



Bulevardi: "Zogu i I-rë", Tiranë, Shqipëri (Albania) ♦ Tel (+355) 4 2271602

optime@albanianuniversity.edu.al

ISSN 2220-461X



Shtëpia Botuese & Shtypshkronja "Albanian University Press".
Adresa: Bulevardi "Zogu I", Tiranë, Albania
Mobile: +355 (0) 699441011
e-mail: pressalbaniauniversity@gmail.com

OPTIME

Viti i XIII-të i Botimit, Nr.2, Dhjetor 2021 Revistë shkencore e "ALBANIAN UNIVERSITY"



ISSN 2220 - 461X

Viti i XIII-të i Botimit, Nr.2, Dhjetor 2021



OPTIME

Revistë shkencore e "ALBANIAN UNIVERSITY"

TIRANË

ISSN 2220 - 461X

Viti i XIII-të i Botimit, Nr.2, Dhjetor 2021



OPTIME

SPECIAL ISSUE

JEAN MONNET MODULE

EUWEB

Tiranë 2021

EDITOR IN CHIEF

Prof. Dr. Anesti Kondili, Akademik Emeritus

VICE EDITOR IN CHIEF

Prof. Asoc. Dr. Erda Qorri

SCIENTIFIC BOARD

Prof. Dr. Kaliopi Naska
Prof. Dr. Vera Ostreni
Prof. Dr. Pavli Kongo
Prof. Dr. Hamit Boriçi
Prof. Asoc. Dr. Argita Malltezi
Prof. Dr. Alketa Koroshi
Prof. Asoc. Dr. Remzi Sulo
Prof. Asoc. Dr. Manuela Meça
Prof. Asoc. Dr. Aida Dama
Prof. Asoc. Dr. Bedri Kola
Prof. Asoc. Dr. Genta Rexha
Prof. Asoc. Dr. Enkeleda Llukovi
PhD. Ismail Tafani
PhD. Nilena Eriksen
PhD. Xhejni Borshi
PhD. Eglantina Dervishi
Dr. Kleva Shpati
Dr. Elisabeta Kafia
Dr. Doriana Pano
Dr. Laura Shumka Dr. Arta Sakja
Dr. Ndriçim Mehmeti

Prof. Dr. Gjovalin Shkurtaj Akademik Emeritus
Prof. Dr. Ramazan Isufi
Prof. Asoc. Dr. Edit Xhajanka
Prof. Giuseppe Siciliani (Ferrara)
Prof. Giovanni Gravina Manes (Rome)
Prof. Gilberto Sammartino (Naples)
Prof. Antonello Santini (Naples)
Prof. Maria Grazia Cifone (L'Aquila)
Prof. Giuseppe Marzo (L'Aquila)
Prof. Roberto Gatto (L'Aquila)
Prof. Livio Gallottini (Rome)
Prof. Massimo Galli (Rome)
Prof. As. Vincenzo Calderone (Pisa)
Prof. Dr. Alexander Bucur (Bucarest)
Prof. Nevnihal Erdogan (Kocaeli)
Prof. Teresa Russo (Salerno)
Prof. Giovannina Albano (Salerno)
Prof. Giorgio Croatto (Padua)
Prof. Enrico Camillera (Palermo)
Prof. Aldo Schiavello (Palermo)
Prof. Norina Fornea (Iasi)

EDITORIAL

Dr. Gilberta Hadaj

GRAPHIC DESIGN

Kimete Tataveshi

ISSN: 2220-461X

© 2021, Albanian University. ALL RIGHTS RESERVED

SCIENTIFIC PUBLICATION "Albanian University"

Address: Bulevardi Zogu I. tel. +355 4 2271602 e-mail: optime@albanianuniversity.edu.al



PUBLISHING Albanian University Press. Address: Boulevard "Zogu i I", Tirana, Albania Mobile: +355 (0) 699441011

e-mail: pressalbaniauniversity@gmail.com, www.albanianuniversity.edu.al,

KRYEREDAKTOR

Prof. Dr. Anesti Kondili, Akademik Emeritus

ZV. KRYEREDAKTOR

Prof. Asoc. Dr. Erda Qorri

BORDI DREJTUES SHKENCOR

Prof. Dr. Kaliopi Naska
Prof. Dr. Vera Ostreni
Prof. Dr. Pavli Kongo
Prof. Dr. Hamit Boriçi
Prof. Asoc. Dr. Argita Malltezi
Prof. Dr. Alketa Koroshi
Prof. Asoc. Dr. Remzi Sulo
Prof. Asoc. Dr. Manuela Meça
Prof. Asoc. Dr. Aida Dama
Prof. Asoc. Dr. Bedri Kola
Prof. Asoc. Dr. Genta Rexha
Prof. Asoc. Dr. Enkeleda Llukovi
PhD. Ismail Tafani
PhD. Nilena Eriksen
PhD. Xhejni Borshi
PhD. Eglantina Dervishi
Dr. Kleva Shpati
Dr. Elisabeta Kafia
Dr. Doriana Pano
Dr. Laura Shumka Dr. Arta Sakja
Dr. Ndriçim Mehmeti

Prof. Dr. Gjovalin Shkurtaj Akademik Emeritus
Prof. Dr. Ramazan Isufi
Prof. Asoc. Dr. Edit Xhajanka
Prof. Giuseppe Siciliani (Ferrara)
Prof. Giovanni Gravina Manes (Romë)
Prof. Gilberto Sammartino (Napoli)
Prof. Antonello Santini (Napoli)
Prof. Maria Grazia Cifone (L'Aquila)
Prof. Giuseppe Marzo (L'Aquila)
Prof. Roberto Gatto (L'Aquila)
Prof. Livio Gallottini (Romë)
Prof. Massimo Galli (Romë)
Prof. As. Vincenzo Calderone (Pisa)
Prof. Dr. Alexander Bucur (Bukuresht)
Prof. Nevnihal Erdogan (Kocaeli)
Prof. Teresa Russo (Salerno)
Prof. Giovannina Albano (Salerno)
Prof. Giorgio Croatto (Padova)
Prof. Enrico Camillera (Palermo)
Prof. Aldo Schiavello (Palermo)
Prof. Norina Fornea (Iasi)

REDAKTORE LETRARE

Dr. Gilberta Hadaj

ARTI GRAFIK

Kimete Tataveshi

ISSN: 2220-461X

© 2020, Albanian University. Të gjitha të drejtat të rezervuara.

Botime Shkencore të "Albanian University"

Adresa: Bulevardi Zogu I. tel. +355 4 2271602 e-mail: optime@albanianuniversity.edu.al



Shtëpia Botuese Albanian University Press. Adresa: Bulevardi "Zogu i Pare", Tiranë, Albania

Mobile: +355 (0) 699441011

e-mail: pressalbanianuniversity@gmail.com, www.albanianuniversity.edu.al,

ESSAYS

PREVENZIONE E PERCEZIONE DI FENOMENI CORRUTTIVI: ISTANZE DI DIFESA SOCIALE E CRISI DEL GARANTISMO PROCESSUALE PENALE

Gaspere Dalia* _____ 3

BACK TO THE BASICS: ELECTION INTEGRITY AS A EU ACCESSION CRITERIA FOR THE WESTERN BALKAN COUNTRIES

Jasmina Dimitrieva* _____ 14

BEYOND MUTUAL RECOGNITION: THE RULES OF JOINT INVESTIGATION TEAMS

Rosa Maria Geraci* _____ 28

MONITORING THE DEBATE ON THE NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM

Christopher Hein* _____ 41

LIBERAL DEMOCRACY: ABSOLUTIST EU RULE OF LAW CONDITIONALITY OR PLURALISTIC BARGAINING CHIP?

Anja Matwijkiw* & Bronik Matwijkiw** _____ 58

ANTI-CORRUPTION AND ANTI-MONEY LAUNDERING: CRIMINAL NETWORKS AND PREVENTION MODELS COMPARED

Marco Naddeo* _____ 75

RULE OF LAW E STANDARDS ETICI DEGLI INTERNATIONAL PROSECUTORS

Anna Oriolo* _____ 86

THE BALKAN MIGRANT ROUTE: A EU UNRESOLVED CRISIS?

Teresa Russo* _____ 99

DALLA GIURISDIZIONE DELLA CORTE SUPREMA ALLA COMPETENZA DEL TRIBUNALE SPECIALE: LA SFIDA DEL SISTEMA GIUDIZIARIO ALBANESE CONTRO LA CORRUZIONE AD ALTO LIVELLO GOVERNATIVO

Ismail Tafani* _____ 110

**MIGRANTI E MIGRAZIONI NEL RINNOVATO PARTENARIATO
EURO-MEDITERRANEO: UNA NUOVA ROTTA PER L'UE?**

Alessandro Tomaselli* _____123

YOUNG RESEARCHERS

**ASSET RECOVERY: NUOVA ENFASI DA PARTE DELLE NAZIONI
UNITE NELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE**

Stefano Busillo* _____138

**CYBERCRIME REGULATIONS:
NEED FOR A NEW INTERNATIONAL APPROACH?**

Natasa Doneva* _____168

**LA LOTTA ALLA CORRUZIONE IN AMBITO "REGIONALE":
IL GRUPPO DI STATI CONTRO LA CORRUZIONE (GRECO)**

Emanuele Vannata* _____182

STUDENT RESEARCH AND REPORT WRITING

**CRIMMIGRATION: VERSO UNA NUOVA FORMA DI
DISCRIMINAZIONE?**

Andrea Memoli* _____203

**THE RIGHT TO ASYLUM IN ALBANIA AND POLICIES AGAINST
ILLEGAL MIGRATION**

Artela Roshi* _____218

PËRMBAJTJA

PARANDALIMI DHE PERCEPTIMI I DUKURIVE KORRUPTIVE INSTANCAT E MBROJTJES SOCIALE DHE KRIZAT E GARANTIZMIT PROCESUAL PENAL

Gaspare Dalia* _____ **3**

KTHIM NË ELEMENTET BAZË: INTEGRITETI I ZGJEDHJEVE SI NJË KRITER PËR PRANIMIN E VENDEVE TË BALLKANIT PERËNDIMOR NË BE

Jasmina Dimitrieva* _____ **14**

PËRTEJ NJOHJES TË NDËRSJELLTË: RREGULLAT E EKIPEVE TË PËRBASHKËTA TË HETIMIT

Rosa Maria Geraci* _____ **28**

MONITORIMI I DEBATIT PËR NJË PAKT TË RI PËR MIGRACIONIN DHE AZILIN

Christopher Hein* _____ **41**

DEMOKRACIA LIBERALE: KUSHTËZIM ABSOLUTIST I SHTETIT TË SË DREJTËS APO PAZAR PLURALIST I BE-SË

Anja Matwijkiw* & Bronik Matwijkiw** _____ **58**

LUFTA KUNDËR KORRUPSIONIT DHE PASTRIMIT TË PARAVE: RRJETET KRIMINALE DHE KRAHASIM I MODEVELE TË PARANDALIMIT

Marco Naddeo* _____ **75**

SHTETI I SË DREJTËS DHE STANDARDET ETIKE TË PROKURORËVE NDËRKOMBËTARE

Anna Oriolo* _____ **86**

RRUGA E BALLKANIKE E MIGRACIONIT: NJË KRIZE E PAZGJIDHUR E BE-SË?

Teresa Russo* _____ **99**

NGA JURISDIKSIONI I GJYKATËS SË LARTË TEK KOMPETENCA E GJYKATËS SË POSAÇME: SFIDA E SISTEMIT GJYQËSOR SHQIPTAR KUNDËR KORRUPSIONIT TË LARTË QEVERITAR

Ismail Tafani* _____ **110**

EMIGRANTËT DHE EMIGRACIONET NË PARTNERETIN E PËRTËRIRË EURO-MESDHETAR: NJË DREJTIM I RE PËR BENË?

Alessandro Tomaselli _____123

ARTIKUJ SHKENCORË TË KËRKUESVE TË RINJ

***ASSET RECOVERY*: THEKSI I RI NGA KOMBET E BASHKUARA NË LUFTËN KUNDËR KORRUPSIONIT**

Stefano Busillo* _____138

RREGULLORET E KRIMIT KIBERNETIK: NEVOJË PËR NJË QASJE TË RE NDËRKOMBËTARE?

Natasa Doneva* _____168

LUFTA KUNDËR KORRUPSIONIT NË NIVEL “RAJONAL”: GRUPI I SHTETEVE KUNDËR KORRUPSIONIT (GRECO)

Emanuele Vannata* _____182

ARTIKUJ SHKENCORË TË STUDENTËVE

***KRIMIGRACIONI*: DREJT NJË FORME TË RE DISKRIMINIMI?**

Andrea Memoli* _____203

E DREJTA PËR AZIL NË SHQIPËRI DHE POLITIKAT KUNDËR MIGRACIONIT TË PALIGJSHËM

Artela Roshi* _____218

***EU-WESTERN BALKANS COOPERATION ON JUSTICE AND HOME
AFFAIRS
Second Edition***

ESSAYS

edited by

Teresa Russo, Anna Oriolo, Gaspare Dalia



Editorial Assistants: Stefano Busillo and Emanuele Vannata

FJALA PËRSHËNDETËSE

Ishte kënaqësi kërkesa për pasqyrimin, në revistën tonë “OPTIME”, të aktivitetit të zhvilluar online në kuadër të EUWEB.

Materialet e paraqitura publikohen në gjuhën që janë referuar (anglisht dhe italisht) duke u kujdesur që sejcili material të ketë abstraktin në shqip për të qenë në përputhje me rregulloret e revistës .

EUWEB është akronimi i “Bashkëpunimi BE-Ballkani Perëndimor për Drejtësi dhe Çështje të Brendshme”, që është një modul Jean Monnet, i përzgjedhur për bashkëfinancim nga Komisioni Evropian për periudhën 2019-2022.

Si një kurs shumë i specializuar, i organizuar nga Universiteti i Salernos, EUWEB ofron mësim trajnimi mbi çështjet ligjore të BE-së me Ballkanin Perëndimor, duke i afuar ato me Bashkimin Evropian .

E udhëhequr nga Prof. Teresa Russo, me bashkëpunimin aktiv të bashkëpunëtorëve të saj krye-sorë, Prof. Gaspare Dalia dhe Anna Oriolo, si dhe institucionet e saj kryesore partnere ballkani- ke, EUWEB synon të sigurojë një analizë të thellë dhe teknike të sektorit Drejtësia dhe punët e brendshme, e cila është një nga fushat kryesore të bashkëpunimit BE-Ballkani Perëndimor dheka të bëjë me një çështje me një rëndësi të veçantë për BE-në.

Në të vërtetë, në përputhje me “qasjen e re” të BE-së ndaj procesit të anëtarësimit, hapja e ka- pitujve negociues mbi reformën gjyqësore dhe të drejtat themelore (kapitulli 23) dhe për drejtësinë, lirinë dhe sigurinë (kapitulli 24) ishte një prioritet absolut në negociatat e anëtarësimit me Ballkanin Perëndimor.

Aktiviteti i trajnimit përbëhet nga seminare dhe konferenca të përbashkëta trajnimi me stafin akademik të EUWEB, ekspertë ndërkombëtarë dhe kombëtarë, si dhe përfaqësues të kategorive të ndryshme të palëve të interesuara për të ofruar një pamje të përgjithshme të strategjisë së BE-së ndaj Ballkanit Perëndimor.

Përmes një qasjeje inovative dhe multidisiplinare në studimet mbi të drejtën e BE-së, ajo u ofron pjesëmarrësve të saj, njohuri të avancuara dhe praktike për temat e trajtuara si: emigracioni, lufta kundër krimit transnacional, bashkëpunimi gjyqësor dhe policor, si dhe mbrojtja e drejtave themelore.

Uroj që kjo paraqitje të jetë e dobishme për ambjentin e interesuar jo vetëm të stafit të Albanian University por edhe më gjerë duke kontribuar kështu në realizimin e qëllimeve të këtij kursi të specializuar organizuar nga Universiteti i Salernos

Anesti Kondili

Kryeredaktor

PREFACE

This Special Issue of the Scientific Journal “OPTIME” of Albanian University of Tirana, dedicated to the *Jean Monnet* Module “*EU-Western Balkans Cooperation on Justice and Home Affairs*” (EUWEB) elucidates part of the results of the second edition of the EUWEB Module that, hosted by the University of Salerno, offers a specialization course on the EU Cooperation on Justice and Home Affairs (JHA) with the Western Balkans in the view of their accession to the Union. Selected for funding by the European Commission for the period 2019-2022, the EUWEB Module provided for an in-depth and technical analysis of the JHA sector that is one of the main areas of cooperation between the EU and Western Balkans and concerns a matter of extreme political importance for the EU.

The future of the Western Balkans in the European Union depends on the linked perspectives of integration and security that result from the policy-making choices and the political and legal instruments adopted at international, European and national level to reinforce reform efforts and bring tangible progresses. The Western Balkans’ accession to the EU is so strictly connected with the security to the extent that it requires these countries for more guarantees according to EU-oriented reforms and projects. Several times, the European Commission has confirmed the European future of the Balkan region as a geostrategic investment in a stable, strong and united Europe based on common values in compliance with the EU principles of the rule of law, justice, democracy and respect for fundamental rights. More recently, with the Brdo Declaration of 6 October 2021, the leaders of the EU and its Member States, in consultation with the Western Balkans leaders, reconfirmed the commitment to the enlargement process.

After all the planned training activities and thanks to the participation of distinguished speakers and experts in the field also coming from the Western Balkans Countries, the second edition of the EUWEB Module ended. This edition has been preceded by three online informal meetings with our partners, academics, legal experts and stakeholders, entitled “**Planning and Enhancing EU-Western Balkans Cooperation on Justice and Home Affairs**” with the aim to identify the new trends and topics of the EUWEB Module. These occurred on: 4 November 2020, concerning judicial and police cooperation; 9 November 2020, concerning the fight against transnational crimes; and 16 November 2020, concerning cross border security, migration and asylum management, and helped to shape the programme of the EUWEB Module’s second edition. This, kicked off on 3 March 2021 with a video-message directly coming from the **President of the European Parliament, Davide Maria Sassoli**, took place on the March-June 2021 period with online scientific conferences and training lectures held by the EUWEB Module’s Leader and Teaching Members, in conjunction with plenty of guest speakers (academics, professionals and experts).

In the Section concerning the *Essays*, this Special Issue includes the contributions of some of the several speakers who participated in the Module’s activities concerning the domains of EU enlargement process (**Dimitrieva**), migration and asylum management (**Hein, Russo, Tomaselli**), transnational crimes and human rights (**Dalia, Naddeo**), with a particular focus on the respect of the rule of law (**Matwijkiw & Matwijkiw, Oriolo**), judicial and police cooperation (**Geraci, Tafani**).

Thanks to a bottom-up approach, some of the students participating to the EUWEB Module have been included in the establishment of a new EUWEB Secretariat (**Cacciatore, Ferrentino, Iannibelli, Langella**) conducting the following activities: pure basic research (research of documents, sources and judgements); strategic basic research (selection of

documents, sources and judgements in order to undertake to acquire new knowledge); applied research (elaboration of original work undertaken primarily to acquire new knowledge with a specific application in view); experimental development (elaboration of systematic work, using existing knowledge gained from research or practical experience). The results of such activities, consisted of a series of reports concerning the Western Balkans countries and their status in the accession process in 2021, have been presented in the EUWEB Conclusive Conference of 23 June 2021.

We worked hard to carry out our programme despite the COVID-19 emergency holding online all our activities and ensuring an innovative and multidisciplinary approach in the EU legal studies in order to promote excellence in the teaching of EU issues related to immigration, the fight against transnational crime, police and judicial cooperation and the protection of fundamental rights with the Western Balkans bringing them closer to the Union. We are very delighted with the results achieved. The second edition of the EUWEB Module has been attended by more than 60 participants including Italian, Albanian and North Macedonian students of law, economics, political science, graduates, Ph.D. candidates, lawyers, candidate lawyers, law enforcement officials, civil servants and member of civil society.

