabbando (§ 372) e porti con sé o la porti un compartecipe un'arma da fuoco,

2. commette una evasione delle tasse sulle importazioni ed esportazioni e porti con sé o la porti un altro compartecipe un'altra arma o comunque un attrezzo o un mezzo con il quale impedisca o vinca la resistenza di un altro attraverso la violenza o la minaccia, ovvero

3. commette il fatto come membro di un gruppo criminale, che è dedito in modo continuativo alla evasione delle tasse sulle importazioni ed esportazioni

|   |  |
|---|--|
| <p>(4) § 370 Abs. 6 Satz 1 und Abs. 7 gilt entsprechend.</p>  | <p>o il contrabbando (§ 372).<br/> (3) Il tentativo è punibile.<br/> (4) Si applica il § 370, comma 6, cpv. 1 e comma 7.</p>   |
| <p><b>§ 374 Steuerhehlerei.</b><br/> (1) Wer Erzeugnisse oder Waren, hinsichtlich deren Verbrauchsteuern oder Einfuhr- und Ausfuhrabgaben nach Artikel 5 Nummer 20 und 21 des Zollkodex der Union hinterzogen oder Bannbruch nach § 372 Abs. 2, § 373 begangen worden ist, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder abzusetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.<br/> (2) Handelt der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach Absatz 1 verbunden hat, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. In minder schweren Fällen ist die</p> | <p><b>§ 374 Ricettazione di merce contrabbandata.</b><br/> (1) Chiunque compra o comunque ottiene per sé o per altri, vende o aiuta a vendere merci o prodotti, in merito ai quali è stata evasa la imposta sui consumi o le tasse sulle importazioni e le esportazioni o è stata commessa una violazione sul commercio di cui al § 372, co. 2 e § 373, al fine di un arricchimento proprio o di terzi, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con una multa.<br/> (2) Qualora l'autore agisca con professionalità o come membro di un gruppo criminale, che è in modo continuato dedito alla commissione de reati di cui al comma 1, la pena detentiva è da sei mesi a dieci anni. Nei casi di minore gravità, la pena</p> |

|  |   |
|--|---|
| <p>Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.<br/> (3) Der Versuch ist strafbar.<br/> (4) § 370 Absatz 6 und 7 gilt entsprechend.</p>  | <p>detentiva è fino a cinque anni o la multa.<br/> (3) Il tentativo è punibile.<br/> (4) Il § 370, comma 6, cpv. 1 e comma 7 si applicano di conseguenza.</p>   |
| <p><b>§ 372 Bannbruch.</b><br/> 1) Bannbruch begeht, wer Gegenstände entgegen einem Verbot einführt, ausführt oder durchführt.<br/> (2) Der Täter wird nach § 370 Absatz 1, 2 bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften als Zuwiderhandlung gegen ein Einfuhr-, Ausfuhr- oder Durchfuhrverbot mit Strafe oder mit Geldbuße bedroht ist.</p> | <p><b>§ 372 Contrabbando per l'ingresso, l'esportazione ed il transito di beni.</b><br/> (1) Commette contrabbando, chiunque introduce, esporta o fa transitare beni contro un divieto.<br/> (2) È punito ai sensi del § 370, co. 1 e 2, chi commette il fatto e questo non è punito con una sanzione penale o una ammenda in altre disposizioni che vietano l'ingresso, l'esportazione ed il transito.</p> |
| <p><b>§ 370 Steuerhinterziehung</b><br/> (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer<br/> 1. den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen</p>   | <p><b>§ 370 Evasione fiscale.</b><br/> (1) È punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con una multa chiunque<br/> 1. fornisca informazioni errate o incomplete alle autorità fiscali o ad altre</p>  |

|   |   |
|---|---|
| <p>unrichtige oder unvollständige Angaben macht,</p> <p>2. die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder</p> <p>3. pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern unterlässt und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt.</p> <p>(2) Der Versuch ist strafbar.</p> <p>(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter [...]</p> | <p>autorità in merito a fatti fiscali significativi,</p> <p>2. induce in errore le autorità fiscali in violazione al dovere di dichiarazione su fatti ovvero</p> <p>3. Si astiene volontariamente dall'uso di marche da bollo o di marche da bollo</p> <p>e attraverso tali condotte riduce le imposte o ottiene vantaggi fiscali ingiustificati per sé o per un'altra persona.</p> <p>(2) Il tentativo è punibile.</p> <p>(3) Nei casi più gravi la pena detentiva è da sei mesi a dieci anni. Un caso grave sussiste di regola qualora l'autore [...]</p> |
|---|---|