All the students were invited to submit a final paper on the topics of the EUWEB Module and the two best papers, selected by the Commission including the Module's Teaching Members, have been discussed during the EUWEB Conclusive Conference of 23 June 2021 and are now published in this Special Issue in the Section concerning *Student Research and Report Writing* (**Memoli, Roshi**). There is also a section dedicated to *Young Researchers* (**Busillo, Doneva, Vannata**).

The second edition of the EUWEB Module produced also very interesting research activities and outputs, such as the Book entitled *La lotta alla corruzione nella legalità reticolare. Il sistema penale multilivello* (The Fight Against Corruption in Reticular Legality. The Multilevel Criminal System, Teresa Russo & Anna Oriolo, eds., FrancoAngeli, 2021). ECTS have been recognized both to Italian and Albanian students, as well as our activities have been also recognized by the Council of the Salerno Bar Association with the attribution of training credits to the lawyers attending the EUWEB Module.

We are really grateful to all those who took part in this second edition of the EUWEB Module both as students and speakers. Special thanks go to the guys of the Secretariat and the Legal Observatory (Senior Members: **Busillo, Vannata** and Junior Members: **Conte, Gargano**) who worked really hard and to **Anesti Kondili**, Chair Editor of the Scientific Journal OPTIME who supported our work and entrusted us with the editing of this Special Issue.

See you in the third edition!

27 October 2021

Teresa Russo



Anna Oriolo



Gaspare Dalia



Biographical Notes

AUTHORS

Stefano Busillo

Ph.D. Candidate in “Legal Sciences” (International, European and Comparative Law), Senior Member of the Legal Observatory of the *Jean Monnet* Module EUWEB, University of Salerno (Italy)

Gaspere Dalia

Senior Researcher of Criminal Procedural Law, Lecturer of Comparative Criminal Procedure Law, Key Teacher of *Jean Monnet* Module EUWEB, University of Salerno (Italy)

Jasmina Dimitrieva

Assistant Professor of Constitutional Law, University “Goce Delchev” of Štip (Republic of North Macedonia)

Natasa Doneva

Teaching Assistant at the Department of International Law, University “Goce Delcev” of Štip (Republic of North Macedonia)

Rosa Maria Geraci

Associate Professor of Criminal Procedural Law, University “Tor Vergata” of Rome (Italy).

Christopher Hein

Lecturer of Immigration & Asylum Law and Policies, University “LUISS Guido Carli” of Rome (Italy)

Anja Matwijkiw

Professor of Professional Ethics & Human Rights, Indiana University Northwest (USA)

Bronik Matwijkiw

Lecturer of Philosophy, Southeast Missouri State University (USA)

Marco Naddeo

Adjunct Professor of Economic Criminal Law, University of Salerno (Italy), Lecturer of Criminal Law, Link Campus University of Rome (Italy)

Anna Oriolo

Associate Professor of International Law, Lecturer of EU Law, Diplomatic and Consular Law and of International Law, Key Teacher of *Jean Monnet* Module EUWEB, University of Salerno (Italy)

Teresa Russo

Associate Professor of EU Law, Lecturer of EU Migration Law and of International Organizations, Coordinator of *Jean Monnet* Module EUWEB, University of Salerno (Italy)

Ismail Tafani

Ph.D. in Constitutional Law, Former Lecturer at Albanian University (Albania), now Lecturer at Barleti University (Albania).

Alessandro Tomaselli

Lecturer of EU Law, “Kore” University of Enna (Italy)

Emanuele Vannata

Ph.D. Candidate in “Legal Sciences” (International, European and Comparative Law), Senior Member of the Legal Observatory of the *Jean Monnet* Module EUWEB, University of Salerno (Italy)

Essays

PREVENZIONE E PERCEZIONE DI FENOMENI CORRUTTIVI: ISTANZE DI DIFESA SOCIALE E CRISI DEL GARANTISMO PROCESSUALE PENALE

Gaspare Dalia*

***University of Salerno (Italy), Department of Legal Sciences (School of Law)
(gadalia@unisa.it)**

Abstract

Constitutions and the International Charters of Rights are concerned to ensure the judicial verification of the unlawfulness of facts in compliance with the inalienable rights of the person and the presumption of innocence. Today, modern criminal procedural law, which has always been conditioned by different legal traditions, by different political-constitutional approaches and by the current "criminal emergencies", suffers further stress resulting from political and media communication on topics such as organized crime, terrorism and corruption, thus diverting the analysis from objective data and basing the discussion on questionable and instrumental evaluations. In this context, the demands of justice do not coincide with those of legality, but with those of social defense. In Italy, the disproportionate increase in anti-corruption measures has profoundly changed the procedural means of their assessment, with a clear danger for the rights of suspects and/or accused persons and with a consequent dangerous inquisitorial drift.

At the international level, however, new and better measures are being tested. The long-term goal is to identify objective criteria in order to measure corruption in each country, using real-time data. Only objective indicators will make it possible to conduct investigations that "measure" the corruption in countries in order to initiate more incisive actions to combat it.

Keywords: Corruption, Corruption Perceptions Index, Precautionary Measures, Prevention, Public Opinion, Repression, Social Defence, Transparency International.

PARANDALIMI DHE PERCEPTIMI I DUKURIVE KORRUPTIVE INSTANCAT E MBROJTJES SOCIALE DHE KRIZAT E GARANTIZMIT PROCESUAL PENAL

Gaspare Dalia*

***Universiteti i Salernos (Itali), Departamenti i Shkencave Ligjore (Shkolla e së Drejtës)**
(gadalia@unisa.it)

Abstrakt

Kushtetutat dhe Kartat Ndërkombëtare të të Drejtave shqetësohen për sigurimin e verifikimit gjyqësor të paligjshmërisë së fakteve në përputhje me të drejtat e patjetërsueshme të personit dhe supozimit të pafajësisë. Sot, e drejta moderne procesuale penale, e cila ka qenë gjithmonë e ndikuar nga tradita të ndryshme juridike me qasje të ndryshme politiko-kushtetuese dhe nga “emergjencat penale” aktuale, vuan nga një stres i shtuar që vjen nga komunikimi mediatik dhe politik mbi tema si krimi i organizuar, terrorizmi dhe korrupsioni, që e shkëpusin analizën nga të dhënat objektive dhe e bazojnë diskutimin në vlerësime të diskutueshme dhe instrumentale. Në këtë kuadër, kërkesat për drejtësi nuk përkojnë me atë të ligjshmërisë, por me ato të mbrojtjes sociale. Në Itali, rritja jo-proporcionale e masave kundër korrupsionit ka ndryshuar thelbësisht mënyrat procedurale të vlerësimit të tyre me një rrezik të qartë për të drejtat e të dyshuarve dhe/ose personave të akuzuar dhe me një prirje të rrezikshme inkuizitore konsekuente. Megjithatë, në nivel ndërkombëtar, po testohen masa të reja dhe më të mira. Qëllimi afatgjatë është të identifikohen kriteret objektive për matjen e korrupsionit në çdo vend, duke përdorur të dhëna në kohë reale. Vetëm treguesit objektivë mund të bëjnë të mundur kryerjen e hetimeve që “masin” korrupsionin në vend në mënyrë që të nxisin veprime më të mprehta në luftën kundër tij.

Fjalë kyçe: *korupsioni, indeksi i perceptimeve të korrupsionit, masat parandaluese, opinion publik, represioni, mbrojtja sociale, Transparency International*

1. I valori del diritto processuale penale

Il sistema processuale penale ha sempre cercato il giusto punto di equilibrio tra l'ansia della riaffermazione del diritto sostanziale violato e le garanzie dell'imputato. È, questa, una realtà dalla quale non si può prescindere se si vuole cogliere il significato che al processo hanno riconosciuto le esperienze del passato.

Nelle direttive della legge delega, la risistemazione della disciplina del processo penale avvenuta in Italia nel 1988 tendeva a realizzare tanto i principi costituzionali, quanto i caratteri dell'accusatorietà dell'accertamento: i valori, che la dimensione costituzionale del processo esprime, esaltano il senso del riferimento; il richiamo ai principi

costituzionali e al metodo non attesta una duplicità di scelta, ma unicamente la diversità di prospettiva nella quale ci si pone quando si invocano gli uni e, nel contempo, si richiamano i caratteri degli altri.

Storicamente, la metodologia del processo penale – perché qui proprio di metodo si tratta – ha oscillato tra i due massimi sistemi dell'accusatorio e dell'inquisitorio, riflettenti, in definitiva, i due opposti modi d'intendere il rapporto Stato-individuo nell'accertamento penale e nella gestione del bene della libertà personale: ma, la storia del processo penale non è tanto nella supremazia dell'un sistema sull'altro, quanto nella varietà dei tentativi intesi a combinarne i caratteri.

La differenza tra i due modelli è evidente: nel primo caso, l'accusa è già delineata nei suoi elementi costitutivi e, quindi, già esiste un'*opinio delicti* che legittima la contestazione di un fatto nel quale sono ravvisati gli estremi della trasgressione al precetto penale. Inquisito è, al contrario, colui nei cui confronti non si è evidenziata ancora un'accusa, ma si svolgono indagini tendenti proprio alla formulazione di questa.

Dal punto di vista logico, l'inquisizione non può non precedere l'imputazione perché il metodo inquisitorio caratterizza – e non può non caratterizzare – le attività investigative necessarie e sufficienti per formulare l'accusa, presupposto indefettibile per l'avvio dell'accertamento in chiave accusatoria.

L'attività inquisitoria è, in altri termini, necessariamente un'attività preprocessuale, che dà vita al processo se ed in quanto, esauritasi, consenta la formulazione dell'accusa.

Una volta che questa si sia materializzata nelle sue componenti essenziali, non dovrebbe più parlarsi di maggiore o minore inquisitorialità dell'accertamento, perché dovrebbero naturalmente espandersi le garanzie che si accompagnano alla formulazione dell'imputazione-accusa.

Se il soggetto "accusato" non può non essere quello precedentemente inquisito, non è prospettabile alcuna combinazione dei caratteri dell'uno e dell'altro metodo: quello accusatorio s'inserisce e nasce laddove termina l'inquisitorio; né può assolutamente vedere i suoi principi alterati per la commistione con l'altro.

Anche a voler tralasciare ogni ulteriore considerazione sul significato che storicamente ha assunto il modello inquisitorio, non si può non esser convinti dell'impossibilità di leggere nei metodi che la tradizione giuridica ci ha tramandato commistioni, più o meno consistenti, dei caratteri dell'una e dell'altra metodologia.

Una volta ritrovata la radice della funzione giurisdizionale nei principi costituzionali, non si può non riconoscere che tra processo e giurisdizione esiste una relazione di identità: se il processo attua la giurisdizione, questa non può non rivolgersi nel *dicere ius* del giudice secondo le forme e le prerogative che il processo contraddistingue.

In realtà, il processo è giurisdizione e la giurisdizione non è immaginabile senza un processo che in esso attui le garanzie della persona.

2. La giurisdizione penale come strumento di difesa sociale

La riflessione sui diversi punti di vista dai quali la dottrina ha esaminato il tema della giurisdizione penale pone costantemente in evidenza – quale che sia l'angolo visuale della ricerca – che lo scopo dell'indagine è, comunque, nell'aspirazione a definire, in termini incontrovertibili, i rapporti tra giurisdizione e processo.

Al di là delle singole, individuali, posizioni che, di volta in volta, attestano il tentativo di ritrovare univoci riscontri a supporto di un'idea di giurisdizione già maturata, due sono

gli aspetti costantemente presenti: la necessità del processo e la sua funzione di garanzia.

Ciò che ha alimentato diversità di opinioni è stato, infatti, l'intendersi sul rapporto tra l'una e l'altra dimensione del fenomeno processuale.

La cura con la quale tanto la Costituzione, quanto le Carte internazionali dei diritti si preoccupano di assicurare che la verifica giudiziale dell'illiceità del fatto avvenga nel rispetto dei diritti inalienabili della persona (presunta non colpevole fino alla condanna definitiva) legittima l'interprete ad affermare, almeno nella dimensione costituzionale del processo, che non è questo il fine dell'accertamento giudiziale, certamente non deputato a realizzare il comando della legge sostanziale.

Il diritto processuale penale moderno, nato all'epoca dell'Illuminismo, con l'affermazione dell'esigenza della legalità nell'accertamento penale – garantita dall'indipendenza dei giudici dal potere esecutivo, dall'obbligatorietà dell'azione penale e dal giudice naturale precostituito per legge –, risentiva tuttavia già allora di un'evoluzione del diritto penale condizionato dalle differenti tradizioni giuridiche, dalle diverse impostazioni politico-costituzionali e dalle “emergenze criminali” del momento, le quali hanno profondamente inciso sull'interpretazione e l'applicazione dei criteri della legalità processuale.

Quando si parla di difesa sociale il tema centrale è quello delle misure cautelari che, consentendo *ante iudicium* ai giudici di privare della libertà personale le persone raggiunte da gravi indizi di colpevolezza, superano la presunzione di innocenza che, per l'art. 27 della Costituzione italiana, deve valere fino alla sentenza definitiva di condanna. Le esigenze della difesa sociale ripropongono, in sostanza, sul piano processuale, i problemi e i dilemmi che esse pongono sul piano sostanziale.

Su quest'ultimo, la difesa sociale implica una maggiore discrezionalità, e quindi un certo conflitto col principio di stretta legalità, proponendo, soprattutto, quel quesito sulla sentenza indeterminata, che difficilmente può ritenersi compatibile con il brocardo *nulla poena sine lege*.

Ma, non si può non ammettere, di contro, che la giustizia stessa, intesa anche come adeguazione in senso soggettivo, e cioè come vera giustizia, esige, indipendentemente da qualsiasi considerazione di difesa sociale, un'indagine della personalità del soggetto per adeguare la pena alla misura della colpa (*nulla poena sine culpa*).

Cosicché, anche le esigenze della giustizia non coincidono sempre con quelle della legalità, mentre possono coincidere con quelle della difesa sociale.

Ebbene, tutti questi valori sembrano, oggi, vuoti contenitori, mentre i contenuti sono rappresentati dalle nuove norme approvate in tema di misure di prevenzione, soprattutto in ambito personale.

Per dirla in modo forse eccessivamente semplicistico, stante la lentezza dell'accertamento giurisdizionale “ordinario” (forse per il suo eccessivo “garantismo”), il legislatore, chiamato a fronteggiare le continue emergenze di criminalità, sia di carattere organizzato che comune, ha deciso di ampliare le categorie di reati per le quali il semplice “sospetto” (quindi in mancanza di un completo e garantito accertamento giurisdizionale) è sufficiente per privare un soggetto della propria libertà, in nome di un crescente – e a volte frainteso – allarme criminale che giustifica il ricorso ad altre forme di difesa sociale. Le misure di prevenzione, sebbene sempre esistite nel nostro ordinamento – al pari delle misure di sicurezza e cautelari – sono state negli ultimi anni potenziate in ragione di un “riordino” avvenuto nell'ambito del Codice Antimafia.

Il tutto secondo il pronunciamento del giudice penale che, sebbene in quest'ambito sia "legato" a criteri di giudizio fondati anche solo sul mero "sospetto", dà l'impressione (ma solo quella) che l'accertamento sia assolutamente garantito secondo quei valori (e quei principi) su esposti.

Ebbene, proprio per quest'aura di assoluta legalità, al legislatore è stato sufficiente ampliare la categoria di reati di "maggior allarme sociale" per consentire il ricorso alle misure di prevenzione – fortemente limitanti la libertà personale e reale dell'individuo – non più soltanto per quelli di criminalità organizzata e terrorismo in genere, ma anche per quelli, ad esempio, di corruzione, di violenza sessuale e, da ultimo, di *stalking*, garantendo la difesa sociale, paradossalmente, proprio attraverso la giurisdizione penale.

E se tali misure assumono sempre più le caratteristiche di vera e propria pena applicata senza processo, ecco che allora l'insoddisfazione e la preoccupazione del garantista ne sono dirette conseguenze.

3. La prevalente logica della prevenzione: una confusione terminologica

La continua ricerca di equilibrio tra "autorità" e "libertà" nel contrasto delle emergenze sociali diviene via via ardua. Lo *stress* cui il sistema giustizia è stato sottoposto in questi ultimi anni – a causa di emergenze sociali quali criminalità organizzata, terrorismo e corruzione, nonché la complessità dei fattori e delle relazioni che tra essi intercorrono – rende sempre più difficile elaborare una strategia di contrasto efficace.

A partire dal 2012, l'esperienza peninsulare ha fatto registrare uno spropositato aumento dei dispositivi di contrasto ai fenomeni corruttivi, tanto da modificare profondamente gli strumenti processuali di accertamento, con un evidente pericolo di erosione delle soglie di garanzia offerte a soggetti indagati e/o imputati di tali tipi di reati, con la conseguente creazione, invece, di potenziali situazioni in cui l'anticipazione eccessiva della soglia di punibilità di alcune ha portato il sistema penale ad una pericolosa deriva inquisitoria che non corrisponde alla logica e alla cultura di chi ha ispirato tale cambiamento.

L'inadeguatezza del tessuto normativo, incapace di reprimere le condotte penalmente rilevanti, ha portato ad un aggiornamento dell'intero sistema di contrasto, aggiungendo dei dispositivi di prevenzione e di trasparenza dell'operato della pubblica amministrazione e intervenendo sulle norme sostanziali e processuali.

Nel sistema giuridico italiano il fenomeno della corruzione è stato affrontato in precedenza esclusivamente in chiave penalistica, mentre negli altri ordinamenti giuridici se ne è accolto un concetto più ampio: non solo i fatti penalmente rilevanti, ma ogni fenomeno di abuso e strumentalizzazione della funzione pubblica per conseguire vantaggi indebiti di natura personale. Alle misure repressive sanzionatorie sono state affiancate numerose misure di carattere preventivo, grazie alla L. 190/2012 (c.d. anticorruzione o anche "Legge Severino"). Ed è così che le tendenze internazionali in ambito preventivo-repressivo sono entrate anche in Italia. È proprio il comma 1 dell'art. 1 della L. 190/2012 a stabilire che la stessa, in attuazione dell'art. 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, "individua, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione [ANAC] e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione". La relazione illustrativa del disegno di legge ha da subito delineato l'obiettivo che si intendeva perseguire: prevenzione e

repressione del fenomeno della corruzione attraverso un approccio multidisciplinare, nel quale gli strumenti sanzionatori si configurano solamente come alcuni dei fattori per la lotta alla corruzione e all'illegalità nell'azione amministrativa. Nello specifico, si pongono a sostegno del provvedimento legislativo motivazioni di trasparenza e controllo provenienti dai cittadini e di adeguamento dell'ordinamento italiano agli standard internazionali: la corruzione, infatti, danneggia la credibilità di un paese soprattutto da un punto di vista economico, poiché disincentiva gli investimenti, anche stranieri, frenando di conseguenza lo sviluppo.

Al potere giudiziario vengono affiancate, dunque, due nuove forze nella lotta alla corruzione amministrativa: le pubbliche amministrazioni e i suoi dipendenti e l'opinione pubblica. Con l'istituzione delle autorità di vigilanza, identificate nell'ANAC a livello centrale e nei responsabili della prevenzione della corruzione presso ogni P.A., viene a crearsi un *network* piramidale di sorveglianza e controllo, organizzato secondo i piani anticorruzione predisposti: attraverso una sorta di adeguamento del modello della L. 231/2001 alla Pubblica amministrazione, la prevenzione alla corruzione passa attraverso misure anticipatorie volte a rafforzare la legalità nella gestione di qualsiasi procedimento amministrativo, con l'individuazione di nuovi soggetti (le autorità di vigilanza) e la predisposizione di nuovi strumenti (i piani anticorruzione), sia a livello centrale che periferico.

Al tradizionale strumento penale-repressivo si affiancano, dunque, misure operanti soprattutto sul versante amministrativo e destinate a costituire una funzione preventiva.