*Parte V*

*La repressione della criminalità  
organizzata in Germania:  
recenti sviluppi sostanziali e processuali*

*Till Bettels\**

SOMMARIO: 1. La repressione della criminalità organizzata nel diritto penale tedesco. 1.1. Le qualificazioni e aggravanti per la commissione dei reati come membro di una banda o a scopo commerciale. 1.2. La nozione di banda. 1.3. La nozione di commissione del reato a scopo commerciale. 1.4. L'associazione a delinquere secondo l'art. 129 del codice penale tedesco. 1.5. Conclusione. 2. La nuova forma di "confisca autonoma" nel diritto penale tedesco. 2.1. La fattispecie dell'art. 76a co. 4 del codice penale tedesco. 2.2. La fattispecie dell'art. 437 dell'ordinamento di procedura penale tedesco. 2.3. Conclusione.

1. *La repressione della criminalità organizzata nel diritto penale tedesco*

1.1. *Le qualificazioni e aggravanti per la commissione dei reati come membro di una banda o a scopo commerciale*

In Germania non esiste una incriminazione come l'art. 416-bis del codice penale italiano<sup>152</sup>. La repressione della criminalità organizzata è affidata principalmente a fattispecie autonome più gravi (qualificazioni) e circostanze aggravanti per la commissione dei reati, per esempio per la commissione come membro di una banda o a scopo commerciale (*Banden- und Gewerbsmäßigkeit*).

Praticamente tutte le norme penali che riguardano condotte potenzialmente eseguite in maniera organizzata contengono qualificazioni o aggravanti di tale tipo.

In tutto il codice penale e nelle altre leggi penali si trovano ormai più di 30 norme che contengono la fattispecie della banda e più di 20 norme che contengono la fattispecie della commissione a scopo commerciale.<sup>153</sup> La maggior parte di

\* Dottore di ricerca nella Albert-Ludwigs-Universität di Freiburg im Br. e magistrato presso il Tribunale di Freiburg im Br., Germania.

<sup>152</sup> Cfr., in generale, BVerfG NJW 2004, 2073, 2079; KINZIG, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, Duncker & Humblot, 2004, p. 171ss., 205ss.; BETTELS, Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens, Nomos 2016, p. 95ss.

<sup>153</sup> KINZIG, op. cit., p. 181ss.; FLEMMING/REINBACHER, “Die unausgeführte Bande”- Zur Vorfeldstrafbarkeit bei Bandendelikten, *NStZ* 2013, p. 136s.; ARNOLD, Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und in anderen europäischen Staaten, p. 136, in: MILITELLO/ARNOLD/PAOLI (Ed.), Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen, Erscheinungsformen, Prävention und Repression in Italien, Deutschland und Spanien, Freiburg im Breisgau 2000;

queste fattispecie sono state introdotte negli ultimi 30 anni e in quasi tutti i casi il motivo esplicito del legislatore è stato di combattere fenomeni di criminalità organizzata connessi con tali reati.<sup>154</sup>

Per esempio, l'art. 30 della legge in materia di stupefacenti tedesca (*Betäubungsmittelgesetz*) prevede una qualificazione per chi coltiva, produce o vende stupefacenti come membro di una banda o a scopo commerciale o per chi li importa.<sup>155</sup> Per tali modi di commissione del reato l'art. 30 prevede come minimo una pena detentiva di due anni, mentre la pena minima prevista senza tali qualificazioni è una pena pecuniaria.

L'art. 30a della legge in materia di stupefacenti prevede addirittura un minimo di cinque anni e un massimo di 15 anni di pena detentiva per chi, sempre come membro di una banda, coltiva, produce, vende o importa stupefacenti in quantità elevate.

Allo stesso modo vengono puniti il traffico o l'introduzione clandestina di migranti in modo organizzato: l'art. 96 della legge in materia di soggiorno (*Aufenthaltsgesetz*) prevede un aumento notevole di pena per chi commette i reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina come membro di una banda o a scopo commerciale.<sup>156</sup>

Anche per il contrabbando di merci, per esempio di sigarette, gli articoli 370 e seguenti del regolamento fiscale tedesco (*Abgabenordnung*) prevedono aumenti notevoli di

DESSECKER, Zur Konkretisierung des Bandenbegriffs im Strafrecht, *NStZ* 2009, p. 184.

<sup>154</sup> Cfr. Bundestags-Drucksache 12/989, p. 21ss.; Bundestags-Drucksache 12/6853, p. 27; Bundestags-Drucksache 13/8587, p. 42 e Bundestags-Drucksache 16/ 5846, p. 75.