Da un punto di vista prettamente processuale, la riforma della legge anticorruzione ha inciso sulla disciplina del cd. patteggiamento, poiché, al comma 1-ter, ne subordina l'accesso alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato, nonché sulla confisca per l'equivalente ex art. 322-ter c.p. (estendendola anche al profitto), in quanto «nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p. per uno dei delitti previsti dagli artt. 314 a 320, anche se commessi da soggetti indicati dall'art. 322-bis, comma 1, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono "il prezzo, il prodotto o il profitto del reato". Tuttavia, disciplinando la confisca per l'equivalente, la seconda parte dell'articolo prevede che, quando non sia possibile procedere alla confisca di questi, essa si estenda sui beni che sono nella disponibilità del reo per un valore corrispondente al prezzo o al profitto (quest'ultimo riferimento è stato appunto inserito dalla L. 190/12).

Tale tecnica anticipatoria delle soglie di punibilità è dovuta anche alla percezione sociale del fenomeno in Italia. Nel 2018, l'85% dei cittadini, infatti, era convinto che i livelli di malaffare fossero alti, ma non ha vissuto episodi sulla propria pelle né su quella dei familiari. Questi sono i dati rilevati del *Corruption Perceptions Index* di *Transparency International*, le quali fotografano non l'integrità delle istituzioni in maniera oggettiva, ma la percezione soggettiva della corruzione. Ciononostante risultano essere un parametro importate per gli investitori, i quali "confluiscono in misura maggiore laddove sono assicurate certezza del diritto e istituzioni integre". I risvolti economici di tutto ciò, dunque, sono significativi. Tuttavia, dal 2012 ad oggi, l'Italia ha guadagnato +11 punti. Certamente questo risulta essere un passo in avanti alla luce dell'attenzione dedicata al tema, ma tale risultato può ritenersi un successo alla luce dell'anticipazione delle soglie di tutela e della conseguente, pericolosa, deriva inquisitoria?

Seppure tali indici siano indiscutibilmente redatti seguendo meticolosi criteri di professionalità restano pur sempre dei giudici meramente valutativi, sganciati da

esperienze dirette. Ed infatti, guardando ai dati che registrano le esperienze dirette della popolazione con il fenomeno corruttivo, la situazione cambia. Non v'è dubbio che la problematica resti, e che sia indiscutibilmente un problema sociale, ma il *report* dell'Istat svolto nel 2017, riporta che "il 7,9% delle famiglie nel corso della vita sia stato coinvolto direttamente in eventi corruttivi quali richiesta di denaro, favori, regali o altro in cambio di servizi o agevolazioni". Da ciò si può dedurre che gli episodi in qualche modo riconducibili alla corruzione, senza distinguerli per entità, sarebbero più o meno 18 mila in un anno e, dunque, probabilmente molto meno di quanto l'indice di percezione non faccia presumere.

La causa di tutto ciò, probabilmente, può ricondursi anche al peso della comunicazione politica e dei media sul tema negli ultimi anni, circostanza che ha deviato l'analisi dai dati obiettivi – e utilizzabili per un'ottimizzazione degli strumenti di contrasto – facendo sì che la discussione sul tema possa essere basata su valutazioni opinabili e da enfattizzazioni strumentali.

Ciò accade proprio a causa del paradosso degli indici percettivi e la loro fallacia – alla base, tuttavia, delle leggi in materia nel nostro Paese e, in particolar modo, della L. cd. "spazzacorrotti" (L. 3 del 2019) – secondo il quale "più si perseguono i fenomeni corruttivi sul piano della prevenzione e le fattispecie di reato sul piano della repressione, maggiore è la percezione del fenomeno".

Attraverso tali indici assistiamo, infatti, alla valorizzazione della percezione soggettiva, senza considerare in alcun modo le caratteristiche istituzionali e normative del Paese considerato.

La distorsione macroeconomica generata dal paradosso, dunque, è destinata a risultare un neo indelebile, un circolo vizioso in cui l'inasprimento delle misure repressive volte al contenimento del fenomeno e i metodi comunicativi adoperati, ne incrementano la percezione.

4. Quale possibile bilancio, dunque, alla luce della disamina della normativa attualmente vigente?

Una risposta potrebbe rinvenirsi nella comparazione: nulla di tutto l'imponente apparato del sistema italiano di prevenzione alla corruzione e tutela della trasparenza è paragonabile a quanto è avvenuto, invece, in Albania con l'approvazione unanime del Parlamento, della nota legge costituzionale di riforma della giustizia della Repubblica d'Albania (L. 76/2016), con cui ne sono stati ridisegnati profondamente gli assetti istituzionali.

La riforma, nata sotto la spinta degli Stati Uniti e dell'Unione europea con l'appoggio del Governo, ha risposto all'incalzante esigenza di limitare lo strapotere dei magistrati, sempre più impigliati nelle maglie della corruzione, sospettati di legami con il mondo del crimine e, soprattutto, di una personale amministrazione della *cosa pubblica*; è stata altresì diretta ad arginare l'enorme influenza del potere politico sulla magistratura, puntando ad aumentarne il livello di professionalità, al fine di restituire la fiducia dei cittadini nelle istituzioni.

La legge è in qualche misura simbolica, percepita come porta di accesso all'Unione europea. In questa prospettiva, è stata ridisegnata la struttura della Corte di Cassazione, della Corte Costituzionale, del Consiglio Superiore della Giustizia, ora Consiglio Superiore Giudiziario, così come è stato rivisto il ruolo del Presidente della Repubblica e

le sue prerogative in materia di giustizia. Inoltre, sono stati istituiti dei nuovi organismi di rilievo costituzionale: il Consiglio Superiore della Procura, l'Alto Ispettore di Giustizia, la Procura Speciale e il Tribunale Speciale per gli *high crimes* nonché per i reati commessi da politici e alti funzionari dello Stato, il Consiglio per le Nomine nella Giustizia e in via transitoria due commissioni di primo e secondo grado, note come il “*vetting*”, che dovranno esaminare tutte i dossier, le condotte professionali, personali e i patrimoni dei singoli magistrati attualmente in servizio.

Di particolare interesse è non solo il procedimento di valutazione dei magistrati attuali da parte della Commissione Indipendente e dal Collegio di Appello, ma la fase istruttoria che precederà la loro valutazione. Tale fase è caratterizzata da un procedimento tipicamente inquisitorio, rappresentato da uno *step* di indagini sui magistrati, specificamente riguardanti la valutazione della provenienza lecita del patrimonio, controllo della figura stessa del magistrato e delle relazioni familiari, la valutazione delle capacità professionali, relazionate per iscritto dinanzi alla Commissione e poi una ulteriore fase istruttoria che potrà condursi da parte degli stessi commissari della Commissione di rivalutazione.

Alla luce di questo quadro, deve darsi conto di alcune perplessità destate da tale sistema, specie riguardo al procedimento di valutazione: se, da un lato, è vero che sia la Costituzione sia la L. 86 del 2016 prevedono che le prove raccolte nell'ambito del procedimento del “*vetting*” non possano essere utilizzate contro giudici e pubblici ministeri nell'ambito di eventuali procedimenti penali contro costoro, dall'altro, le strutture deputate al “*vetting*” sono controllate dal Governo. Inoltre, la legge non presenta chiarezza in merito ai criteri che verranno utilizzati dai commissari della procedura, per la valutazione delle attività professionali dei giudici e pubblici ministeri.

Non può tuttavia biasimarsi la drasticità della riforma della giustizia in Albania, caratterizzata per anni da un sistema intriso di corruzione. Le criticità insite in questo meccanismo, così nuovo, ma già così problematico, non sono tardate ad arrivare.

Per superare queste criticità ed effettivamente indagare e perseguire i crimini commessi dagli alti funzionari è stata più di recente istituita in Albania la SPAK, la nuova procura speciale anti-corruzione e anti-criminalità organizzata. Questa, composta da due organi, ovvero la procura speciale, composta da procuratori, e l'agenzia nazionale per le indagini (BKH), è un organo indipendente, non politicizzato, istituito proprio al fine di superare il *vetting*, ovvero il processo di rivalutazione previsto dalla riforma del sistema giudiziario. La forza stessa della SPAK è nella sua natura di istituzione costituzionale, che le offre la forza e l'indipendenza dalle possibili modifiche degli “intoccabili”.

E sul piano internazionale, dove poi si gioca la vera partita, la collaborazione Italia – Albania è oggi continua e proficua. Proprio nel luglio di quest'anno, sul tema della corruzione è stata avviata un'importante collaborazione tra ANAC, OSCE e ALSAI, la Corte dei Conti albanese. Lo scopo principale è raggiungere alti standard di scambio internazionale di dati e informazioni, così come buone pratiche ed esempi virtuosi. L'obiettivo a lungo termine è quello di individuare criteri oggettivi al fine di misurare la corruzione in un Paese, utilizzando dati in tempo reale. Solo analizzando indicatori oggettivi si potrà “misurare” il peso della corruzione su un Paese e, di conseguenza, avviare azioni più incisive per combatterla.

La questione, quindi, può dirsi tutt'altro che risolta, ma probabilmente si è oggi sulla giusta direzione.

5. Conclusioni

L'esempio dell'Albania potrebbe rappresentare un punto focale per paesi che non hanno una radicale tradizione democratica e, dunque, non per l'Italia, il cui tessuto democratico è ormai consolidato.

Tuttavia, entrambe le esperienze, con le dovute proporzioni, palesano profonde criticità.

Infatti, se l'Albania ha puntato decisamente tutto sulla cultura delle misure di prevenzione per la repressione (con innegabili effetti-domino che minano fortemente la stabilità democratica della giovane repubblica), l'Italia – seppur di più longeve tradizioni democratiche – ha invece optato per un'apparente soluzione preventiva, favorendo piuttosto un chiaro ritorno a logiche vetero-inquisitorie da applicare attraverso il procedimento penale, destinato a ricoprire nuovamente un ruolo centrale nelle dinamiche politiche, in ciò che sembra sempre più un ritorno al diritto penale teso a concretizzare la concettualizzazione del diritto penale del nemico, ossia quella “giustificativa”, in alcuni casi, di un binario parallelo e separato del diritto penale.

Sul piano dei diritti, esibisce due livelli di garanzia diversa, perché si rivolge a due categorie differenti di soggetti: il primo vige per il cittadino ordinario, il secondo, invece, è uno strumento da poter utilizzare contro chi, di volta in volta, viene identificato come nemico all'interno di una data società.

Dal punto di vista processuale, è poi evidente che, almeno in Italia, il regime del “doppio binario”, dapprima destinato solo ai reati di criminalità organizzata e terrorismo (quelli, cioè, per antonomasia a forte caratterizzazione di pericolosità sociale), sia, oggi, indubbiamente applicato anche ai processi per la repressione di reati contro la P.A. o, più in generale, ai fenomeni corruttivi, quasi a voler attribuire, a questi, l'etichetta di “reati di maggior allarme sociale”, poiché capaci di sovvertire l'ordine democratico del paese.

Una risposta così determinata del legislatore, tuttavia, non tranquillizza, non soddisfa le esigenze di difesa sociale, né pare poter risolvere equamente il fenomeno della corruzione che, come noto, è primariamente culturale: nonostante si possa sostenere, da un punto di vista scientifico, che ciò dovrebbe suggerire (se non imporre) l'adozione di provvedimenti che lentamente semplifichino la pubblica amministrazione, assistiamo invece ad un processo di inesorabile ritorno a modelli di repressione che, in ragione della loro invasività, rischiano di perseguire i cittadini e di non perseguire i crimini.

Con il conseguente – e inevitabile – aumento esponenziale di rischi correlati alla commissione di errori giudiziari, dovuto anche alla palese anticipazione della soglia di punibilità che, come ulteriore grave effetto, avrà quello di precludere a soggetti solo “sospettati” di tali tipi di reati di intraprendere – o dover interrompere – carriere politiche per il semplice “allarme” scaturito dalla condizione di essere soltanto indagati (dunque, nemmeno imputati).

Inteso come valutazione dell'illiceità di un fatto, un giudizio può venir formulato anche senza le vere ed effettive garanzie della giurisdizione: si tratterà, in tal caso, di un giudizio etico, politico o di altra natura; non sarà certamente un giudizio espresso secondo diritto dal giudice del processo penale: solo attraverso il modello accertativo di matrice giurisdizionale, il giudizio sul fatto può aver valore nel mondo degli effetti giuridici.

References

- (1) I “principi” esprimono le garanzie che debbono trovare riconoscimento nella disciplina del processo e, come tali, postulano l’attuazione dei loro contenuti. I “caratteri” costituiscono gli strumenti attraverso i quali quei “principi” si realizzano, rivelando la “fisionomia” del processo, il suo “volto”, la tecnica a mezzo della quale esso si struttura.
- (2) L’esperienza storica ci ha dimostrato che col metodo inquisitorio non si tendeva ad accertare alcunché, perché, immediatamente formulata, l’accusa era ritenuta affermazione già provata. Il disvalore del comportamento veniva colto prima ancora che si iniziasse ad inquisire il soggetto, sottoposto ad investigazione non già per ricavare dalla ricostruzione del fatto un’*opinio delicti*, ma per confortare, con conferme solenni e formali e a mezzo di meccanismi rituali, una riprovevolezza già asserita.
- (3) Per un approfondimento sul concetto di giurisdizione, si rinvia a A.A. DALIA, *La garanzia della giurisdizione penale*, in *Annali dell’Istituto di Diritto e Procedura Penale*, 1992.
- (4) Secondo l’ancora condivisibile pensiero di P. NUVOLONE, *Legalità, giustizia e difesa sociale*, atti della Conferenza del 5 agosto 1964, presso la Facoltà di diritto dell’Università di Panarà.
- (5) Infatti, leggendo l’attuale formulazione dell’art. 4 del Codice antimafia, è lunghissimo l’elenco dei reati che consentono l’applicazione di misure di prevenzione personale, tra l’altro anche per i soggetti indiziati del delitto di cui all’articolo 640-bis o del delitto di cui all’articolo 416 del Codice penale, finalizzato alla commissione di alcuni dei più gravi delitti contro la P.A.
- (6) Per intenderci, attraverso il ricorso alle misure di prevenzione – misure di carattere amministrativo e di pubblica sicurezza con una veste di giurisdizionalità – si è voluto non altro che dare una risposta concreta ed immediata al “problema” della sicurezza che, se poteva essere giustificata per le “classiche” categorie di reati per cui il ricorso a misure “straordinarie” poteva trovare la sua *ratio* nella natura stessa di questi crimini “straordinari”, tuttavia non tranquillizza gli operatori che sono nati nella cultura della garanzia della giurisdizione e che si vedono oggi traditi da quanto sta avvenendo nel nostro Paese.
- (7) Secondo R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2017, solo un sistema basato sulla valorizzazione della trasparenza dell’operato della P.A., congiuntamente ad un’adeguata riforma del codice penale e processuale penale, può contribuire ad un’efficace prevenzione dei fenomeni corruttivi.
- (8) Del resto, lo stesso R. CANTONE, *‘Percezione’ della corruzione e politiche anticorruzione in penalecontemporaneo.it*, 18 febbraio 2019, ha affermato che “con questo impianto penale l’Italia ha affrontato la manifestazione più grave di corruzione mai emersa nella storia del paese, quella degli anni 90 del precedente secolo, divenuta nota come Tangentopoli o Mani pulite che riguardò il sistema dei partiti e della politica, entrambi travolti dal ciclone giudiziario, tanto che, secondo gli storici, l’esito delle indagini e dei processi cagionò un tale cambiamento da giustificare il passaggio alla seconda Repubblica. Il sistema delineato, però, era apparso non adeguato già rispetto a quelle forme corruttive di Tangentopoli e a maggior ragione è risultato non a passo con i tempi rispetto a quelle che via via si sono delineate successivamente, quelle cioè che vedono sempre più corrotti e corruttori partecipi indistinti di vere e proprie associazioni a delinquere, finalizzate a saccheggiare le risorse pubbliche”.
- (9) La volontà del legislatore è stata quella di ridare vigore ai principi di cui agli artt. 28, 54 e 97 Cost, i quali fanno riferimento, oltre che ai diritti e doveri dei cittadini, anche alla P.A.
- (10) La Legge 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni in materia di prevenzione e repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta Ufficiale* n.265, del 13 novembre 2012, prevede nuovi obblighi e adempimenti per le amministrazioni pubbliche, attraverso modifiche al codice penale, deleghe legislative e rinvii ad atti secondari da emanare.
- (11) In estrema sintesi, sono tre i momenti (i pilastri, potremmo con un po’ di enfasi dire) che caratterizzano la strategia della prevenzione, sia pure in una prospettiva unitaria che resta quella della “corruzione”, da contenere ed evitare. Il primo pilastro della strategia è connesso ad un capovolgimento della prospettiva tradizionale. L’esigenza di assicurare la legalità e la corretta cura degli interessi pubblici. Il secondo pilastro di questa strategia è nel diverso rapporto che deve intercorrere fra amministrazione e cittadini; sono questi ultimi i “beneficiari” dell’attività dell’amministrazione; i funzionari pubblici, sia quelli elettivi che quelli burocratici, gestiscono il potere nell’interesse della collettività e, in ultima analisi, quindi dei cittadini. A costoro devono dar conto – è il dar conto che viene espresso in un felice vocabolo, della tradizione anglosassone, “*accountability*” – e sono costoro che possono (e devono) chiedere ragione dell’operato dell’amministrazione. Un terzo gruppo di misure rivolge la sua attenzione alla figura del funzionario pubblico, ai suoi doveri e ai suoi comportamenti. L’idea di fondo perseguita è di rafforzare l’imparzialità

“soggettiva” dell’amministrazione, e cioè di evitare situazioni di conflitto di interessi che rappresentino un rischio concreto di fatti corruttivi, di favorire l’emersione, anche attraverso la trasparenza, di eventuali interessi privati che possono pregiudicare la migliore cura dell’interesse pubblico e regolare le condotte individuali dei funzionari, così R. CANTONE, *Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 ottobre 2018.

(12) Infatti, al fine di realizzare un’azione di prevenzione integrata tra i diversi soggetti che svolgono funzioni e attività amministrative, anche strumentali, i modelli di organizzazione e di gestione degli enti pubblici economici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico di cui all’art. 6 del D.lgs. 231/2001 considerano anche solo il rischio di fenomeni corruttivi, individuando al loro interno le aree a maggior pericolo di corruzione, incluse quelle previste nell’art. 1, co. 16, della L. 190 del 2012, valutate in relazione al contesto, all’attività e alle funzioni dell’ente, prevedono la programmazione della formazione dei piani triennali anticorruzione, con particolare attenzione alla previsione di procedure per l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione al rischio di fenomeni corruttivi. Ai sensi dell’art. 1, co. 9, lett. f), nell’ambito del piano di prevenzione sono infatti individuati specifici obblighi di trasparenza, rendendosi necessario un raccordo tra il Piano per la prevenzione alla corruzione e il Piano per la trasparenza, *rectius*, tra il Responsabile per la prevenzione della corruzione e il Responsabile per la trasparenza.

(13) Comportando per questa ragione numerosi problemi ermeneutici a causa della successione di leggi penali nel tempo. Per una disamina delle citate questioni, si consenta il rinvio a G. DALIA, *Le linee di demarcazione tra la nuova fattispecie di concussione e quella di induzione indebita a dare o promettere utilità* (Cass., SS.UU., 14 marzo 2014, n. 12228). Il “caso Ruby” (Corte d’Appello di Milano, Sez. II, 16 ottobre 2014), in M. SANTISE, F. ZUNICA (a cura di), *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, 2015, pp. 97-107. La L. 190/2012 ha avuto, chiaramente, anche un effetto sulla disciplina sostanziale, modificando le vecchie fattispecie, inasprendo il trattamento sanzionatorio, e coniandone di nuove. Gli effetti più evidenti di questo cambio di rotta si sono manifestati con l’innalzamento delle pene previste per le fattispecie di peculato, corruzione propria, corruzione in atti giudiziari e abuso d’ufficio. Per quanto attiene al delitto di concussione, invece, è stato scisso in due nelle figure di concussione *ex art. 317 c.p.* e di induzione indebita a dare o promettere utilità *ex art. 319-quater c.p.*, limitando la prima alla sola condotta di costrizione. Contestualmente, e contrariamente a quanto stabilito con la l. 86/1990 (che aveva esteso la punibilità per tale reato anche all’incaricato di pubblico servizio), nel 2012 rispondeva per il reato p. e p. *ex art. 317* solo il pubblico ufficiale. Tale scelta fu così tormentata che, con la L. 69/2015, il legislatore ha ripristinato la precedente struttura. La legge, altresì, ha distinto la corruzione propria, relativa al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, dalla corruzione impropria, rimodulando quindi la figura delittuosa, punendo – come già detto – la corruzione tra privati (*ex art. 2635 c.c.*) e introducendo, con l’art 346-bis c.p., la nuova fattispecie delittuosa del traffico di influenze illecite.

(14) Così il già Presidente dell’ANAC, ossia l’Autorità italiana anticorruzione, R. CANTONE, *Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano*, cit.

(15) T. PADOVANI, *La spazzacorrotti, riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Archivio penale*, Fasc. 3, 2018, pp. 1-11.

(16) Così G. TARTAGLIA POLCINI, *Il paradosso di Trocadero*, in *Il diritto penale della Globalizzazione*, 22 ottobre 2017.

(17) Così E. BOZHEKU, *La Riforma costituzionale (“strutturale”) del sistema della giustizia nella Repubblica d’Albania*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 ottobre 2016, per il quale si tratta di “un procedimento di natura squisitamente inquisitoria (di comunista memoria; verrebbe da dire alla faccia del processo accusatorio propugnato dagli americani nella loro veste di “nobili” portatori di democrazia e giustizia nel mondo!) dove è prevista una istruttoria formale da parte di una serie di soggetti che dovranno svolgere delle vere e proprie indagini sui magistrati, per poi relazionare per iscritto dinanzi alla Commissione e poi una ulteriore fase istruttoria che potrà condursi da parte degli stessi commissari della Commissione di rivalutazione”.

(18) Così Giuseppe Busia, Presidente dell’ANAC.

(19) Cfr. S. KEIL, Z. ARKAN, *The EU and Member State Building. European Foreign Policy in the Western Balkans*, Londra-New York, 2015.

(20) Elaborata dal noto penalista Günther Jakobs, presentata per la prima volta, in via indiretta, nel 1985, nella Relazione alle giornate dei Penalisti tedeschi a Francoforte sul Meno, per poi essere ripresa con più convinzione, dal medesimo autore, nella Relazione al Congresso celebrato a Berlino nel 1999 su “la Scienza del Diritto penale alle soglie del nuovo millennio”. Tale elaborazione teorica ha acquisito negli ultimi tempi nuova importanza nel contesto della lotta al terrorismo, nel solco del diritto penale “emergenziale”.

BACK TO THE BASICS: ELECTION INTEGRITY AS A EU ACCESSION CRITERIA FOR THE WESTERN BALKAN COUNTRIES

Jasmina Dimitrieva*

*University “Goce Delčev” of Štip (Republic of North Macedonia), Faculty of Law
(Jasmina.Dimitrieva@ugd.edu.mk; jasdim777@gmail.com)

Abstract

The Global Commission on Election, Democracy and Security defines election integrity as “election that is based on the democratic principles of universal suffrage and political equality as reflected in international standards and agreements, and is professional, impartial, and transparent in its preparation and administration throughout the electoral cycle”. Elections with integrity are the key to preserving stability, peace and security not only at a national, but also at European level. The perspectives of the EU integration of the Western Balkans have been continuously viewed through the lens of the European security and stability. From the viewpoint of election integrity, the 1993 Copenhagen accession criteria require from the candidate countries to achieve stability of institutions guaranteeing democracy and the rule of law. The Western Balkan countries are experiencing a long-time struggle to satisfy the said EU democratic criteria. The paper aims to shed light on the 1993 Copenhagen criteria with respect to the obligation to conduct elections with integrity and discusses the EU support modalities for ensuring election integrity in the Western Balkans, as well as synergies created with other regional organizations in this regard. The paper concludes that regardless of the EU integration perspective of the Western Balkan countries, the citizens of the region deserve elections with integrity comparable to those of the EU countries.

Keywords: Copenhagen Criteria, Election Integrity, Election Standards, Western Balkans.

KTHIM NË ELEMENTET BAZË: INTEGRITETI I ZGJEDHJEVE SI NJË KRITER PËR PRANIMIN E VENDEVE TË BALLKANIT PERËNDIMOR NË BE

Jasmina Dimitrieva*

*Universiteti “Goce Delčev” i Štip (Republika e Maqedonisë së Veriut), Fakulteti i Drejtësisë
(Jasmina.Dimitrieva@ugd.edu.mk; jasdin777@gmail.com)

Abstrakt

Komisioni Global për Zgjedhjet, Demokracinë dhe Sigurinë e përcakton integritetin e zgjedhjeve si “zgjedhje të cilat bazohen në parimet demokratike të së drejtës universale të votës dhe barazisë politike siç reflektohet në standardet dhe marrëveshjet ndërkombëtare dhe është profesional, i paanshëm dhe transparent në përgatitjet dhe administrimin e tyre gjatë gjithë ciklit elektoral”. Zgjedhjet me integritet janë çelsi i ruajtjes së stabilitetit, paqes dhe sigurisë, jo vetëm në nivel kombëtar por edhe evropian. Perspektiva e integritetit të vendeve të Ballkanit Perëndimor në BE është parë gjithmonë nëpërmjet lenteve të sigurisë dhe stabilitetit evropian.

Nga pikëpamja e integritetit të zgjedhjeve, kriteret e Kopenhagenit 1993 për aderimin në BE, kërkojnë nga vendet candidate që të arrijnë qëndrueshmërimë e institucioneve duke garantuar demokracinë dhe sundimin e shtetit të së drejtës. Vendet e Ballkanit Perëndimor po përjetojnë një betejë të gjatë për të plotësuar kriteret demokratike të kërkuara nga BE. Ky punim ka për qëllim të hedhë dritë mbi kriteret e Kopenhagenit të vitit 1993 lidhur me detyrimin për të mbajtur zgjedhje me integritet dhe diskuton mbi mënyrat e mbështetjes së BE-së për sigurimin e integritetit të zgjedhjeve në Ballkanin Perëndimor, si edhe sinergjitë e krijuara me organizata të tjera rajonale në këtë 16spect. Punimi arrin në përfundimin se, pavarësisht perspektivës së Ballkanit Perëndimor në BE, qytetarët e rajonit meritojnë zgjedhje me integritet dhe të krahasueshme me ato të vendeve të BE-së.

Fjalë kyçe: kriteret e Kopenhagenit, integriteti i zgjedhjeve, standardet e zgjedhjeve, Ballkani Perëndimor.

1. Introducing Election Integrity Concept

Election integrity is defined as “(...) elections based on the democratic principles of universal suffrage and political equality as reflected in international standards and agreements, and is professional, impartial, and transparent in its preparation and administration throughout the election cycle” (1). While elections with integrity are often used as a synonym for the paradigm of “free and fair” multi-party elections, the election integrity puts emphasis on the rule of law principle in elections and protection of active

and passive election rights. The basic message is that all processes implemented in the election cycle must be honest and not corrupt.

While elections with integrity are a foundation of a democratic political system, they cannot be considered a synonym for democracy. In some instances, elections only enable liberalization of election outcomes. The voters have a choice to elect public officials from one or another dominant political party, who may not be knowledgeable about good governance and interested in defining and protecting public interests. Poverty, corruption, organised crime and ignorance might be used to defraud election process, restrict human rights and freedoms and perpetuate a viscous cycle of social wrongs even for future generations. Elections without integrity and untrustworthy governance will be resulting in a diminished public confidence in democratic institutions and a loss of trust in the rule of law.

Therefore, elections with integrity, as a central feature of the contemporary democracies, are indispensable for facilitating stability, peace and security not only at national, but also at European level. The European integration perspective of the Western Balkans remains heavily entangled with the security considerations of the EU, as well as of its members states. One does not need looking further than what has been happening in the region since the last decade of the last century, the terrible wars and conflicts in the former Yugoslavia, organised crime and massive migration flows through the Western Balkan route towards EU. As the EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy/Vice-President of the European Commission Josep Borrell put it: “The European Union is not complete without the Western Balkans. A credible enlargement policy is an investment in peace and security for the whole of Europe, even more so in times of increasing global challenges” (2).

Election integrity in the Western Balkans should be at heart of the security considerations of the EU and of its individual member states. Elections attract attention as they determine the political dimension in the Western Balkans, a region that is still struggling to put into practice the concepts of democratic governance and the rule of law.

2. The 1993 Copenhagen Criteria and Elections with Integrity

The Copenhagen criteria are the gates that Western Balkan candidate countries must open in order to enter EU. These criteria were defined by the European Council in Copenhagen in 1993 (3).

From the viewpoint of election integrity, the most important political criterion reads as follows: “the candidate country has achieved *stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law*”.

The wording of the Copenhagen criteria is broad and general, and thus may be leading to various interpretations (4). However, it is clear that elections are an intrinsic element of democracy, allowing for a peaceful transfer of power to the majority preferred election candidate. Moreover as Tanya Markler put it: “[e]lections taking place in all of the applicant countries, have been a major focus of these combined principles (...) referring to democracy and rule of law” (5).

According to Ronald Janse, the European Commission monitoring and evaluating the progress of the candidate countries towards EU considered that “regular elections conducted on the basis of secret ballots, universal adult suffrage, and a competitive, multiparty political system were essential. But the Commission went beyond a minimalist

understanding of democracy, often called ‘electoral democracy’” (6). The Commission during the enlargement process also examines other connected rights, such as freedom of expression and political association (7).

Considering the meagre content of the Copenhagen criteria, the question arises as to the election requirements that need to be satisfied by the candidate countries. There is no single European treaty on election standards in the Euro region. Therefore, to define the election integrity requirements in view of the Copenhagen criteria, firstly the examination of the EU election rules is warranted.

Turning to the EU election rules, it is clear that passive and active election rights are fundamental human rights (8). In addition to article 39 of the Charter on Fundamental Rights, legal bases in the primary legislation are to be found in article 14 of the Treaty on European Union (TEU); and articles 20, 22 and 223 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The secondary legislation encompasses the 1976 Act Concerning the Election of the Members of the European Parliament by Direct Universal Suffrage as amended in 2002 (9). The election principles that transpire from the above legislation encompass the universality of the vote, protection of passive election right, direct election of the European Parliament – body with legislative powers, elections on regular intervals with free and secret ballot based on non-discrimination. The highlight is placed on the integrity of elections, albeit implied, considering the overreaching principle of the rule of law in the EU legislation. With respect to election legislation, the general EU principles of legal certainty, legitimate expectation, transparency and accessibility of legislation, stemming from the rule of law principle, are applicable (10). The observance of the above principles is indispensable as a safeguard of the election integrity.

Election standards of another European regional organization, that is, the Council of Europe (CoE) are also important in the context of the EU enlargement and the Copenhagen criteria. Paragraph 10 of the 2007 Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union re-affirms the Council of Europe standards as a continuous benchmark for observing democracy and the rule of law. Although EU has not yet joined the CoE’s European Convention on Human Rights (ECHR), article 3 of Protocol no. 1 of the ECHR, that is guaranteeing free and fair elections of a legislature, has entered into force for all EU members. In addition, the EU Charter and the ToL reaffirm the fundamental value of the ECHR in the human rights arena (11).

National election rules also apply with respect to the elections of the European Parliament. In this regard, all EU member states are OSCE participating states and they conduct their elections in line with the OSCE political commitments (12). The elections of the European Parliament were assessed twice by the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) in 2004 and in 2009 against the OSCE election commitments (13). In 2009, the ODIHR election assessment mission concluded that in spite of the common EU principles and individual rights related to elections, there was a diversity of national rules and practices in the conduct of the European Parliament elections. The above assessments add to the argument that the examination of the OSCE political commitments is warranted in the context of the applicable election standards when elections in the Western Balkans are at stake.

3. Elections with Integrity in Article 3 of Protocol no. 1 of the CoE ECHR

Ratifying states of the CoE's ECHR article 3 of Protocol no. 1 must hold free, periodic and secret election of a legislature (14). Elections must be organised with integrity, which *ad minimus* requires effective protection of election candidates and voters from intimidations and threats, and punishment of any attempts to rig elections (15). The countries enjoy a wide margin of appreciation in the election context. Election passive and active rights are qualified rights (16). However, any interference with election rights must be lawful, in accordance with the rule of law principle (17). The interference must pursue a legitimate aim, such as protection of the rule of law principle, of national security and crime prevention, and must be justified. The interference must meet a societal necessity, or a pressing social need. The European Court of Human Rights (ECtHR) conducts a balancing exercise between the individual election right and protection of the public good. The interference complained of must not be disproportionate, or arbitrary to the extent that it thwarts the free expression of the will of the people (18). An arbitrary interference is the unjustified one, imposed as a result of abuse of power, and/or in unfair procedure.

3.1 Election fraud and remedies

In a number of Azerbaijani cases, the applicants complained about inadequate and ineffective legal remedy capable of correcting the wrongs caused by a number of election irregularities, which affected the election rights and election results (19). The ECtHR found a violation of article 3 of Protocol no. 1 to the ECHR. In particular, not only the election commission left the applicant's complaint unexamined, but the ensuing appeals were rejected for purely formalistic reasons, and thus, the appeals were left unexamined in substance.

The ECtHR underscores that adequate and effective legal remedies in election context are of vital importance for a vibrant and sustainable democratic society and for protecting individual election rights. The ECtHR re-affirms that there is no true democracy without adherence to the rule of law doctrine. Moreover, the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is intrinsic to the ECHR articles and protocols (20). Although the complaints about the unfairness of judicial proceedings related to elections are outside of the scope of article 6 of the ECHR guaranteeing free and fair trial, the ECtHR requires a thorough and effective investigation and impartial and objective examination of election-related cases by an impartial election administration under very article 3 of Protocol no. 1 of ECHR. ECHR makes an explicit reference to the lawfulness of the measures taken by the ratifying State. Elections with integrity are the right channel to instal a rightful election winner in a public office, the one who is considered trustworthy by the voters to occupy a public office. Furthermore, elections must reflect, or not run counter to, the concern to maintain the integrity and effectiveness of an election procedure aimed at identifying the will of the people through universal suffrage (21).

3.2 Relevant ECtHR Case-Law and the Western Balkan Countries

There are ECtHR judgments and decisions deciding on alleged violations of article 3 of Protocol no. 1 with respect to the Western Balkan countries. In a well-known judgment of *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (B&H) the ECtHR established that B&H infringed upon the ECHR rights of the election candidates, affiliated to the smaller

communities. They were discriminated against, as they were barred from standing in presidential and legislative elections for the House of Peoples on the ethnic ground (22). In the ECtHR case *Baraliija v. B&H*, the applicant complained that she has been discriminated against as no local elections were held in Mostar since 2008, which infringed upon her passive and active election rights (23). The complaint was examined under article 1 of Protocol no. 12 of ECHR prohibiting discrimination in general terms. The Court established a violation, holding that B&H failed to fulfil its positive duty to hold democratic elections in Mostar, without providing an objective, reasonable and sufficient justification in this regard. Difficulties in reaching a power-sharing decision, which would unblock the elections in Mostar was not deemed a sufficient, objective and reasonable justification for the difference in treatment based on residence.

In 2016, in the judgment *Paunović and Milivojević v. Serbia*, the ECtHR ruled on the practice of political parties to require and use undated resignation letters signed by their elected party members, in order to remove those members from office at any time and against their will (24). The ECtHR took the view that, even though the resignation letter would be submitted by the party, only the Parliament was entitled to withdraw a seat. It was therefore the State, which deprived the Member of the Parliament (MP) of the seat by accepting the resignation. The application of an MP who had lost his/her seat was thus admissible *ratione personae*. The ECtHR found that the impugned practice was at odds with domestic law, which required such resignations to be submitted by the MP in person, and established a violation of article 3 of Protocol No. 1. The ECtHR also took into consideration the Opinion of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) on the Constitution of Serbia adopted at its 70th plenary session in 2007. The Venice Commission considered it a serious violation of the freedom of an MP to express his/her view on the merits of a proposal or action, if he or she may put the MPs' mandate at disposal of the political party, which had nominated him/her (article 102 of the Serbian Constitution). The MPs may be forced to resign if they do not agree with their party leadership strategy or if they change their political affiliation. In such a way, excessive power was concentrated in the hands of the party leaderships.

4. Election Integrity in the OSCE/ODIHR Election Standards

The election cycle is composed from pre-election, election and post-election periods (25). During each period of this cycle important OSCE election commitments must be observed to maintain the election integrity. Bearing in mind the election integrity requirement, the highlighted OSCE political commitments encompass the following (26).

In the pre-election period, the election law must embody the requirement for the elections to reflect the free will of the people, and to be held periodically. Universality of the vote, non-discrimination and equal suffrage must be stipulated in the law. The election law must be clear and coherent, any amendments to the election law must be adopted in good time before elections, so that the candidates and voters are well aware of the election rules in time of the elections. During the pre-election phase, adequate and effective remedies must be available for voters' registration (27).

In the election period, the states must ensure that no candidate, especially the ones from the ruling parties, gains unlawful and unfair advantage over other. Elections must be free from any violence or pressure (28). Security of voters, candidates and election material must be ensured. The candidates should be able to carry out their campaigning freely,

while political pluralism must be protected (29). The rules on financing and media access must be clear and foreseeable (30). Effective remedy for the election processes must be available to candidates and voters.

Post-election phase must ensure effective and timely resolution of election disputes. The criminal-law remedies must be effective enough to end impunity in election-related cases (31).

4.1 OSCE/ODIHR – The Observation Champion in the Western Balkans

OSCE is mandated to observe elections in the OSCE region. Election observation enhances election process, and its integrity. What do recent election observation reports say for the Western Balkans? When looking at the recent reports the first what catches the eye is that most of the recommendations from previous election observation reports remained unaddressed by the state authorities. Although the recommendations are repeated over and over again, the authorities of the Western Balkan countries remain inactive.

There are election observation recommendations that can be found in most of the ODIHR reports with respect to Western Balkans. Summarized findings include misgivings with respect to the stability of elections laws, when they were amended hastily, without envisaging sufficient implementation period for the parties and election administration, which adversely affects their implementation. Inaccurate voters' lists were pointed out as a weakness that needs to be addressed by the authorities. Media coverage was usually favoring the ruling party or few major parties, without providing in-depth analysis of their political platforms. Campaign financing usually finds its way in the election observation reports due to insufficiently transparent campaign finding and abuse of state resources. Votes' buying and voters' intimidation was also among election irregularities highlighted in the election observation reports (32).

5. EU, Western Balkans and Election Integrity: Never Ending Story?

Generally speaking, the pace of EU integration of the Western Balkan countries is slow. The Western Balkan countries are struggling with their ability to satisfy the EU democratic criteria and ensure the stability of democratic institutions and the rule of law. This is the one side of the EU integration coin regarding Western Balkans. The other side of the EU integration coin is the EU absorption capacity with respect to these countries, stipulated in the 1993 Copenhagen (accession) criteria (33).

Regardless of the EU absorption capacity, the voters from the Western Balkan countries must be afforded elections with integrity, as envisaged in the international documents containing legally-binding election standards and political commitments.

What is EU doing to ensure election integrity in the Western Balkans, and thereby increase the legitimacy and credibility of the election process? The activities can be categorized as follows: 1. Commission's monitoring reports of the progress of the candidate countries, 2. EU election observations, 3. Election reform support programmes, and 4. Political dialogue and diplomacy.

5.2 Progress Monitoring on The Path Towards EU

First and the most important EU activity in this regard is the monitoring of the countries' progress along the EU path, which is more effective, when accompanied by a credible enlargement process with clear criteria. Election developments are always mentioned in the Commission's progress reports in the part devoted to the political criteria. The Commission is also underscoring any recommendations from the previous annual report, which remained unaddressed. The lack of implementation of the judgment of *Finci and Sejdic v. B&H* is noted in the Commission's report addressed to this country (34). This report further highlights a lack of progress in improving election framework in line with European standards and ensuring transparency of political party financing. The Amendments adopted in July 2020 should enable holding of local elections in Mostar for the first time since 2008 (35).

The above also indicated the interplay of the EU with the other two European organizations, that is, CoE and OSCE/ODIHR. The Commission keeps abreast of the enforcement of the ECtHR judgments and follows on the election observation reports of the OSCE/ODIHR. These three organizations are speaking in one voice, when elections are at stake.