<sup>155</sup> PATZAK in *Körner, Harald Hans/Patzak, JÖRN/VOLKMER, Mathias* (Ed.), *Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, Grundstoffüberwachungsgesetz*, 9. Ed. 2019, § 30, Rn. 30ss.

<sup>156</sup> GERICKE in *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. ed. 2019, § 96 Rn. 29 ss.

pena per chi agisce come membro di una banda o a scopo commerciale.<sup>157</sup>

Le fattispecie di banda o della commissione a scopo commerciale esistono inoltre per i reati di furto, rapina, estorsione, truffa, falso, ricettazione, riciclaggio, tratta di persone a scopo di sfruttamento sessuale e per tanti altri reati di norma considerati come settori di attività della criminalità organizzata.

*1.2. Le qualificazioni e aggravanti per la commissione dei reati come membro di una banda o a scopo commerciale*

Secondo la giurisprudenza consolidata la banda si definisce come un gruppo di minimo tre persone che si è formato con l'intenzione di commettere in futuro per un certo periodo di tempo un numero indefinito di reati del tipo in questione. La definizione richiede quindi solo un basso livello di volontà comune dei membri della banda e solo un inferiore grado di struttura organizzativa.

Il concetto della banda secondo la legislazione tedesca è quindi molto più vasto del concetto dell'associazione di tipo mafioso nel di-ritto italiano. La banda tedesca comprende anche fenomeni criminali molto meno organizzati, si pensi per esempio a un gruppo di minorenni che si sono riuniti in gruppo per commettere insieme una serie di taccheggi.

*1.2.La nozione di commissione del reato a scopo commerciale*

Il concetto della commissione di un reato a scopo commerciale è pure molto vasto e comprende anch'esso fenomeni criminali che non coincidono con il fenomeno della

<sup>157</sup> SCHMITZ/WULF in Münchener Kommentar zum StGB, 3. ed. 2019, Rn. 529 ss.

criminalità organizzata. Secondo la definizione della giurisprudenza tedesca consolidata, un reato è commesso a scopo commerciale se l'autore agisce con l'intenzione di crearsi, tramite la ripetuta commissione del tipo di reato in questione, una fonte di reddito non meramente momentanea e non trascurabile. Può bastare quindi la dimostrabilità di un unico reato, se è possibile dedurre dalle circostanze del reato la volontà di una ripetuta commissione di reati del tipo in oggetto.

L'esempio di un taccheggiatore abituale dimostra quanto, anche in questo caso, sia bassa la soglia definitoria che in Germania viene comunemente applicata per colpire anche i fenomeni più gravi di criminalità organizzata.

### *1.3. L'associazione a delinquere secondo l'art. 129 del codice penale tedesco*

Invero deve essere menzionato che anche nel diritto penale tedesco esiste il concetto dell'associazione a delinquere. L'art. 129 del codice penale tedesco punisce, similmente all'art. 416 del codice penale italiano, la fondazione di tali associazioni e la partecipazione ad esse. Tuttavia, perlomeno nel passato, l'art. 129 del codice penale tedesco non veniva quasi mai applicato per l'incriminazione dei fenomeni di criminalità organizzata.

Tecnicamente questo risultava soprattutto dal fatto che da sempre la giurisprudenza tedesca presupponeva per questo reato la sussistenza di un forte elemento di volontà e di organizzazione come caratteristica del processo decisionale dell'associazione. L'associazione a delinquere secondo l'art. 129 richiedeva quindi la dimostrabilità di una cosiddetta "volontà comune", di un'identità comune e di uno scopo comune dei membri dell'associazione, collegata alla subordinazione del membro individuale alla volontà comune. Secondo la giurisprudenza, lo scopo di commettere reati

congiuntamente e ripetutamente non era sufficiente per soddisfare il criterio dello scopo comune. Inoltre, le associazioni di tipo gerarchico venivano escluse dall'ambito dell'art. 129, perché secondo la giurisprudenza consolidata il criterio della volontà comune non veniva soddisfatto. Di conseguenza, l'art. 129 nel passato veniva prevalentemente applicato alle organizzazioni di stampo politico, come per esempio gruppi della sinistra radicale o di neonazisti.

Dal punto di vista pratico la non applicazione dell'art. 129 del codice penale ai fenomeni di criminalità organizzata risulta anche dal fatto che il limite edittale della norma prevede come massimo una pena detentiva di cinque anni. In confronto alle qualificazioni e aggravanti di banda, che prevedono spesso come pena massima la detenzione fino a 15 anni, il suo limite edittale è quindi relativamente basso.