The Commission's task is also to keep the EU Council and European Parliament informed throughout the process, by way of regular reports, strategy papers and clarifications on conditions for further progress.

5.3 Election Reform Support Programmes

Support for election reform provided by EU demonstrates even better this interplay between the European regional organizations in the election sphere. EU funds programmes in view of providing a meaningful follow-up to the recommendations set out in the OSCE/ODIHR election observation reports addressed to the Western Balkan countries. These support programmes are mainly funded by the Instrument for Pre accession Assistance.

The EU election reform support programme "EU4Democracy: Support to election reform in the Western Balkans Horizontal support programme" contributes towards strengthening democratic institutions and processes in the Western Balkans (36). The aim is to bring elections in compliance with OSCE commitments and other international obligations and standards for democratic elections. This new programme builds on the positive results of previous OSCE/ODIHR regional elections reform support programme funded by EU, and implemented by OSCE/ODIHR "Support to Elections in the Western Balkans" from 2017 to 2020, which was also focusing on supporting the compliance with the OSCE/ODIHR recommendations.

The election reform support programme is fully in line with the 2018 Western Balkans Strategy that stresses the importance of free and fair elections and proper implementation of recommendations of election observation missions (37). Increased knowledge and skills of the stakeholders, increased awareness of the election reforms of the beneficiaries and exchange of best practices among the Western Balkan countries are among the objectives of the upcoming election reform support programme. A brief overview of the recent election observation reports of the respective countries discloses the need for the election reform support programme to address the following (38):

1. A declining confidence in the impartiality and independence of election management bodies (EMBs), due to their limited capacities, inadequate legal framework, insufficient transparency of the election processes and undue influences.
2. Concerns about the accuracy of voter lists and voter registration processes, not being sufficiently coordinated with the population registers and inadequate remedies for the voters who have been denied to cast a vote.
3. Restricted freedom of expression manifested in inequitable access to media, insufficient legal safeguards, incrimination of defamation, a lack of effective, independent and autonomous media regulatory power.
4. Electoral violence and intimidation.
5. Campaign financing rules, disclosure, monitoring and regulatory capacities which do not fully enable transparency and accountability of electoral campaigns.
6. Ineffective election dispute adjudication, due to limited capacity and dependency of the election dispute resolution bodies.

In view of the above, the upcoming election reform support programme will address the following thematic areas: i) effectiveness of election management bodies (EMBs); ii) voter lists and voter registration processes; iii) capacity and know-how of media regulatory bodies and media coverage during elections; iv) election campaign rules; and v) capacity and know-how of election dispute resolution bodies.

Judging by the practice so far, in co-ordination with OSCE/ODIHR, the EU will, as necessary, engage with host authorities to secure their cooperation and push the realization of the election reform agenda. EU acts as a leverage to push for implementation of the OSCE/ODIHR election reform recommendations.

5.4 EU Observes Elections

Election observation is a vital EU activity aiming to promote democracy, human rights and the rule of law, worldwide. It reinforces the key EU foreign policy objectives, strengthens democratic institutions, public confidence in election processes and helps deter election fraud and curb violence.

However, the EU does not regularly deploy election observation missions in the Western Balkans, except for Kosovo, which used to rely heavily on the OSCE Mission in Kosovo for organizing and observing the elections. In 2019, from all of the Western Balkan, the EU only deployed its election observation mission to Kosovo for early national elections and presented its recommendations:

There are recurring systemic problems with the election process. For instance, lack of clear provisions on challenging results at all levels, issues concerning the accuracy of the voter list, inadequate campaign finance regulation and oversight, and many others. These problems need to be urgently addressed, considering also the efforts already taken by the Assembly's ad-hoc parliamentary committee, in order to bring Kosovo fully in line with international standards for democratic elections.

concluded Viola von Cramon-Taubadel, the member of the European Parliament and Standing Rapporteur for Kosovo.

In this context, it is important to mention the European Parliament's Democracy Support and Election Coordination Group, which is observing elections in cooperation with ODIHR. As a rule, other election groups join the ODIHR election observation mission, but they only observe elections on the election day. As an example, in 2020, the President of the European Parliament David Sassoli announced observation of parliamentary elections in Montenegro (39). The Western Balkans is among the priorities of the European Parliament's Democracy Support and Election Coordination Group, according to this group's annual programme.

5.5 Facilitating Political Dialogue and Supporting Decision-Making Process

The EU is also involved in resolving difficult situations in the countries, which might warrant early elections. The power of the EU in the Western Balkans is used as a leverage to push for reforms and implementation of recommendations and decisions of the regional organizations. It supports the work of experts and putting into practice their technical advice by assuring EU presence and political leverage to the process and its outcomes. EU is also called upon to resolve the most difficult political processes in the country, for example a facilitation of a dialogue between opposing social forces, and/or forging a deal to overcome social conflicts, the cycles of stagnation, and to avoid sliding back into captured state. With no doubts EU, is counted among the strongest and the most powerful political external actors in the Western Balkans. The leverage that the enlargement process provides to EU as a supra-national organization is unprecedented.

6. EU Preparedness for the Western Balkan Countries

However, EU was aware even in 1993, that the transition from socialism to democratic governance of the ex-socialist countries and the enlargement process would bring not only economic costs, but also many other political, security, international, regional and legal challenges. Therefore, the 1993 Copenhagen criteria clearly set out that regardless of the fulfilment of the criteria of the candidates, the absorption capacity of the EU can be a showstopper for a country wishing to join EU. This criterion is also quite broad and open to interpretations, so it is not clear how the EU decides about its absorption capacities when different countries are involved. Which ones are absorbable, and which ones are not? It may be that the EU absorption capacity is directly linked with the number of vetoes a candidate country receives from EU member states when trying to pass the EU membership gates. Regional conflicts and unresolved issues are a wake-up call for the Western Balkan countries dreaming of becoming a part of EU.

The EU absorption capacity appears to play a role in the approximation of the whole Western Balkans and separately for each of the countries situated in this region. If the enlargement were only a technical process depending on the fulfillment of the EU enlargement criteria, there would not have been a need for such a criterion in the Copenhagen criteria. If the problems are structural and depending on complex institutional reform, that could only delay the enlargement, but not terminate the process. The EU should be more transparent with respect to its absorption capacity criterion, as such a showstopper may create negative effects for the democratic order and the rule of law in the countries wishing to join the EU.

7. What Is Done and What Needs to Be Done to Ensure Stability of Democratic Institutions and the Rule of Law in the Western Balkans?

A desk review and a review of the inventory of relevant reports reveal positive sides and threats with respect to the on-going process of working towards fulfilling the relevant Copenhagen criteria by the Western Balkan countries. The negative outcomes which appeared during the transition process indicate a number of threats and challenges that the Western Balkan countries have to meet and overcome in order to pass over to the other side of prosperous and sustainable democratic societies. For example:

-As to the elections, authors speak about liberalization of election outcomes, when elections enable a change of the political actors leading the country, but no real sustainable democratic changes are materialized in the society. Regular elections cannot be considered sufficient for a society to be considered democratic, as their effect could be a sustainable survival of competitive authoritarianisms (40). Slipping into competitive authoritarianism is a real threat to the political orders of the Western Balkan countries.

-Organised crime can become the biggest threat to the survival of a sustainable democratic order in the Western Balkans. The disintegration process, recent wars and conflicts opened a bigger window of opportunity for the organized crime gangs from the region and abroad. According to the EU Commission's reports, trafficking in weapons, persons, arms, waste dangerous to the environment exists in the region. Large profits are earned by criminal gangs, that can be used for corruption, illegal deeds and for putting pressure on the regional political elites, and thus perpetuate anarchy and destroy the rule of law, with aim to produce and maintain an environment conducive to criminal activities (41). The Balkan strategy also warns about the existence of the organised crime and corruption in the region (42).

On a positive side, the Western Balkan countries, have been practicing a multi-party democracy for decades. There is a plurality of political choice, regular national and local elections and many years of electoral practice observed by independent election observers. The election laws are slowly and gradually improving. The voters are not so naïve any longer, they are much more informed about the offers and programmes of the political candidates, and have developed capacities to evaluate the job of the Government. The citizens are much more aware about their human rights and civil liberties. There is an increasing meaningful representation of women and ethnic minorities in the public affairs. A positive outcome of the process is that there has been a collective learning coming from practicing democracy, participating in elections and striving to live the rule of law principle in reality.

8. Conclusions

From the above discussion the following conclusions can be draw.

Elections and stability of democratic institutions from the Copenhagen criteria are not one and the same, but elections with integrity are *sine qua non* for the development and stability of the democratic system in the Western Balkans, as required by the Copenhagen criteria. The election integrity matters first and most for the people of the Western Balkans who do not deserve less than elections in compliance with EU election standards, regardless of the EU's absorption capacity, and the enlargement outlook.

Nurturing legal and political democratic culture is the key to sustainability of all the efforts invested into elections with integrity in the Western Balkans. Democratic legal and political culture must take a permanent hold to counterbalance aggressive behaviors based on corruption, unfairness and exploiting of vulnerabilities. The rule of law must be upheld in any possible way, as there cannot be elections with integrity without the rule of law principle translated into practice.

References

- (1) VV. AA., *Deepening Democracy: A Strategy for Improving the Integrity of Elections Worldwide*, September 2012, available at www.idea.int/sites/default/files/publications/deepening-democracy.pdf.
- (2) Borrell: *Europe is Not Complete Without the Western Balkan*, in *European Western Balkans*, 7 October 2020, available at www.europeanwesternbalkans.com/2020/10/07/borrell-europe-is-not-complete-without-the-western-balkan/.
- (3) European Council, *Conclusions of The Presidency*, SN 180/1/93 REV 1, Copenhagen, 21-22 June 1993.
- (4) T. MARKTLER, *The Power of the Copenhagen Criteria*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 2, 2006, pp. 343-363.
- (5) *Ibid.*
- (6) R. JANSE, *Is the European Commission a CREDIBLE guardian of the Values? A Revisionist Account of the Copenhagen Political Criteria During the Big Bang Enlargement*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17, No. 1, 2019, pp. 43-65.
- (7) *Ibid.*
- (8) Charter on Fundamental Rights of the European Union, article 39.
- (9) Council Directive 93/109/EC of 6 December 1993, *laying down detailed arrangements for the exercise of the right to vote and stand as a candidate in elections to the European Parliament for citizens of the Union residing in a Member State of which they are not nationals*, in OJ L 329 of 30 December 1993, pp. 34-38; amended by the Council Directive 2013/1/EU of 20 December 2012, *amending Directive 93/109/EC as regards certain detailed arrangements for the exercise of the right to stand as a candidate in elections to the European Parliament for citizens of the Union residing in a Member State of which they are not nationals*, in OJ L 26 of 26 December 2012, pp. 27-29.
- (10) P. CRAIG. G. DE BURCA, *EU Law*, 2003, pp. 358-395.
- (11) Treaty of Lisbon, 2007, article 6, paragraph 3 and Charter on Fundamental Rights of the European Union, article 52.
- (12) Organization for Security and Cooperation in Europe.
- (13) OSCE/ODIHR, *Observation of the European Parliament Elections*, available at www.osce.org/odihr/elections/eu.
- (14) Protocol No. 1 of ECHR, article 3 reads as follows: “[t]he High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”.
- (15) D.J. HARRIS, M. O’BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995, pp. 19-21.
- (16) ECtHR (Chamber), judgment of 1 July 1997, application nos. 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95 and 27755/95, *Gitonas and others v. Greece*, para. 39; ECtHR (Fifth Section), judgment of 30 June 2009, application nos. 35579/03, 35613/03, 35626/03 and 35634/03, *Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea and Aiarako and Others v. Spain*, para 48.
- (17) ECtHR (Grand Chamber), judgment of 30 March 2004, application no. 74025/01, *Hirst (No. 2) v. the United Kingdom*.
- (18) ECtHR (Plenary), judgment of 2 March 1987, application no. 9267/81, *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, para 52; ECtHR, *Gitonas and Others v. Greece*, cit., para 39; ECtHR (Grand Chamber), judgment of 30 January 2007, application no. 10226/03, *Yumak and Sadak v. Turkey*.
- (19) ECtHR (First Section), judgment of 30 September 2010, application no. 20799/06, *Kerimova v. Azerbaijan*. See also ECtHR, judgment of 10 April 2012, application no. 4641/06, *Mammadov v. Azerbaijan* (no. 2).

- (20) See, among many other authorities, ECtHR (Chamber), judgment of 25 June 1996, application no. 19776/92, *Amuur v. France*, para 5.
- (21) ECtHR, *Yumak and Sadak v. Turkey*, cit., para. 109.
- (22) ECtHR (Grand Chamber), judgment of 22 December 2009, application no. 27996/06, *Sejdić and Finci v. B&H*.
- (23) ECtHR (Fifth Section), judgment of 29 October 2019, application no. 30100/18, *Barlija v. B&H*.
- (24) ECtHR (Third Section), judgment of 24 May 2016, application no. 41683/06, *Paunović and Milivojević v. Serbia*.
- (25) *What is the Electoral Cycle?*, in ACE. *The Electoral Knowledge Network*, available at www.aceproject.org/electoral-advice/electoral-assistance/electoral-cycle.
- (26) OSCE, *The Copenhagen Document*, 1990, paras. 6 and 7 (which is different from the Copenhagen enlargement criteria); OSCE, *The OSCE Human Dimension Commitments, 1 Thematic Compilation*, 3rd edition, 2011, pp. 80-84; OSCE, *Existing Commitments for Democratic Elections in OSCE participating states*, 2003.
- (27) OSCE/ODIHR, *Handbook for the Observation of Voter Registration*, 2012, pp. 28 and 55. See also OSCE/ODIHR, *Statement of Preliminary Findings and Conclusions with respect to Armenian Presidential Elections*, 2013, p. 2.
- (28) Check as secondary resource: OSCE/ODIHR, *Handbook for Domestic Election Observers* (Macedonian translation), 2005, p. 16.
- (29) For example, OSCE/ODIHR *Final Report on Kazakhstan Early Parliamentary Elections*, 2012, p. 27.
- (30) See, among others, OSCE/ODIHR, *the Election Assessment Mission Report on Iceland*, 2013, pp. 9-10.
- (31) OSCE/ODIHR, *Final Report on Kazakhstan*, cit., 2012, pp. 18 and 28. Although not in Europe or Western Balkans, the report on Kazakhstan has been mentioned for better illustration of the OSCE standards in the election field.
- (32) See the latest ODIHR election observation reports for Western Balkans, for example: ODIHR, *Special Election Assessment Mission Final Report, Parliamentary Elections of Serbia*, 7 October 2020; ODIHR, *Limited Election Observation Mission Final Report, Parliamentary Elections of Montenegro*, 30 August 2020; ODIHR, *Special Election Assessment Mission Final Report, Early Parliamentary Elections of North Macedonia*, 15 July 2020; ODIHR, *Election Observation Mission Final Report, Presidential Election of North Macedonia*, 21 April and 5 May 2019; ODIHR, *Election Observation Mission Final Report, General Elections of B&H*, 7 October 2018.
- (33) The Copenhagen accession criteria also contains a fourth criterion, which reads as follows: “[t]he capacity of the Union to absorb new Member States while maintaining the momentum of the European integration process.”
- (34) European Commission, *Final Bosnia and Herzegovina 2020 Report*, SWD (2020) 350, Brussels, 6 October 2020.
- (35) See ECtHR, *Barlija v. B&H*, cit.
- (36) European Commission, *EU4Democracy: Support to election reform in the Western Balkans Horizontal 2021-2027*, available at www.ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/default/files/ipa_2020-041-818.08-mc-eu4democracy-electoral_reform.pdf.
- (37) European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Credible Enlargement Perspective for and Enhanced EU engagement with the Western Balkans*, COM(2018) 65 final, Strasbourg, 6 February, 2018.
- (38) See the latest ODIHR election observation reports for Western Balkans, for example: ODIHR, *Special Election Assessment Mission Final Report, Parliamentary Elections of Serbia*, cit.; ODIHR, *Limited Election Observation Mission Final Report, Parliamentary Elections of Montenegro*, cit.; ODIHR, *Special Election Assessment Mission Final Report, Early Parliamentary Elections of North Macedonia*, cit.; ODIHR, *Election Observation Mission Final Report, Presidential Election of North Macedonia*, cit.; ODIHR, *Election Observation Mission Final Report, General Elections of B&H*, cit.
- (39) Sassoli: *Observing elections in Montenegro is a priority*, in *European Western Balkans*, www.europeanwesternbalkans.com/2020/07/13/sassoli-observing-elections-in-montenegro-is-a-priority/.
- (40) S. LEVITSKY, L. WAY, *The Rise of Competitive Authoritarianism*, in *Journal of Democracy*, No. 13, 2002, pp. 51-66.

(41) See for example European Commission, *Final Bosnia and Herzegovina 2020 Report*, cit.; European Commission, *Final North Macedonia 2020 Report*, SWD(2020) 351, Brussels, 6 October 2020; M. LYMAN, G. POTTER, *Organized Crime* (Macedonian edition), Skopje, 2009, pp. 308-310.

(42) European Commission, *A Credible Enlargement Perspective for and Enhanced EU engagement with the Western Balkans*, cit.

BEYOND MUTUAL RECOGNITION: THE RULES OF JOINT INVESTIGATION TEAMS

Rosa Maria Geraci*

* University of Rome “Tor Vergata” (Italy), Department of Law
(rosa.maria.geraci@uniroma2.it)

Abstract

The “Joint Investigation Teams” (JITs) are a new and effective tool for cooperation in criminal matters, based on a “spirit of solidarity” in carrying out cross-borders criminal investigations: synergistic forms of cooperation between both judicial and police authorities of the different Member States (or even non-EU Countries, if there are legal bases), which coordinate their actions and share the results obtained.

JITs constitute an unprecedented form of judicial assistance: “non-rogatorial”, “hybrid”, “operational” and “self-sufficient” from an organizational point of view.

Based on an agreement between competent authorities – both judicial (judges, prosecutors, investigative judges) and law enforcement – of two or more States, JITs are established for a limited duration and for a specific purpose, to carry out criminal investigation in one or more of the involved States.

Despite the many advantages, the critical issues are not few: the balance between fight against international crime and right of defense; the lack of proper measures to approximate EU Member State’s criminal law and the resulting problem of admissibility of evidence collected abroad in the national trial; the interactions with other new cooperation tools, (MAE, EIO, etc.), with respect to which JITs can often act as an initial mechanism for an investigative activity that can be developed more widely.

Keywords: Eurojust, Europol, Joint Investigation Teams, Judicial Cooperation in Criminal Matters, Mutual Recognition, Olaf.

PËRTEJ NJOHJES TË NDËRSJELLTË: RREGULLAT E EKIPEVE TË PËRBASHKËTA TË HETIMIT

Rosa Maria Geraci*

* Universiteti i Romës “Tor Vergata” (Itali), Department i Drejtësisë
(rosa.maria.geraci@uniroma2.it)

Abstrakt

“Ekipet e Përbashkëta të Hetimit” (EPH) janë një mjet i ri efektiv për bashkëpunim në çështjet penale, bazuar në një “shpirt solidariteti” në kryerjen e hetimeve penale ndërkufitare, formave sinergjike të bashkëpunimit mes autoriteteve gjyqësore dhe policore të vendeve anëtare (apo vendeve jo-anëtare të BE-së, nëse ekzistojnë bazat ligjore), që koordinojnë veprimet e tyre dhe ndajnë rezultatin e arritur.

EPH përbëjnë një formë të paprecedentë të asistencës ligjore: “jo-letërporositëse”, “hibride”, “operacionale” dhe “e vetëmjaftueshme” nga një pikëpamje organizative.

Bazuar në një marrëveshje mes autoriteteve kompetente – si ato gjyqësore (gjykatës, prokurorë, gjykatës hetimor) por edhe ato policore - të dy apo më shumë shteteve, EPH-të janë krijuar për një kohëzgjatje të kufizuar dhe për një qëllim specifik për të kryer hetime penale në një apo më shumë shtete të përfshira.

Pavarësisht avantazheve të shumta, çështjet kritike nuk janë pak: balanca mes luftës kundër krimit ndërkombëtar dhe të drejtës për mbrojtje; mungesa e masave të duhura për përafrimin me të drejtën penale të vendeve anëtare të BE-së dhe problemet që hasen në pranimin e provave të mbledhura në vende të tjera në gjykatat kombëtare; ndërveprimet me mjete të tjera të reja bashkëpunimi, (MAE, EIO, etj.), në lidhje me të cilat EPH-të mund të veprojnë shpesh si një mekanizëm iniciues për një aktivitet hetimor që mund të zhvillohet më gjërë.

Fjalë kyçe: Eurojust, Europol, Ekipet e Përbashkëta Hetimi, bashkëpunimi gjyqësor në Çështje Penale, njohje e ndërsjellë, Olaf.

1. Introduction

The phasing-out of border controls within the European Union (EU) resulted in unprecedented openness in trade, finance, travel and communication, and has given rise to great opportunities for criminals to make their business thrive, as well (1).

The sharp increase in so-called cross-border crimes – terrorism, trafficking in human beings, money laundering, migrant smuggling, drug trafficking, cybercrimes, etc. - has affected judicial cooperation in criminal matters, promoting a process of deep and irreversible transformation, ended up with the introduction of new international cooperation tools.

Among these, the “Join Investigation Teams” (JITs), new tools based on the “spirit of solidarity” in carrying out cross-borders criminal investigations: synergistic forms of

cooperation between both judicial and police authorities of different Member States (or even non-EU Countries, if there are legal bases), which coordinate their actions and share the results obtained.

JITs are a form of cooperation in criminal matters that does not implement mutual recognition: on the basis of an agreement between the competent authorities – both judicial (judges, prosecutors, investigative judges) and law enforcement – of two or more States, JITs are set up for a limited duration and for a specific purpose, to carry out criminal investigations in one or more of the States involved.

The possibility of setting up JITs between Member States is provided for in article 13 of the *2000 Mutual Legal Assistance Convention*. Due to the slow progress towards its ratification, on 13 June 2002 the Council adopted *Framework Decision 2002/465/JHA on Joint investigation teams*, which Member States were to implement by 1 January 2003 (2). With a delay of almost fourteen years, Italy finally implemented it with Legislative Decree No. 34/2016 (3).

In contrast, the European investigation order (EIO) cannot be used to request the setting up of a JIT (4).

The possibility of setting up JITs with and between non-Member States is provided for in other international texts, such as article 27 of the *Police cooperation Convention for Southeast Europe (PC SEE)*, applicable between several Member States (Austria, Bulgaria, Hungary, Romania, Slovenia) and Countries of the Balkans (Albania, Bosnia and Herzegovina, FYROM, Moldova, Montenegro, Serbia); article 20 of the *2nd Additional Protocol to 1959 Convention*; article 5 of the *Agreement on Mutual Legal Assistance between the European Union and the United States of America*; article 9 of the *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*; article 19 of the *United Nations Convention against Transnational Organised Crime (UNTOC)*; article 49 of the *United Nations Convention against Corruption (UNCAC)*; the *Agreement between the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the application of certain provisions of the Convention of 29 May 2000 on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union* and the 2001 Protocol thereto; Bilateral agreements between the States involved (5).

2. JITs Hallmarks

JITs are an effective cooperation tool that facilitates the coordination of investigations and prosecution conducted in parallel in several States or in cases with a cross-border dimension.

It is a new form of international assistance: “non-rogatory”, “hybrid”, “operational” and “self-sufficient” from the organizational point of view.

In fact, the tool has been conceived as an alternative channel to the Rogatory Letters, too slow, complex, involving the political authority (with possible negative effects on the success of judicial cooperation) and therefore, unsuitable to meet the needs of contemporary cooperation in criminal matters.

Unlike the Rogatory Letters - but also unlike the new judicial cooperation tools implementing mutual recognition – the JITs are based on a completely different philosophy, which leaves the classic bilateral perspective - based on “coordinated” but still “separate” actions of the competent national authorities - to embrace quite the

opposite a “solidarity perspective” in the fight against cross-border crimes: two or more States (EU members or no-members) join forces, creating a single investigative team, composed of their respective national representatives, who act synergistically under a unified direction, coordinating their actions and directly sharing the results collected. Given this hallmark, you can deduce the “operational” trait of this cooperation, which is “a real time cooperation”: the team members can act directly in “a common investigative space”, which results from the sum of the territories of the States that make up the team. Thus, it’s possible to overcome one of the main disadvantages encountered in international cooperation by law enforcement agencies: the territorial division that limited them within their national borders, while crime took advantage of phasing-out of border controls within the EU, becoming able to move freely.

The above characteristics explain the “hybrid structure” of JITs.

They are made up of representatives of both judicial and police authorities of the States interested in investigating cross-border crimes, and are also open to the participation of representatives of non-state bodies (such as, members of Eurojust, Europol, OLAF), working together under a single direction.

Finally, the constitution and the way of work of the new tool are characterized by a certain level of self-sufficiency: purpose, duration, object, territory of action and composition are established directly by the authorities creating the team, which sign a specific agreement, drawn up on the example of the standard model.

The result is a flexible and ductile assistance tool, based on direct contacts between the competent national authorities and on a debasement of political authority role, having no real power to control of the procedure.

3. JITs Setting Up

According to *2000 MLA Convention* and *Framework Decision 2002/465/JHA*, a JIT may be set up for the purpose of investigating a specific complex criminal offence with a clear international dimension.

More exactly, a joint investigation team may be set up where: (a) a Member State’s investigations into criminal offences require difficult and demanding investigations having links with other Member States; (b) a number of Member States are conducting investigations into criminal offences in which the circumstances of the case necessitate coordinated, concerted action in the Member States involved (6).

Basically, under the same conditions JITs can also be set up with and between Countries outside the European Union, provided that there is a legal basis for the creation of such teams.

In any case, the criminal offence that is to be investigated must be well defined and suspects must be identifiable and their role in criminal offence determinable (7).

With regard to JITs setting up, the request can be “voluntary” or “prompted”: in the first case, the competent national authorities decide to do so after establishing contacts with the authorities of the other potential members of the team to exchange information about the case and explore the possibilities of establishing a JIT in the specific case; in the second case, Eurojust prompts them to set up a JIT, either through its national members or as college itself (8).

Since a JIT is a “contract” between at least two or more States, with a specific purpose, for a limited period of time, set up to conduct joint investigation, a formal agreement for

a JIT must be signed, which has all the necessary elements listed in the JIT Model Agreement (9): the purpose of a JIT, legal possibilities and/or limitations, the leader of the JIT, the members and participants, the location in which the team will operate, financing and possible support from Europol and Eurojust.

Eurojust and Europol can play a key role in considering and drafting an agreement, by scheduling a coordination meeting of national authorities for the purpose of getting a more complete international picture of the case, discussing the advisability and modalities of opening parallel investigations, with a view to setting up a JIT, and clarifying national requirements regarding the submission of a formal request to set-up a JIT (10).

The initial agreement may be amended, by mutual agreement between the partners, at any time when it is necessary to adapt its content to the investigative needs, based on changed circumstances (change in the crimes under investigation, involvement of a new Country, change in the composition of the team, purpose, extension of duration, etc.).

The Operational Action Plan (OAP) is attached to the agreement: it is a document in which it is set out how the work will be carry out in a JIT. It defines the practical and operational aspects of the agreement (description of the purpose of the team; identifications of locations; description of the role of members and participants; list of special operations/ investigative techniques that will be used; description of the way of communication and information exchange; decision on information collection, analysis and tasking; decision about financial investigation and prosecution; care for the victims; specification of the evidence gathering; preparing and training on how JIT members will introduced evidence at the court; decision about operational and strategic meeting; provisions on administration and logistics, etc.). When writing OAP, not only the current state-of-play, but also the future should be considered; however, OAP can also be amended according to the changed circumstances (11).

4. Composition and Activities

As mentioned above, being a “hybrid” form of cooperation, the JIT may be composed of both judicial and law enforcement authorities.

The team is set up in one of the Member States where the investigation is likely to take place. In practice, the Country in which most of the operations are expected to take place is chosen as the geographical base, without prejudice to the possibility of carrying out other activities in different areas.

For this reason, the members of the team are divided into “national members” and “seconded members”: the former are members belonging to the Country on whose territory the team is investigating; the latter are members coming from a Country other than the one in which the JIT operates (12).

The JIT leader is chosen among national members: he “shall be a representative of the competent authority participating in criminal investigations from the Member State in which the team operates” and who “shall act within the limits of his or her competence under national law” (13).

He supervises the activities of the JIT and gives instructions to the other members of the team, who are accountable to him for their work.

The outlined discipline results in an important consequence: if the geographic area of JIT operations changes, so does the leader (14).

This is a phenomenon that could be termed “flowing leadership”, and may result in the identification of more than one leader of the JIT.

This, if consistent with the provisions of the Model Agreement (15) and if it can be justified because of the protection of State sovereignty, nevertheless generates many perplexities.

First of all, because of the criticality it creates from the point of view of investigative coordination (16): there is the risk of a fragmentation in the direction of the investigations, with negative consequences on the coordinated action of the team (17).

This risk, moreover, is aggravated by those practices – sometimes found in some Countries where both an investigating judge and a public prosecutor were involved in the same investigation – of designating several JIT leaders for the same State (18).

Instead, different from the team members are the “participants”: “persons not representing the competent authorities of Member States take part in the activities of the team”, which could be “representatives of, for example, Europol, the Commission (OLAF) or representatives of authorities of non-Member States, and in particular representatives of law enforcement authorities of the United States” (19).

It is a purely optional participation, which aims at involving competent subjects who can offer assistance, specialist knowledge, logistic-organizational support, as well as – in the case of Eurojust – financial support.

As a rule, therefore, participants play a supporting or advisory role and are not allowed to perform the functions conferred on full members, nor may they use the information made available by the seconded members, unless the agreement states otherwise.

From the operational point of view, the JIT operate in compliance with the *lex loci*: in carrying out investigative acts, therefore, the law of the State of intervention is observed. This is a solution that reconciles the needs of international cooperation with the protection of the sovereignty of the country on whose territory the investigations are carried out.

However, there are some risks: the compromise of the future usability of the acts carried out and the “forum shopping”. On the one hand, in fact, the acts carried out abroad could have to be used in proceedings governed by domestic rules that do not allow their use; on the other hand, this could consequently induce the JIT members to make strategic choices about the jurisdiction in which to institute proceedings (20), favoring the most permissive procedural system in terms of transit of the material collected abroad in national proceedings (21). And this in defiance of those needs protected under national law by the constitutional principle of naturalness and pre-establishment of the judge (22).

In order to avoid such risks, the Council Resolution of 26 February 2010 on a model agreement (2010/C 70/01) urged Member States to make the leader of the team or one of the members of the team a “contact person” for the collection of evidence, who could provide guidance and explanations to the other members of the team on the procedural rules in force in a given Country.

In addition, the Operational Action Plan agreed upon by the team members may include, in relation to the jurisdictions under consideration, the appropriate information relating to current legislation regarding the acquisition of evidence, thus ensuring the future usability of the documents collected.

5. A New Spirit of Solidarity

JITs are a new tool of cooperation in criminal matters that goes beyond the logic of mutual recognition, creating a “synergistic action” of States interested in investigating and repressing transnational crimes.

It is a cooperation that brings out the collaborative and supportive spirit among States, giving rise to joint action and direct sharing of the results achieved (23).

In fact, once a JIT is set up, partners can directly exchange information and evidence, can cooperate in real time and can carry out joint operations. In addition, JITs allow operators to be present during investigative measures on the other State’s territory, and thus to share their technical expertise and human resources more efficiently. Direct contacts and communication allow JIT members to build personal and trusting relationship, leading to faster and more efficient cooperation.

The special nature of JITs is made apparent by two significant rules.

According to the first one, “[w]here the joint investigation team needs investigative measures to be taken in one of the Member States setting up the team, members seconded to the team by that Member State may request their own competent authorities to take those measures. Those measures shall be considered in that Member State under the conditions which would apply if they were requested in a national investigation” (24); under the second “[a] member of the joint investigation team may, in accordance with his or her national law and within the limits of his or her competence, provide the team with information available in the Member State which has seconded him or her for the purpose of the criminal investigations conducted by the team” (25).

The rules set out above are both consistent with the tool’s nature: the activity carried out by team members is attributable to the team as a whole, and therefore, to all the States that make up the team. Consequently, it is not necessary to set up a mutual legal assistance procedure, either traditional (Rogatory Letters) or new, based on mutual recognition (EIO) (26). This is the most tangible sign of the removal of borders between jurisdictions achieved by the new cooperation tool.

Finally, the discipline is completed by the limited usability regime set out for information legitimately obtained by members of the team and not otherwise available. In this regard, three competing criteria are relevant: “consistency of purpose”, “consensual data” and “social protection”.

More specifically, “information lawfully obtained by a member or seconded member while part of a joint investigation team which is not otherwise available to the competent authorities of the Member States concerned may be used for the following purposes: (a) for the purposes for which the team has been set up; (b) subject to the prior consent of the Member State where the information became available, for detecting, investigating and prosecuting other criminal offences. Such consent may be withheld only in cases where such use would endanger criminal investigations in the Member State concerned or in respect of which that Member State could refuse mutual assistance; (c) for preventing an immediate and serious threat to public security, and without prejudice to subparagraph (b) if subsequently a criminal investigation is opened; (d) for other purposes to the extent that this is agreed between Member States setting up the team” (27).

This is a rather flexible and not very reassuring legislation: indeed, there is a certain “looseness” in the circulation of such information, which can be released both from its source and from the purposes for which it has been made available to the team.

Moreover, this legislation has no countermeasures in terms of guarantees: there is no judicial control over the transit of such data, the defendant has no defensive rights and suffers the effects of an agreement reserved to the national authorities representing the Countries that have set up the team.

In any case, a reasonable interpretation of the legislation advises to recognize the nature of simple “police data” to such information, as such usable only for the purpose of maintaining ongoing investigation, or initiating new ones if the details of a crime report emerge (28).

6. Final Conclusions

JITs constitute an effective cooperation tool that facilitates the coordination of investigations and prosecutions conducted in parallel in different states or in cases with a cross-border dimension.

The use of JITs to investigate a complex cross-border crime has several advantages over traditional investigations.

As said before, the operation is directed by a leader, the JIT members have the possibility to share information without the need to activate formal procedures, they can request investigative measures without the need to establish a Rogatory Letter, they can be involved in operational activities in all the jurisdictions involved in the team, there is the possibility to benefit from funding by EU agencies, to use the contribution of experts, and, in general, there is a greater facilitation in the collection of evidence. As a result, there is greater ease in establishing contacts with foreign partners, greater speed in the circulation of information and intelligence data, and greater trust between team members. However, there are many critical issues: the difficult balance between the fight against international crime and the protection of the right of defense; the lack of adequate measures to harmonize criminal and procedural law of EU Member States and the consequent problem of admissibility and usability of evidence collected abroad in national proceedings; the interactions - not adequately regulated by current legislation - with other new cooperation tools inspired by the principle of mutual recognition of judicial decisions (such as the European Arrest Warrant and the European Investigation Order, etc.), with respect to which JITs can often be used as an initial mechanism for an investigative activity that can be developed more extensively later on.

With regard to Italian implementing legislation, the problems are even more serious.

With a delay of almost fourteen years, Italy, with Legislative Decree No. 34/2016, has finally implemented Framework Decision 2002/465/JHA on Joint investigation teams. Although this discipline is substantially faithful to the spirit and purpose of the European legislation, there are significant inconsistencies and, in general, a lack of guarantees that implies some doubt about the future working of the new cooperation tool.

First of all, there is no provision for representatives of Eurojust, Europol and Olaf to be admitted as participants in the JITs, which seems highly questionable.

Indeed, due to their experience, these international agencies can play an important role in supporting, advising and assisting a joint investigation team.

Moreover, the creation of a JIT entails not insignificant economic costs, which could be partially covered by Eurojust, provided, however, that its representatives are invited to be part of the investigation team (29).

This leads us to the hope that the Italian legislator will review this choice and allow in the future that the teams in which Italy participates may include at least Eurojust representatives.

This would also avoid the problems that would inevitably arise in practice at the time of drafting an agreement aimed at creating a team with countries which, on the other hand, admit the participation as members of representatives of this European agency.

Secondly, it is surprising that two provisions of the Framework Decision that are significant in the new spirit of “international solidarity” inspired by the instrument in question have not been transposed into Italian law.

We are referring, on the one hand, to the provision according to which if the team needs to carry out investigative measures in one of the Member States that set up the team, the seconded members of that Country may make a request directly to their competent authorities which will carry out the relevant examination under the same conditions that would apply if such measures were requested as part of an investigation conducted at the national level (30).

On the other hand, we are talking about the provision that provides that, for the purposes of the investigation carried out by the team, members of the team may, in accordance with their national legislation and within the limits of their respective competences, provide to the team the information available in the Member State that has posted them (31).

Both rules reflect the most important feature of JITs, namely the recognized possibility for their members to move freely within the common territorial context identified by the “sum” of the territories of the States participating in the team, without the need to activate a Rogatory Letter or a European investigation order to seek and obtain evidence and being able to share the information in their possession.

This, of course, does not apply “externally”. In fact, there may be a need to carry out certain functional activities for the purposes of the JIT in Countries no-Member of the team, whether belonging to the European Union or not. In this case, recourse to the other existing instruments of judicial cooperation is permitted by express provision of the Framework Decision 2002/465/JHA, article 1, paragraph 8 of which states that “where the joint investigation team needs assistance from a Member State other than those which have set up the team, or from a third State, the request for assistance may be made by the competent authorities of the State of operations to the competent authorities of the other State concerned in accordance with the relevant instruments or arrangements”.

Both shortcomings reveal a lack of understanding on the part of the Italian legislator of the dynamics of the new cooperation tool, which it is hoped can be remedied in the future. In general, moreover, there remains the fundamental problem of the lack of harmonization of the rules on the admissibility of evidence between EU Countries, with the consequent risk that the activities carried out by the team, in compliance with the law in force in the State of action (*lex loci*), are unusable in the proceedings carried out in another Country, where different evidentiary rules apply. This problem leads to the danger of the so-called shopping forum, i.e., of making questionable decisions regarding the jurisdiction in which to set up the proceedings, motivated by the validity, in a given Country, of more permissive rules regarding the use of the acts carried out by the team.

All this has a significant impact on the practical “success” of the new cooperation tool, the use of which - given its significant potential - could be more massive and widespread. According to the data of the Eurojust 2020 Report, in fact, in this year Eurojust provided legal, financial and/or operational support to 262 JITs. During 2020, 74 JITs were

established and 188 were ongoing from previous years (32). Quite low figures, which will hopefully increase in the years to come.