La prevalente funzione pratica dell'art. 129 nell'ambito della criminalità organizzata almeno in passato era, secondo i commentatori, quella di servire come norma di riferimento per l'autorizzazione di strumenti investigativi particolarmente intrusivi, come per esempio le intercettazioni telefoniche. Anche in quest'ambito è tuttavia da rilevare che nell'ordinamento processuale penale tedesco ai cataloghi di reati per cui sono ammessi questi strumenti investigativi sono stati successivamente aggiunti numerosi reati nella variante con le qualificazioni e aggravanti di banda e di commissione a scopo commerciale. Di conseguenza anche dal punto di vista delle indagini la rilevanza pratica dell'art. 129 del codice penale nell'ambito della criminalità organizzata è relativamente scarsa.

Nel 2017, per adempiere agli obblighi derivanti dalla Decisione quadro 841 del 2008 dell'Unione Europea relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, l'art. 129 è stato modificato. Obiettivo della riforma è stato espressamente di aumentare la rilevanza pratica dell'art. 129 del codice penale nell'ambito della criminalità organizzata. Sulla scorta dell'art.

1 co. 1 della Decisione quadro 841 nel co. 2 dell'art. 129 codice penale è stata introdotta una definizione legale di associazione criminale.

Tale definizione incorpora la formulazione dell'art. 1 co. 2 della Decisione quadro 841, secondo la quale l'associazione non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, né una continuità nella composizione o una struttura articolata.

Questa definizione dovrebbe, secondo l'intenzione esplicita del legislatore, attenuare il requisito rigoroso della cosiddetta "volontà comune", la cui soddisfazione la giurisprudenza tedesca aveva finora richiesto per l'art. 129 del codice penale. Secondo le parole dell'ex ministro degli interni Thomas de Maizière questa riforma dovrebbe colmare la lacuna legislativa che fino a quel momento in Germania impediva di punire il fare parte di una associazione mafiosa.

Se la riforma del 2017 porterà davvero ad una applicazione più frequente dell'art. 129 nel campo della criminalità organizzata è ancora da vedere. Spetterà per esempio alla giurisprudenza decidere se può bastare come "obiettivo superiore comune" dell'associazione il mero obiettivo di lucro o se, attraverso un'interpretazione restrittiva, verranno stabiliti altri requisiti per questo criterio. È da presumere che la giurisprudenza svilupperà nuovi criteri per mantenere una delimitazione tra le fattispecie di banda e l'associazione a delinquere.

Finora è comunque da constatare che la modifica dell'art. 129 non ha portato a un'applicazione più frequente della norma nell'ambito della criminalità organizzata.

#### *1.4. Conclusione*

In conclusione, è da sottolineare che la repressione della criminalità organizzata in Germania si basa prevalentemente sull'applicazione delle norme penali generali in combinazione



con le qualificazioni e aggravanti di banda e di commissione a scopo commerciale. La rilevanza della fattispecie dell'associazione a delinquere in quest'ambito è stata finora marginale. Una norma come l'art. 416-bis del codice penale italiano è completamente assente dall'ordinamento tedesco.

Queste differenze legali tra la Germania e l'Italia si spiegano in parte attraverso le differenti caratteristiche della criminalità organizzata nei due paesi. Potenti ed elaborate organizzazioni criminali come la Cosa Nostra, la N'drangheta e la Camorra si presentano raramente in Germania. Invece i fenomeni di criminalità organizzata in Germania vengono prevalentemente descritti come reti sconnesse con basso grado di organizzazione. Per questi fenomeni il concetto legale della banda sembra più adeguato. Tenendo presente il più basso livello di minaccia proveniente da questi fenomeni sembra anche coerente col principio dell'ultima *ratio* reagire con un minor livello di anticipazione dell'intervento penale rispetto ai reati associativi in Italia.

È da constatare, però, che le indagini sulla struttura organizzativa, che da tanti esperti vengono viste come elementi chiave per una repressione efficace della criminalità organizzata, in Germania non trovano una corrispondenza nel diritto sostanziale. In Italia invece questa corrispondenza esiste grazie all'art. 416-bis e ai vari reati di associazione.

Perciò in Germania lo scopo dominante delle inchieste penali in questo campo rimane spesso la possibilità di provare il singolo atto, come per esempio l'importazione di una quantità elevata di stupefacenti, e non il ruolo dell'indagato nel gruppo criminale. Questo fatto porta con sé il rischio strutturale di concentrarsi sugli agenti immediati dei reati e di perdere di vista le strutture e i dirigenti dei gruppi criminali.