References

- (1) See A.M. COSTA, *Preface*, in *Transnational Organized Crime Threat Assessment Report 2010* (www.unodc.org), p. 1; M. PERROTTI, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in *Diritto penale e processo*, No.8, 2016, p. 1008; V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in V. MILITELLO, L. PAOLI, J. ARNOLD (eds.), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Milan, 2000, p. 16.
- (2) All Member States have implemented one or both of these legal bases to date. See G. IUZZOLINO, *Le squadre investigative comuni*, in *Squadre investigative e arresto europeo. Gli strumenti per la consegna 'non estradizionale'*, in *Diritto & giustizia*, No. 15, Special Insert, 2003, p. X ff.; F. SPIEZIA, *Le linee evolutive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo*, in E. APRILE, F. SPIEZIA (eds.), *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milan, 2009, p. 199 ff.; J. KAPPLINGHAUS, *Joint Investigation Teams: Basic Ideas, Relevant Legal Instruments and First Experiences in Europe*, report to the 134th International Training Course, Visiting expert's papers, 14 April 2012.; M. PLACHTA, *Joint Investigation Teams. A New Form of International Cooperation in Criminal Matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 13, No. 2, 2005, p. 284 ff.; M.C. REBECCHI, *Joint Investigation Teams: A Reachable Solution to Catch Unreachable Criminals*, in *Queen Mary Law Journal*, No. 8, 2016, pp. 95-108; C. RIJKEN, *Joint Investigation Teams: Principles, Practice, and Problems. Lessons Learnt from the First Efforts to Establish a JIT*, in *Utrecht Law Review*, Vol. 2, No. 2, 2006, p. 117; L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Diritto penale e processo*, Vol. 6, No. 11, 2000, pp. 1535 ff. and 1664 ff.; T. SCHALKEN, M. PRONK, *On Joint Investigation Teams, Europol and Supervision of Their Joint Actions*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, No. 10, 2002, p. 70 ff.; T. SPAPENS, *Joint Investigation Teams in the European Union: Article 13 JITS and the Alternatives*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 19, No. 3, 2011, p. 239 ff.
- (3) Legislative Decree of 15 February 2016, No. 34, containing implementing rules for Council Framework Decision 2002/465/JHA of 13 June 2002 on Joint investigation teams, in OJ of the Italian Republic No.58, of 10 March 2016. See R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cassazione penale*, No. 10, 2016, p. 3886 ff.; L. CAMALDO, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, in F. RUGGIERI (ed.), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Turin, 2017, p. 17 ff.; A. CISTERNA, *Squadre investigative comuni contro terrorismo e crimine operative da oggi*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 March 2016; R.M. GERACI, *Le squadre investigative comuni. Uno studio introduttivo*, Turin, 2017, p. 73 ff.
- (4) Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014, regarding the European Investigation Order in criminal matters, in OJ L 130 of 1 May 2014, where recital 8: "[t]he EIO should have a horizontal scope and therefore should apply to all investigative measures aimed at gathering evidence. However, the setting up of a joint investigation team and the gathering of evidence within such a team require specific rules which are better dealt with separately. Without prejudice to the application of this Directive, existing instruments should therefore continue to apply to this type of investigative measure". According to Eurojust, *Joint Note of Eurojust and the European Judicial Network on The practical application of the European Investigation Order*, June 2019, p. 16, "[g]enerally speaking, EIOs and JITs are different tools and assessment should be made on a case-by-case basis concerning which instrument is best used in which circumstance (e.g. countries involved, complexity of the case, type and number of investigative measures needed, expected costs, etc.). Sometimes, both tools can be combined and the evidence obtained by one JIT country with an outgoing EIO to a country outside the JIT can be shared within the JIT (with an explicit clause in the EIO that enables the sharing of evidence). In countries in which enforcement authorities play an important role, JITs may be the preferred option, rather than a 'judicialised' EIO regime".
- (5) In this case it is necessary to determine the legal basis on which the JIT agreement will be based: an international legal instrument, a bilateral agreement, a multilateral agreement, national legislation.

(6) Convention of 29 May 2000 (Brussels Convention) *on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union*, art. 13, para. 1; Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 *on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States - Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision*, in OJ L 190 of 18 July 2002, pp. 1-20, art. 1, para. 1. In the vast majority of cases for which JITs are established, parallel investigations are ongoing in the concerned States. However, investigations may not always have been opened in all concerned States when a JIT is considered (but only in one or several of them). In such situations, the first step is often to trigger the opening of domestic investigations in the other concerned States.

(7) JIT The WB, *Guidelines on the Use of Joint Investigation Teams*, p. 6, available at www.rm.coe.int/16806f720a.

(8) Council Decision 2002/187/JHA of 28 February 2002 *setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime*, in OJ L 63 of 6 March 2002, pp. 1-13.

(9) See the updated JIT Model Agreement set out in Council Resolution 2017/C 18/01 *on a Model Agreement for setting up a Joint Investigation Team (JIT)*, in OJ C 18 of 19 January 2017, pp. 1-9, as well as the previous models set out in Council Resolution of 26 February 2010 (2010/C 70/01), and in Council Recommendation of 8 May 2003 (2003/C 121/01). The JIT Model agreement is a common non-binding baseline that practitioners can tailor to the specific needs of a case. It is available and can be downloaded, in all official languages and in editable format, on the websites of Eurojust and Europol.

(10) M. PETROV, D. KRASSTEV, *Concept of Joint Investigation Teams*, in *International E-journal of Advances in Social Sciences*, Vol. 4, No. 11, August 2018, p. 426.

(11) *Guidelines on the use of Joint Investigation Teams*, cit., pp. 9-10.

(12) JITs members must be indicated by name in the Agreement, also specifying the degree, function and possibly the authority that detaches them (Council Recommendation of 8 May 2003, cit., para. 6); this provision can be waived in the event that the team has to carry out infiltration operations or is investigating terrorist episodes that require the maximum security and it is therefore necessary to protect the identity of one or more of its members: in this case, compatibly with the national law of State party to the agreement, it is possible to assign identification numbers to these components, which are noted in a confidential document (Council Resolution of 26 February 2010, cit., para. 7).

(13) Brussels Convention, art. 13, para. 3, let. a); Council Framework Decision 2002/465/JHA of 13 June 2002 *on joint investigation teams*, in OJ L 162 of 20 June 2002, pp. 1-3, art. 1, para. 3, let. a). National legislations usually specify which authority is competent to establish a JIT (where applicable, following an authorization mechanism) and which authority is competent to act as a JIT leader.

(14) *Joint Investigation Team Manual*, in europol.europa.eu, p. 10.

(15) See Council Resolution 2017/C 18/01, cit., para. 5; Council Resolution 2010/C 70/01, cit., para. 6; Council Recommendation 2003/C 121/01, cit., para. 5.

(16) See, L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea*, cit., p. 1665; A. MANGIARACINA, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cassazione penale*, Vol. 44, No. 6, 2004, p. 2196.

(17) See G. DE AMICIS, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in T. BENE, A. MARANDOLA (eds.), *Cooperazione giudiziaria internazionale. I decreti legislativi di attuazione*, Milan, 2016, p. 54; R. BELFIORE, *La prova penale raccolta all'estero*, Roma, 2014, p. 168.

(18) See General Secretariat of the Council, *Joint Investigation Teams Practical Guide*, 14 February 2017, p. 15, available at www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Partners/JITs/JIT-GUIDE-2017-EN.pdf.

(19) Framework Decision 2002/465/JHA, cit. recital 9 points out that "in such cases the agreement setting up the team should specify issues relating to possible liability for such representatives".

(20) See G. DE AMICIS, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, cit., p. 53.

(21) See R. BELFIORE, *La prova penale raccolta all'estero*, cit., p. 170.

(22) See A. SCCELLA, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, cit., p. 145.

(23) See R.M. GERACI, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, Bari, p. 237.

(24) Framework Decision 2002/465/JHA, cit., art. 1, para. 7; Brussels Convention, cit., art. 13, para. 7.

(25) Framework Decision 2002/465/JHA, cit., art. 1, para. 9; Brussels Convention, cit., art. 13, para. 9.

(26) The *Joint Investigation Teams Manual*, cit., p. 11, expressly states that the purpose of this provision is to avoid the need for Rogatory Letters even when investigative measures require the exercise of coercive

power, such as the execution of an arrest warrant. This is one of the main advantages of the JITs. One example is the possibility that a Dutch police officer, seconded to a team operating in Germany, asks his colleagues in the police in the Netherlands to execute a search warrant, issued in accordance with Dutch law, in the Netherlands on behalf of the JIT. Instead, a Rogatory Letter will be activated where there is need for assistance from a Member State or a third country that does not participated in the constitution of the team: in this case, the competent authorities of the State of intervention (not the members of the JIT) will make a specific request to the competent authorities of the other State, in accordance with the relevant instruments or provisions (Brussels Convention, cit., art. 13, para. 8; Framework Decision 2002/465/JHA, cit., art. 8; see also C. RIJKEN, *Joint Investigation Teams: Principles, Practice, and Problems*, cit., p. 101).

(27) Framework Decision 2002/465/JHA, cit., art. 1, para. 10.

(28) R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n.34/2016*, cit., p. 3896.

(29) See Council Decision 2009/426/JHA of 16 December 2008 *on the strengthening of Eurojust and amending Decision 2002/187/JHA setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime*, in OJ L 138 of 4 June 2009, pp. 14-32, art. 9-septies; and *Joint Investigation Teams Practical Guide*, cit., p. 14 (“[f]or the JIT to be eligible for Eurojust funding, Eurojust National Members of the Member State(s) concerned must be invited to participate in its activities. The fulfilment of this requirement is certified by ticking the corresponding box in the application form. Ideally, this invitation should be included in specific documentation (e.g. the annex to the JIT agreement related to the role of participants, a clause in the agreement itself or a mention included in the information supplied to Eurojust in accordance with Article 13.5 of the Eurojust Decision, etc.)”).

(30) Framework Decision 2002/465/JHA, cit., art. 1, para. 7.

(31) Framework Decision 2002/465/JHA, cit., art. 1, para. 9.

(32) See Eurojust, *Eurojust Annual Report 2020*, The Hague, 2021, p. 9, available at www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Documents/pdf/2021_04_14_eurojust_annual_report_2020_final.pdf, which pointed out that “several measures were taken to make sure the assistance to JITs, including funding, could remain fully available after the onset of the COVID-19 pandemic. The support covers the entire life cycle of a cross-border investigation, from the planning, setting up of the JIT, and legal and practical aid during the operational phase and the evaluation. The JITs active in 2020 focused on a wide range of crime types, predominantly swindling and fraud, drug trafficking and money laundering”.

MONITORING THE DEBATE ON THE NEW PACT ON MIGRATION AND ASYLUM

Christopher Hein*

***University LUISS “Guido Carli” of Rome (Italy), Department of Political Science**

Abstract

The New Pact on Migration and Asylum presented by the European Commission on 23 September 2020 aims at representing a new start with regard to the whole of issues related to the management of the challenges posed by migrants, refugees and asylum seekers arriving in the European Union. High expectations were raised that the reform would truly address the pressing questions that are high on the political agenda in many European countries. The New Pact has provoked a controversial debate. International organizations, European institutions, Member States, civil society organizations, academics have commented the complex package of policies and legislative proposals. One of the most conflictive issues regard the external dimension in the migration and asylum fields. Some observers, in particular Governments and the Council, deem that the cooperation with third countries of origin and of transit or first safe haven represents an essential aspect of solution, having regard to the “success” of the agreements with Turkey and Libya in terms of the reduction of arrivals from these countries. Others are most critical with respect to the “externalization” of responsibilities and of the control of external borders. Another conflictive issue is the reform of the “Dublin” system, addressed in the Pact as part of the Regulation on Migration and Asylum Management. The Mediterranean Member States oppose the continuing attribution of responsibility for asylum seekers to countries of first arrival and the insufficient solidarity mechanisms. Other Member States refuse any obligation of accepting asylum seekers relocated from other Member States. For the time being, no solution is in sight to overcome these divergencies.

Keywords: Asylum, Dublin System, External Dimension, Legal Pathways, Migration, Principle of Solidarity.

MONITORIMI I DEBATIT PËR NJË PAKT TË RI PËR MIGRACIONIN DHE AZILIN

Christopher Hein*

*Universiteti LUISS “Guido Carli” i Romës (Itali), Departamenti i Shkencave Politike

Abstrakt

Pakti i Ri për Migracionin dhe Azilin paraqitur nga Komisioni Evropian më 23 shtator 2020 synon të paraqesë një fillim të ri në lidhje me tërësinë e çështjeve lidhur me menaxhimin e sfidave të krijuara nga migrantët, refugjatët dhe azilkërkuesit që mbërrijnë në Bashkimin evropian. Pritshmëri të larta u krijuan pasi reforma do të adresonte me të vërtetë çështje të ngutshmë që janë në krye të axhendës politike të shumë vendeve evropiane. Pakti i ri ka nxitur debate. Organizata ndërkombëtare, institucionet evropiane, shtetet anëtare, organizatat e shoqërisë civile dhe akademikët kanë komentuar paketën e plotë të politikave dhe propozimeve ligjore. Një nga çështjet në problematike është dimensionimi i jashtëm në fushën e migracionit dhe azilit. Disa observues, në veçanti qeveritë dhe Këshilli besojnë se bashkëpunimi me vende të treta të origjinës dhe tranzitit apo strehës së parë të sigurtë përfaqësojnë një aspekt thelbësor të zgjidhjes, duke patur parasysh “suksesin” e marrëveshjeve me Turqinë dhe Libinë në kuadër të uljes së mbërritjeve nga këto vende. Të tjerë janë më shumë kritikë në lidhje me “eksternalizimin” e përgjegjësisë dhe kontrollit të kufijve të jashtëm. Një çështje tjetër konfliktuale është reforma e sistemit të “Dublinit”, adresuar në Pakt si pjesë e Rregullores për Migracionin dhe Menaxhimin e Azilit. Shtetet anëtare mesdhetare kundërshtojnë ngarkimin e vazhdueshëm të përgjegjësisë për azilkërkuesit tek vendet e para pritëse dhe pamjaftueshmërinë e mekanizmave të solidaritetit. Vende të tjera anëtare refuzojnë çdo detyrim për pranim të azilkërkuesve të zhvendosur nga vende të tjera anëtare. Për momentin, nuk ka asnjë zgjidhje në horizont për të kapërcyer këto mosmarrëveshje.

Fjalë kyçe: Azil, Sistemi i Dublinit, dimensionimi i jashtëm, rrugët ligjore, migracion, parimi i solidaritetit.

1. Introduction

The European Commission has presented on 23 September 2020 the New Pact on Migration and Asylum. After a long period of announcements and of postponing the publication of the document, expectations were high to see finally an innovative and holistic long-term programme on migration and international protection. On occasion of presenting the New Pact to the public, the Commission’s President Ursula von der Leyen stated: “[t]he old system no longer works”. The package would “offer a new start”, she said, and announced a “predictable and reliable migration management system” that

“brings together all aspects of migration: border management and screening, asylum and integration, return and relations with external partners” (1).

Asylum has become over the last years, precisely after the “European refugee crisis” of 2015, one of the most debated and controversial issues of policy making in the European Union. The Member States of the EU have completely different approaches with regard to the mode in which the right to asylum, enshrined in the EU Charter on Fundamental Rights, article 18, should be implemented. In particular, the principle of solidarity between the Member States in respect of all matters related to asylum and migration established in article 80 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) is interpreted controversially in the various sub-regions of the Union. International organisations like the UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) and the International Organization for Migration (IOM) (2) as well as civil society organizations (3) warn against the tendency of closing the EU external borders to people in need of protection. The “European refugee crisis” and its political consequences have provoked a kind of collective “trauma” that is becoming apparent at the moment of writing this article, September 2021, with regard to the Afghan disaster and the shifting of responsibilities for Afghan refugees to third countries (4). Countries like Pakistan and Iran, which already host far bigger numbers of Afghan refugees with regard to the total number of them in Europe, according to the EU, should be induced by financial aid to take care of the expected new exodus from Afghanistan. Already before the Afghan crisis, Filippo Grandi, the UN High Commissioner for Refugees, reminded Europe’s global responsibility. “Avoid the narrative of invasion, there is no invasion. Look at the numbers of refugees and displaced persons in countries like Colombia or Uganda or so many others in the developing regions, and be aware that the EU has a global relevance, that good or bad examples have a direct impact on the rest of the world” (5). In fact, in 2020, the number of asylum seekers in the EU dropped by 32% with respect to 2019, not only as a consequence of the Covid-19 pandemic. The trend continued in the first semester of 2021, with a drop of approximately 40% compared to same period of 2019.

The Common European Asylum System (CEAS), meant to establish uniform policies and rules to be observed by all Member States, appeared already in 2015 to be inadequate and insufficient for dealing with the sudden arrival of more than one million asylum seekers originated mainly from Syria. As a response, the Union has taken two different lines of action. On the one hand, preventing arrivals of asylum seekers in the Union through multilateral or bilateral agreements with countries of transit or first refuge like Turkey (March 2016) or Libya (February 2017). On the other, reforming substantially the CEAS through new legislative measures. The European Commission has presented in May 2016 a proposal for the reform of the “Dublin” system on the attribution of responsibility for asylum seekers to a single Member State. Further, in July 2016, the Commission has adopted a package of proposals aimed at reforming a wide range of subjects like the qualification for international protection, the reception of asylum seekers, the asylum procedures, and the transformation of the European Asylum Support Office (EASO) into a fully-fledged asylum agency (EUAA). After four years of debate, none of these proposals have become law, due to divergences within the Council as well as between the Council and the European Parliament (EP). In light of this impasse, the Commission decided in 2020 to re-write the previous proposals and to present the legislative package in the frame of a comprehensive strategic document (6), which is presently under debate.

2. The New Pact – A Comprehensive Package of Policies and Proposals

The Vice-President of the Commission and responsible for coordinating the Commission's work on the New Pact, Margaritis Schinas, has described the Pact as a three-floor-building in which all levels must be equally stable and reliable (7). The ground floor is the external dimension, the relation with countries of origin and of transit of migrants and asylum seekers, with the intention "to create better life there". The task would be to create win-win-partnerships with approximately 25 of those third countries. Supposedly, all Member States would agree on this subject.

The second floor concerns the management of the EU's external borders of the EU. According to Schinas, this must be considered a common, shared responsibility, for it would be unfair to delegate such a critical task to 5 or 6 countries of first entry. Frontex, the European Border and Coast Guard Agency would have a pivotal role to play. Frontex would count on a budget increase of 6 billion Euro per year and would have some 10,000 border and coast guards at its disposal. Management of external borders should also include obligatory screening procedures for all arriving third country nationals lacking admission documents as well as effective return mechanisms regarding people without a valid residence permit in a Member State.

The third floor consists in a new system of permanent and effective "solidarity and burden sharing" where countries of first entry could trigger solidarity mechanisms, and the other Member States could choose between different options, "in order to reduce pressure on the system".

The New Pact constitutes finally, in the view of Schinas, a true and comprehensive system. Previously, he said, the Union had failed altogether in migration and asylum policies. The previous Commissions including the last one under the presidency of Juncker had only achieved a patch-work. The legislative proposals of 2016 on the reform of the Common European Asylum System have represented a non-system, a puzzle of non-interlinked elements. "Moria, Calais, Canary Islands are a direct consequence of this non-system we have today", Schinas said.

The New Pact builds on the Commission's seven legislative proposals of 2016, meant as a fundamental reform of the Common European Asylum System (CEAS) and as a response to the "European refugee crisis". The CEAS, already substantially reviewed only few years earlier, in 2013, deemed to be insufficient and inadequate as an instrument to manage the sudden arrivals of more than one million asylum seekers in some Member State of the Union. On five of these proposals, a political agreement had already been reached, namely regarding the Regulations on Qualification for International Protection; on the upgrading of the European Support Agency for Asylum (EASO) to the EUAA; the revision of the Eurodac system on the establishment of a data bank of asylum seekers; a framework for resettlement and humanitarian admission of refugees, as well as on the reform of the Directive on the reception of asylum seekers.

However, the process of reforming the CEAS on basis of the 2016 Proposals did not develop during the subsequent years because of entirely different views within the Council on two substantial issues: the proposed Regulations on Asylum Procedures and on the "Dublin system". The European Council had reiterated its position that the reform had to be approved as a "package", in view of the inter-link between the different issues

addressed by the Commission's legislative Proposals. In the frame of the New Pact, the Commission has now presented revised versions on both conflictive topics, expecting that the new versions would facilitate the reaching of a compromise between the divergent positions. On the eve of the presentation of the New Pact, the Vice-President of the Commission, Ylva Johansson, had foreseen that "no one will be satisfied", but precisely for this reason, the Pact would have a chance of succeeding (8).

The New Pact comprises also two new Proposals for Regulations: on the screening of third country nationals at external borders and on addressing situations of crisis and *force majeure* in the field of migration and asylum, in substitution of the – never implemented – EU Directive on Temporary Protection of 2001.

Moreover, together with the introductory Communication to the European Parliament and to the Council, the Commission has issued Recommendations on the cooperation between Member States concerning private entities concerned with rescue at sea activities as well as on legal pathways to protection in the EU.

Finally, the Commission has provided a Guidance to Member States on the implementation of EU rules concerning the definition and the prevention of facilitation of unauthorized entry, transit and residence.

The Commission has published on 24 November 2020 an Action Plan 2021-27 on Integration and Inclusion, and on 29 April 2021 a "New Strategy on Voluntary Return and Reintegration for Migrants and Asylum Seekers" (9).