## 2. *La nuova forma di “confisca autonoma” nel diritto penale tedesco*

### 2.1. *La nuova fattispecie dell’art. 76a co. 4 del codice penale tedesco*

La cosiddetta confisca autonoma (*Selbstständige Einziehung*) si trova nel comma 4 dell'art. 76a del codice penale tedesco ed è stata modificata notevolmente nel 2017. Lo scopo espresso di questa modifica è stato di aumentare le possibilità di confiscare beni derivanti da reati commessi dalla criminalità organizzata.<sup>158</sup>

La confisca autonoma secondo il comma 4 dell'art. 76a del codice penale tedesco può essere disposta dal giudice penale, quando egli è convinto dell’origine illecita di un bene sequestrato in un procedimento penale. La novità fondamentale della modifica è che la confisca autonoma è ormai applicabile anche nei casi in cui non si può esercitare l’azione penale o ottenere una condanna per un reato contro l’indiziato.<sup>159</sup> Per limitare l’ambito applicativo di questa norma particolarmente intrusiva, la confisca autonoma può essere disposta solo se il bene è stato sequestrato in un procedimento penale per uno dei reati previsti nello stesso comma 4 dell'art. 76a del codice penale tedesco. Questo catalogo di reati comprende circa 25 reati gravi, comunemente considerati come settori di attività della criminalità organizzata.<sup>160</sup>

Nel catalogo si trovano inoltre reati in materia di stupefacenti, di soggiorno, di armi e in materia fiscale sempre

<sup>158</sup> Bundestags-Drucksache 18/9525, p. 3; 73.

<sup>159</sup> ESER/SCHUSTER in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (ed.), op. cit., § 76a Rn. 15-16; *Heger* in *Lackner/Kühl*, StGB, 29. ed. 2018, Rn. 6ss. e KÖHLER/BURKHARD, Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 2/2, NStZ 2017, p. 671ss.

<sup>160</sup> Cfr. Art. 76a comma 4 numeri 1-8 del codice penale tedesco.

nella variante qualificati o aggravati, cioè se commessi come membro di una banda o a scopo commerciale. Inoltre dal codice penale sono state integrate le varianti qualificanti o aggravanti dei reati di tratta di persone a scopo di sfruttamento sessuale, di riciclaggio e di associazione a delinquere e con finalità di terrorismo.

Il criterio chiave della norma, cioè la convinzione del giudice dell'origine illecita del bene, è molto contestato.<sup>161</sup> Il contenuto di questo criterio richiede un chiarimento soprattutto se si tiene presente che la norma si applica nei casi in cui non è stato possibile dimostrare che l'indagato ha commesso un reato.

È significativo a questo riguardo che la motivazione della legge stessa parla di “beni derivanti da reato *di origine incerta*”. Questa formulazione dimostra la dialettica tra il fatto di non conoscere l'origine concreta del bene e la convinzione che il bene sia di origine illecita.

Secondo i materiali preparatori della legge e i primi commenti ad essa, si può quantomeno ritenere che per raggiungere il convincimento dell'origine illecita non deve essere accertato un concreto reato all'origine del provento.<sup>162</sup> Neppure è necessario che il bene derivi dal reato per cui è stato disposto il sequestro o da un altro reato enumerato nel già menzionato catalogo del comma 4 dell'art. 76a codice penale. Inoltre, viene ritenuto irrilevante se il reato di origine incerta sia stato commesso dall'indagato o da un altro individuo

<sup>161</sup> ESER/SCHUSTER in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (ed.), op. cit., § 76a Rn. 12ss.; HINDERER/BLECHSCHMITT, Die “erweiterte selbständige Einziehung“ nach § 76a Abs. 4 StGB i.V.m. § 437 StPO, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* 2018, p. 179ss.; MEIBNER/SCHÜTRUMPF, *Vermögensabschöpfung*, 1. ed 2018, Rn. 81ss.; TRÜG, *Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, *NJW* 2017, p. 1915s.

<sup>162</sup> Bundestags-Drucksache 18/9525, p. 73; ESER/SCHUSTER in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (ed.), op. cit., § 76a, Rn. 14.

sconosciuto. In altre parole, il bene da confiscare può derivare da un reato qualsiasi commesso da chiunque.

Questo largo margine di applicazione viene limitato però dal fatto che la dottrina predominante ritiene che il giudice deve essere pienamente convinto dell'origine illecita del bene da confiscare.<sup>163</sup> Questa posizione trova appoggio nella giurisprudenza restrittiva del *Bundesgerichtshof* relativa alla vecchia normativa in tema di confisca allargata (*Erweiterte Einziehung*), di cui all'ex art. 73d del codice penale tedesco,<sup>164</sup> il cui ambito applicativo è stato ridotto notevolmente. In una interpretazione costituzionalmente orientata, il *Bundesgerichtshof* ha limitato il raggio del criterio “se le circostanze giustificano l'assunzione di una provenienza illecita” ai casi in cui “non sussiste nessun dubbio sulla provenienza illecita dei beni”.<sup>165</sup> In questo contesto c'è da presumere che il *Bundesgerichtshof* sarà altrettanto rigoroso nel determinare lo standard probatorio della nuova forma di confisca autonoma.

## 2.2. *La fattispecie dell'art. 437 dell'ordinamento di procedura penale tedesco*

Un aspetto innovativo rispetto allo standard probatorio della nuova forma di confisca è contenuto nell'art. 437 dell'ordinamento di procedura penale tedesco. Anche questa norma è stata introdotta nella riforma del 2017 e porta il titolo “regole speciali per la procedura di confisca autonoma” (*Besondere Regelungen für das selbständige Einziehungsverfahren*). Nella prima frase stabilisce che: “il

<sup>163</sup> ESER/SCHUSTER in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (ed.), op. cit., § 76a Rn. 14 e *Scheinfeld/Langlitz*, Münchener Kommentar zur StPO, 1. ed. 2019 Rn. 16 con altri riferimenti.

<sup>164</sup> Cfr. JOECKS in Münchener Kommentar zum StGB, 3. ed. 2016, § 73d Rn. 1ss.

<sup>165</sup> Cfr. BGHSt 40, 371ss. = BGH NJW 1995, p. 470 ss.

tribunale può basare la sua convinzione della provenienza illecita del bene in particolare sulla crassa sproporzione (*grobes Missverhältnis*) tra il valore del bene e i proventi leciti dell'indirizzato”.

Con tale provvedimento è stato implementato per la prima volta nell'ordinamento tedesco l'approccio di sproporzione, conosciuto e applicato in Italia già da tanti anni soprattutto nel contesto delle misure di prevenzione patrimoniali. Infatti nella motivazione legislativa vengono esplicitamente nominati i modelli anglosassoni e il modello italiano di “*non-conviction-based-confiscation*” come modelli di riferimento per la nuova normativa. In questo contesto il legislatore tedesco ha anche sottolineato che a suo avviso la nuova forma di confisca non sarebbe uno strumento sanzionatorio perché avrebbe un carattere meramente ripristinatorio.

La dottrina tedesca, che in via predominante non condivide questa classificazione, ha criticato anche la funzione e lo scopo dell'art. 437 dell'ordinamento di procedura penale. Secondo tanti commentatori la normativa è priva di valore autonomo e può solo essere interpretata come indicazione applicativa per l'art. 76a co. 4 del codice penale. Un'interpretazione nel senso di una riduzione o addirittura un'inversione dell'onere della prova sarebbe una violazione dei principi fondamentali del diritto penale tedesco. Inoltre, non troverebbe appoggio sufficiente nel testo normativo, sebbene la motivazione legislativa suggerisca una tale interpretazione.

L'art. 437 potrebbe bensì essere interpretato nel senso di una presunzione *iuris tantum* di origine illecita non scritta, come hanno dichiarato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana a proposito dell'art. 12-sexies del Decreto Legislativo numero 306 del 1992.

Nel contesto giuridico tedesco una tale interpretazione sembrerebbe però inammissibile a causa della rigorosa giurisprudenza costituzionale riguardante il principio di determinatezza (*Bestimmtheitsgebot*). È da ricordare a questo

proposito che nel 2002 il Tribunale Costituzionale Federale (*Bundesverfassungsgericht*) ha dichiarato incostituzionale la cosiddetta *Vermögensstrafe* per violazione di questo principio.

Inoltre, un'interpretazione nel senso di una presunzione *iuris tantum* di origine illecita creerebbe gravi frizioni con il principio del libero convincimento del giudice (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*), codificato nell'art. 261 dell'ordinamento di procedura penale tedesco.

Si può quindi ritenere che il criterio della crassa sproporzione secondo l'art. 437 è da interpretare come un singolo motivo, sebbene importante, per ottenere la convinzione dell'origine illecita di un bene. L'accertamento di una crassa sproporzione non esime però il giudice dall'effettuare un'ampia valutazione dei fatti e delle prove per fondare la sua decisione di confisca. Innanzitutto, la sua motivazione deve essere in grado di escludere ogni ipotesi alternativa ragionevole di un'acquisizione legale del bene, come per esempio la donazione, l'eredità o la derivazione da un'attività legale anche se non dichiarata al fisco.

### 2.3. *Conclusioni*

In prima linea, è da constatare che la descritta estensione della confisca autonoma nell'ordinamento penale tedesco persegue uno scopo politico-criminale importante e utile: cioè l'idea di rendere più efficace la confisca degli immensi profitti che le diverse forme di criminalità organizzata accumulano con le loro attività illecite. È da sottolineare a questo proposito che, secondo tanti esperti, la Germania costituisce ormai una sede importante per il riciclaggio anche transnazionale e che il mercato interno europeo ha creato nuovi campi d'attività per la criminalità organizzata anche in Germania.

A proposito della attività transnazionali della criminalità organizzata è da rilevare che la nuova norma potrebbe anche aiutare ad ampliare la cooperazione giudiziaria in materia di

confisca, in specie tra la Germania e l'Italia. Nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniali finora non esiste una prassi di aiuto giudiziario tra la Germania e l'Italia soprattutto perché fino a poco tempo fa l'ordinamento tedesco era privo di un istituto corrispondente a quello italiano. Grazie alla similitudine strutturale tra le misure di prevenzione patrimoniali italiane e il nuovo istituto di confisca in Germania questo impedimento ha cessato di esistere.

Circa la formazione concreta della nuova forma di confisca autonoma è da rilevare che l'istituto contiene numerose incongruenze e indeterminatezze. Al momento attuale non è ancora prevedibile se la norma verrà applicata in modo frequente in futuro e se quindi potrà svilupparsi in uno strumento efficace per combattere l'accumulazione di guadagni illeciti dalla criminalità organizzata. Di sicuro la norma incontrerà delle difficoltà dal punto di vista applicativo e interpretativo. Considerando che la norma tocca questioni costituzionali e questioni fondamentali dell'ordinamento penale è da presumere che in futuro spetterà alla giurisprudenza, forse anche costituzionale decidere sui dettagli dell'applicazione della norma.





## BIBLIOGRAFIA

*Il codice penale tedesco*, con Introduzione di H. JESCHECK, e le traduzioni di G. DE SIMONE, L. FOFFANI, G. FORNASARI, M. SFORZI, Cedam, Padova, 1994;

ARNOLD, J., „Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und in anderen europäischen Staaten“, in MILITELLO/ARNOLD/PAOLI (Ed.), *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen, Erscheinungsformen, Prävention und Repression in Italien, Deutschland und Spanien*, Freiburg im Breisgau, 2000 p. 136;

BETTELS, T., *Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung Organisierter Kriminalität am Beispiel Italiens*, Nomos 2016;

BÖSE, M. (2007), “Das Einschleusen von Ausländern: Teilnahme an Bagatellunrecht oder in hohem Maße sozialschädliches Verhalten?”, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116(3), 680-702;

BÖSE, M. (2014), “Strafbarkeit juristischer Personen selbstverständlichkeit oder Paradigmwechsel im Strafrecht”, in *ZSTW*, 132-165;

CANNAWURF, S. (2007) *Die Beteiligung im Ausländerstrafrecht*, Duncker&Humblot, Berlino, 2007;

CANTZLER, C. (2004), *Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit*, Shaker Verlag;

DESSECKER, A., „Zur Konkretisierung des Bandenbegriffs im Strafrecht“, in *NStZ*, 2009, p. 184 ss.;

DÖLLING, D., DUTTGE, G., RÖSSNER, D. (cur.) (2017), *Gesamtes Strafrecht, StGB - StPO - Nebengesetze, Handkommentar*, 4. Ed., Nomos;

- ESSER, R e al. (2017), *Wirtschaftsrafrecht: Kommentar mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht*, 1. Ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln;
- FISCHER, T. (2018), *Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen*, 65. Ed., 2018, C.H. Beck;
- FLEMMING, S., REINBACHER, T., “Die unausgeführte Bande”- Zur Vorfeldstrafbarkeit bei Bandendelikten, in *NStZ* 2013, p. 136 ss.;
- FLORE, I., TSAMBIKAKIS, M. (cur.) (2016), *Steuerstrafrecht, Kommentar*, 2. Ed., Carl Heymans;
- FORNARI, L. (1997), *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova;
- FRITZ, R., VORMEIER, J. (2017), *Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz (GK- AufenthG)*, Luchterhand;
- GEISLER, C. (2001), “Bekämpfung der Schleuserkriminalität”, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 171;
- HINDERER, P., BLECHSCHMITT, L. „Die “erweiterte selbständige Einziehung“ nach § 76a Abs. 4 StGB i.V.m. § 437 stopp“, in *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 2018, p. 179 ss.;
- HOFMANN, M. (cur.) (2016), *Ausländerrecht*, 2. Ed., Nomos;
- HUBER, B. (2010), *Aufenthaltsgesetz: AufenthG, Freizügigkeitsgesetz/EU, ARB 1/80 und §§ 2-4 AsylG*, C.H. Beck;
- JOECKS, W., JÄGER C. (2018), *Strafgesetzbuch: StGB, Studienkommentar*, 12. Ed., C.H. Beck;
- KINDHÄUSER, U., NEUMANN, U., PAEFFGEN, H.U. (cur.), *Strafgesetzbuch*, 5. Ed., 2017, Nomos;

KINZIG, J., *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Duncker & Humblot, 2004;

KLUTH, W., HEUSCH A. (2016), *Ausländerrecht, AufenthG, AsylG, FreizügG/EU, ARB 1/80, AEUV, EMRK, Kommentar*, C.H. Beck;

KÖHLER, M. (2017), *Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, Parte I e II, in *NStZ*, 2017, 497 ss. e 665 ss.;

KÖNIG, P. (2002) “Kann einem omnimodo facturus Beihilfe geleistet werden”, in *NJW*, 1623;

KÖRNER, H.H., PATZAK, J., VOLKMER, M. (2016), *Betäubungsmittelgesetz: BtMG, Arzneimittelgesetz, Grundstoffüberwachungsgesetz*, 9. Ed., 2019, C.H. Beck;

KÖRNER, H.H., PATZAK, J., WOLKMER, M. (2016), *Betäubungsmittelgesetz*, C.H. Beck, München, 8. Ed.;

KÜPER, W. (2008), *Strafrecht. Bes. Teil*, Heidelberg;

LANG, J.M. (2011), *Betäubungsmittelstrafrecht - dogmatische Inkonsistenzen und Verfassungsfriktionen*, Verlag Kovac;

MEIBNER, M., SCHÜTRUMPF, M., *Vermögensabschöpfung*, 1. Ed, C.H. Beck, 2018.;

MIEBLACH, K., JOECKS, W. (cur.) (2018), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C.H. Beck;

OGLAKCIOGLU, M. T. (2013); *Der Allgemeine Teil des Beutäubungsmittelstrafrechts*, Berlin, Duncker&Humblot;

PFAU, M. (2012), *Schleusungskriminalität Eine Analyse des Phänomens und der polizeilichen Interventionsstrategien*, I Ed., Tectum;

SAVONA, E. (2015), *Dai mercati illeciti all'economia legale: il portafoglio della criminalità organizzata in Europa*.

*Rapporto finale del progetto OCP – Organised crime Portfolio;*

SCHNÜRER, B. (2015), *Das Gesamtgeschäft beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln*, Dunker&Humblot, Berlin;

SCHOTT, T. (2007), *Einschleusen von Ausländern*, Verlag für Polizeiwissenschaft, Frankfurt;

SCHRÖDER, F. C. (2005), “Das 37. Strafrechtsänderungsgesetz: Neue Vorschriften zur Bekämpfung des “Menschenhandels””, in *NJW*, 1393 s.;

SCHRÖDER, F. C. (1998), “Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998”, in *JZ*, 1999, 827 s.;

SINN, A. (2018), *Wirtschaftsmacht Organisierte Kriminalität. Illegale Märkte und illegaler Handel*, Springer;

STEINBRENNER, C. (2005), *Zur Verurteilungspraxis deutscher Gerichte auf dem Gebiet der Schleuserkriminalität*, Kriminologische Zentralstelle;

TRÜG, G., „Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“, in *NJW*, 2017, p. 1915s

WAMERS, P., FEHN, B. J. (2011), *Handbuch Zollfahndung*, Otto, Schimdt (Verlag);

WEBER, K. (2017), *Betäubungsmittelgesetz: BtMG, Arzneimittelgesetz, Anti-Doping-Gesetz, Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz. Kommentar*, 5. Ed., C.H. Beck;

WIEDEMANN, J. (2013), “Steuerschuldnerchaft und strarechtliche Verantwortlichkeit Vernringung von tabakwaren”, in *wistra*, 11/2013, 422;

WIEDEMANN, J. (2012), “Tabaksteuerstrafrecht”, *Parte I*, in *wistra*, n. 1, 1;

WIEDEMANN, J. (2012), “Tabaksteuerstrafrecht”, *Parte II*, in *wistra*, n. 2, 49;

WINKELMANN, H. (2018), *Ausländerrecht Kommentar*, in BERGMANN/DIENELT, *AufenthG*, 12° Ed., C.H. Beck.