The Commission has also announced, for 2021, the development of a Strategy on the future of the Schengen System, following a meeting of several Heads of Government and members of the EU Commission in November 2020 promoted by the French President Emmanuel Macron. In light of the terrorist attacks in France, the French President is demanding a review of the Schengen Border Code. Eventually, a revised Schengen Regulation will be adopted under the French EU Presidency during the first semester 2022.

3. The External Dimension of the EU Migration Policies

There is no doubt that the New Pact represents a very comprehensive package of legislative and structural issues that encompasses nearly all aspects of migration and asylum policies. However, the legislative Proposals presented by the Commission have generated extremely controversial comments by Governments, policy-makers, academics and civil society organizations. A number of observers are doubtful regarding the innovative character of the strategy. For example, the "external dimension" of migration and asylum policies had already been highlighted in the 1999 Conclusions of the Extraordinary European Council in Tampere. The Hague Programme of 2004, the Stockholm Programme of 2009 and the EU Agenda of Migration of 2015 as well as subsequent programmatic and strategic documents of the European Commission dedicated vast chapters on the relationship with third countries. The need to induce home countries to re-accept their citizens served with expulsion orders by Member States by promising some benefits for enhanced cooperation and for the conclusion of readmission agreements has been a constant feature of EU policies for more than 20 years. However, it is evident that the New Pact stresses predominantly the role and responsibilities of non-EU countries of origin and of transit. In its Opinion on the New Pact adopted on 27 January 2021, the European Economic and Social Committee (EESC) "regrets that most

of the proposals are devoted to the management of external borders and return, while failing to pay due attention to regular channels for immigration, safe pathways for asylum or the inclusion and integration of non-EU nationals in the EU” (10).

The European Council for Refugees (ECRE) “finds it unwelcome that the most important legislative proposal on the future of asylum in Europe begins with a reference to the responsibilities of third countries rather than those of European countries. This demonstrates the continued efforts at ‘externalization’ that are embodied in the Pact” (11). Actually, “return” is a key term in the strategic part of the New Pact as well as in a number of legislative proposals.

The Conclusions of the European Council, in its meeting of 24 June 2021, on the topic of migration has addressed exclusively the cooperation with third States, whether of origin or of transit (12). In close cooperation with UNHCR and IOM, all available EU and Member States’ instruments and incentives should be used to tackle root causes, supporting refugees and displaced persons in the regions, building capacity for migration management, eradicating smuggling and trafficking, reinforcing border control and cooperation on search and rescue, addressing legal migration, ensuring return and readmission.

Prior to the European Council meeting, various recent meetings of the High-Level Working Group on Migration and Asylum identified the priority regions: North Africa, the Sahel region, sub-Saharan Africa, Western Balkans, and the Silk route. Within these regions, partnerships should be established first and foremost with Tunisia, Morocco, Pakistan, Nigeria, Afghanistan. Full use should be made of the Neighbourhood and International Cooperation Financial Instrument, especially for the prevention of irregular migration, and at least 10 per cent of the funds should be used for this purpose. The EU-Turkey Statement of March 2016 should be entirely implemented and renewed. Additional funding for Turkey should be earmarked. The Commission and the High Representative will put forward action plans for partnership agreements with priority countries. The Ministerial Conference on the management of migration flows, 10/11 May 2021, in which a number of African countries participated, has presented an occasion for trying to involve one of the priority regions into the EU strategy.

The UN High Commissioner for Refugees, Filippo Grandi, has warned against the externalization of responsibilities, “which is neither legal nor practical. It puts the burden on countries lesser equipped and represents a colonial approach” (13). However, from the Council report of 24 May 2021 on the progress made on the New Pact, it appears that a vast majority of Member States support the external dimension package. The Danish Parliament voted a law allowing for the processing of asylum claims in third countries. Diplomatic efforts with Libya, aiming, among others, at stemming the migration flows from and to Libya have intensified during the last 2 months. 44 million Euro of the Trust Fund for Africa are being used for the support to integrated border and migration management in Libya, first phase. Italy continues to finance vessels and equipment of the so-called Libyan Coast Guard. Regarding the crisis in Afghanistan following the taking of power of the Taliban, Aleš Hojs, Minister of Interior of Slovenia and President of the Home Affairs Council has stated: “[t]he EU remains committed to support vulnerable Afghans, and in particular women and children, both in Afghanistan and in the region. At the same time, we are determined to prevent smugglers and human traffickers from exploiting this dire situation by coordinating our response to any illegal migration movements and protecting the EU external borders. The EU will also engage and

strengthen its support to third countries, in particular the neighbouring and transit ones, hosting large numbers of migrants and refugees” (14). The EU Home Affairs Council of 31 August 2021 has endorsed this announcement and has stated: “[t]he EU and its Member States, with the support of Frontex, remain determined to effectively protect the EU external borders and prevent unauthorized entries, and assist the most affected Member States. Appropriate security checks should be carried out, including through the full use of relevant EU databases, as well as registration in Eurodac. Furthermore, as part of our comprehensive approach to external cooperation on migration, third-country national clauses in the readmission agreements between the EU and certain transit countries should be used where the legal requirements are met” (15).

Thus, it becomes evident that the external action part of the Pact (16) is the field where “progress” is actually been made, irrespective of the numerous disagreements on the legislative proposals. A common denominator within the divergent positions of the Member States is constituted by the general objective to keep refugees and migrants away from the soil of the Union by shifting the responsibility to third countries including the candidate States in the Western Balkans.

4. The Management of External Borders

A more efficient management of external borders, the “second floor”, has been on the migration agenda of the Union for many years as well. Allocating a pivotal role to Frontex in integrated border control and surveillance is one of the – few – topics where broad agreement between the Governments of Member States seems to be assured. Since the creation of Frontex in 2004, the Regulation governing the activities of the Agency has been amended four times, the latest in force as from 2020. In each exercise, new and extended competences have been assigned to the Agency. It’s budget has been increased and is being further increased to a level of around 500 times the original financial allocation.

Part of the external border management are the envisaged screening and border procedures. According to the Commission’s Proposal (17), the objective of screening of all undocumented third country nationals arriving at the external borders is not only to identify the persons and to establish health and security risks, but also to channel them immediately into either the asylum or the return procedures. During the screening, no distinction is made between *bona fide* asylum seekers and other migrants (18). The debriefing at the end of the screening and the channelling into the subsequent procedures is not subject to an effective remedy. During the screening, people remain in designated areas at or in proximity of the border, entailing “the risk of creating more Moria Camps” (19).

Really innovative is the proposal to examine jointly and on the spot, in the frame of the “border procedures”, the qualification of an asylum seeker to receive international protection and the issuance of a return order in case of non-qualification. During this procedure, like previously during the period of the screening procedure, it is supposed, on basis of a *fictio iuris*, that the migrants and asylum seeker have not yet entered the EU territory. Border procedures for the examination of asylum requests are already allowed – however, not obligatory for Member States – under the Directive on Asylum Procedures of 2013. With the proposed new Regulation (20), there introduction becomes, with few exceptions, mandatory for all asylum seekers arriving at external borders without

authorization for entry into the territory, including those disembarked following a search and rescue operation. With respect to asylum applicants of a nationality for whom decisions granting international protection is lower than 20% of the total number of decisions for that third country in the average of all Member States, the accelerated procedure at external borders must be applied. In these cases, it is assumed that the application is unfounded, thus *de facto* enlarging the concept of “safe countries of origin”. In case of rejection of the asylum application, the person is channelled *ipso facto* into the return procedure. Decisions in the frame of border procedures should be taken in a period “as short is possible”, in any case not beyond 12 weeks, including decisions on an appeal. Among the many critical comments (21), we may cite that of the German MEP (Greens/EFA) Erik Marquardt: “[m]igration management has become an euphemism for repelling refugees” (22). The European Economic and Social Council “considers that the projected pre-entry screening and border procedures are inadequate” and do not provide enough procedural guarantees for the respect of the fundamental rights”. In responding to these criticisms, Schinas has assured that the EU Fundamental Rights Agency (FRA) will be involved in monitoring border management with respect to the observation of human rights.

The main European and national NGOs concerned with the protection of the right to asylum have published in February 2021 a joint statement (23) highlighting that the New Pact could be an opportunity to change direction and to overcome the “crisis mode” in which asylum and migration have been treated for many years. However, they express deep concern about a number of the proposals of the European Commission, first of all about those regarding a mandatory accelerated border procedure to be applied to all persons who arrive irregularly in the EU to seek protection. The NGOs fear that this procedure would “undermine access to protection in Europe”, remove many necessary safeguards, and lead to massive extension of detention centres at the borders.

5. “Dublin” Replaced?

After 30 years of flaws and criticism regarding the initial “Dublin” Convention of 1990 and the subsequent “Dublin” Regulations of 2003 and 2013 on the attribution of responsibility of a Member States to examine an asylum request, the Commission has presented a revised Proposal in the frame of the New Pact. The term “Dublin” does no longer appear, being replaced by the more neutral expression “Regulation on Asylum and Migration Management” (RAMM) (24). The Proposal addresses as well the issue of the relocation of asylum seekers rescued at Sea and disembarked in the port of a Member State. In the intention of the Commission, this Proposal reflects the principles of solidarity and burden sharing. Not surprisingly, the implementation of the principle of intra-EU solidarity as enshrined in the Lisbon Treaty appears to be the most conflictive issue of the whole Pact, in light of different positions of Member States as well as between the European Parliament and the Council. A number of Governments and many observers were astonished to discover that the core elements of the Dublin III Regulation remain unchanged in the RAMM Proposal. In particular, the responsibility of the country of first entry into the EU is still in place.

The public announcements made beforehand by political leaders like the German Chancellor Angela Merkel (25) and even the President of the Commission Ursula von der Leyen that “Dublin” would be overcome and replaced by a wholly different approach

regarding the attribution of responsibility for an asylum seeker had led to expectations not met by the New Pact.

The legislation on the determination of responsibility for examining an asylum application presented in an EU Member State is considered to be the cornerstone of the CEAS (26). A comprehensive reform of CEAS envisaged by the European Council in the aftermath of the “refugee crisis” in 2015 and proposed by the European Commission in 2016 has not been achieved so far. The difficulty to find an agreement is mainly due to extreme divergences of policy orientations regarding the future of the “Dublin” system. After 5 years of debate, even the general approach to the question how to attribute responsibilities and at the same time ensure a more equal distribution of asylum seekers and refugees between the Member States remains unresolved, notwithstanding the common view that the present situation is unsustainable and that the Dublin Regulation of 2013 (“Dublin III”) is inefficient. The debate is not so much concerned with technical issues regarding the concrete functioning of the system. At stake is the very concept of the European Union, the principle of solidarity between the Member States and the values enshrined in the Lisbon Treaties. The uncertainty on how to reformulate “Dublin” goes beyond the refugee and migration policy fields. It touches on the nature of the relationship between the Member States and the role of the European institutions. The need to find an adequate balance between the respect for the right to asylum guaranteed in article 18 of the European *Charter* on Fundamental Rights, on the one hand, and the national interests of Member States on the other appears to present, under prevailing political circumstances, an unresolvable challenge.

Since the time the Commission has posted the reform proposals in 2016, the overall “migration pressure” and the number of asylum seekers arriving in Europe has diminished dramatically. Nevertheless, the refugee and migration issues remain to be among the most prominent political themes in a broad number of Member States and in electoral campaigns. At the same time, the debate on responsibility of Member States is fuelled again by the conflict regarding the identification of ports of disembarkation of rescued refugees and migrants in the Mediterranean Sea and subsequent relocation of asylum seekers to other Member States, in derogation from the “Dublin” rules.

More than 30 years have passed since the signature of the “Dublin” Convention of 15 June 1990. It has been a period of continuous research for a solution to the problem how to reconcile the concept of freedom of movement within the EU territory and of the abolition of controls at the internal borders with the need to allocate the responsibility for asylum seekers to one single Member State.

The approach to allocate the responsibility on the basis of objective criteria has been maintained throughout the whole period and has been reiterated in both the Dublin Regulations of 2003 and of 2013 as well as in the 2016 reform proposal presented by the European Commission. This approach excludes explicitly the option that the asylum seeker is free to choose the envisaged asylum country. The preferences, the links or similar subjective elements from the side of the applicant are not taken into consideration. The rigid concept is marginally remedied by the “opt in” or sovereignty and the humanitarian clauses that allow a State to examine an asylum application even if it is not its responsibility, provided that the applicant agrees to it. However, the application of these clauses is entirely at the discretion of the concerned State and little use has been made in practice of this possibility to consider humanitarian, in particular family grounds and to assume voluntarily the responsibility (27).

The 2016 Proposal, presented shortly after the memorandum between the EU and Turkey of 18 March 2016 (28), has had the declared aim to end irregular and dangerous movements and the business model of smugglers. In that occasion, the Commission recognized that the migratory and refugee crisis had exposed significant structural weakness and shortcomings of the Dublin rules. The Commission sustained that current system was anyhow not designed to ensure a sustainable sharing of responsibility across the Union nor to deal with situations of disproportionate pressure. In the frame of the New Pact, the Commission has addressed precisely these two issues. Solidarity with a Member State exposed to extraordinary numbers of asylum applicants should be ensured by a “corrective allocation mechanism”. In case of particular pressure on the whole system, the proposed Regulation on crisis and *force majeure* (29) should be triggered.

The European Parliament had prepared the terrain for an alternative approach to the question of allocation of responsibility for asylum seekers as from 2014, *inter alia* by commending academic studies on the subject (30). An important input has been given also by Marcello Di Filippo (31) who has provided a different scheme based on the view that the true cornerstone of CEAS is not the Dublin system but rather the solidarity principle enshrined in article 80 TFEU. He puts emphasis on the “genuine link” an asylum seeker may have with a specific country as a fundamental criterion to determine the Member State responsible. Already times ago, the Council of Europe and later on UNHCR, NGOs and academics have stressed the necessity to take the legitimate interests and preferences of the person into account, however without going so far to give the asylum seeker free choice to select a country where to file his/her application. Di Filippo considers four types of genuine links that should contribute to the determination of the responsible State: the wider family; study or working experience; language skills; private sponsorship offered to the benefit of an asylum seeker. In case of mass arrivals of asylum seekers in a particular country, an emergency allocation mechanism should be triggered. In the current Dublin system, the only subjective and individual factor considered obligatory for the determination of responsibility is the presence of close family members in another Member State. In the evolution from the Dublin Convention to the Dublin Regulation III and to the 2016 and 2020 Commission’s Proposals, the notion of “family” has been slightly widened by including also siblings, without however considering links to relatives in a broader sense, and, less, other forms of genuine links to a particular country.

In October 2017, the LIBE Committee of the European Parliament, rapporteur Cecilia Wikström, has presented a report containing a broad number of amendments to the Commission’s Proposal for a Dublin IV Regulation. The Parliament adopted the report on 6 November 2017 by a vast majority and provided the mandate for negotiations with the Council on the basis of the report (32). Different from the previous Dublin rules, the responsibility of countries of first irregular arrival of asylum applicants should be limited to registration and fingerprinting, a security check and a summary examination if it appears manifestly unlikely that the applicant would qualify for international protection. Only in that case, the State would be responsible for further procedures, in particular the return of the person to the home country, with the assistance of the future European Agency for Asylum and of Frontex. Cost for the reception and return of these persons should be covered by the EU budget. The criterion for allocation of responsibility based on irregular entry into the first EU country should be entirely abolished. There should be no mandatory admissibility procedure prior to the transfer to the responsible State. The

EP report puts emphasis on a thorough and individualized interview with the applicant to be carried by specialized personnel, informing the person about the rights and procedures and enquiring about eventual genuine links to a particular country. The applicant may make a written and motivated request to be transferred to a Member State for reasons of the presence of extended family members, cultural or social ties, language skills or other meaningful links. The request would be immediately transmitted to the requested State for verification of the declared links and for acceptance of the transfer.

The notion of family links with a specific country should be extended to persons legally residing there on whatever grounds, not necessarily as beneficiaries of international protection. Meaningful links in terms of previous legal residence or the possession of educational diplomas should be added to the hierarchy of criteria.

If none of these criteria apply and whenever the number of applicants accedes 100% of the figure identified in the reference key, the corrective allocation mechanism should be automatically activated. Furthermore, the EP Report proposes some incentives for motivating the asylum seeker to cooperate with the process of relocation under the mechanism. He or she should have the choice among four Member States with the lowest number of asylum seekers in relation to the established quota. In order to facilitate the future integration, the applicant may request the transfer of a group belonging to the same community, composed of up to 30 persons. No Member State may retain the right to opt out from the obligation to accept relocated asylum seekers, even not by paying a financial compensation. However, Member States that have not been among the main destination countries of applicants for international protection in recent years may be given sufficient time to build up their reception capacities and benefit from a transition clause by which the allocation mechanism is applied gradually over a number of years.

The 2020 RAMM Proposal of the European Commission does not reflect the position taken by the European Parliament in 2017. The RAMM intends to simplify and enhance the effectiveness of the system, to discourage abuses by asylum seekers, to prevent secondary movements as well as to alleviate the pressure on Member States faced with disproportionate numbers of asylum applications, however without contemplating any “automatic” relocation of asylum seekers to other Member States. Greater effectiveness should be achieved through the shortening of time limits in the procedure and the provision that a Member State where an asylum application had been filed previously should only be notified on the “take back” transfer without need to accept the request. Moreover, the check on inadmissibility of an application on grounds of arrival from a third safe country or a country of first asylum and the eventual return of the person to that country should become obligatory and carried out in all cases prior to the determination of the Member State responsible under the RAMM rules. Abuses of the system and non-compliance with obligations incumbent on the applicant should have procedural and material consequences, in terms of applying accelerated asylum procedures, reducing the degree of legal safeguards and imposing restrictions or even the withdrawal of material reception. The foreigner who has entered the EU territory irregularly should be obliged to present the asylum request in the first country of arrival and would be sanctioned in the case of a secondary movement towards another country. An extremely complicated corrective allocation mechanism is based on a “distribution key”, a sort of quota of applications calculated for each Member State according to the size of population and to the GDP. In case of a particular migratory pressure on one Member State, in particular the “frontline” States, the Commission would draft a report, setting out the measures that

could support the Member State in question. Relocation of a certain number of asylum seekers would be only one option, anyhow not applicable to persons falling under the accelerated border procedures. Other options are the “return sponsorship” by which another Member State would support the procedures of return to the home country for asylum seekers not found in need of international protection, or other forms of support. Schinas has stated that the “countries of first entry will never be left alone”, but this assurance does not have foundation in the text of the proposal and does not convince a number of “frontline States”. The Ministers of Interior of Cyprus, Greece, Malta, Italy and Spain, concluding a meeting in Athens on 20 March 2021, have declared: “[w]e repeat our strong plea in favour of a needed balance between solidarity and responsibility as the current format of the Pact does not provide reassurances to the frontline Member States”. Even more explicit is the statement made on the same occasion by the Home Affairs Minister of Malta, Byron Camilleri: “[w]e can no longer be punished for our geographical position” (33). The Italian Minister of Interior Luciana Lamorgese has pointed out the common stand of the Mediterranean countries and has urged the Union to implement the agreement reached in Malta in September 2019 on the relocation of people rescued at Sea (34). The Italian Prime Minister Mario Draghi, commenting the New Pact in occasion of the presentation of his Government to the Parliament on 16 February 2021, stated: “[a]ctually, the contrast persists between the external frontier States like Italy, Spain, Greece, Malta and partly Bulgaria, primarily exposed to migratory flows, and the States of Northern and Eastern Europe, mainly worried to prevent the so - called secondary movements from the States of first entry to their territories. Italy, supported by some other Mediterranean countries like Spain, Greece, Cyprus and Malta and partly Bulgaria, propose a mechanism of redistribution of migrants pro quota, as a concrete measure of solidarity, underlining the specificity of the management of external maritime borders” (35). The Greek Minister of Migration and Asylum, Notis Mitarachi (36), holds that solidarity should not only be a remedy for pressure situations but should be applied to all aspects. “Migrants are coming to Europe, not to a specific country”. For Greece, relocation remains a priority. The effectiveness of return sponsorships has to be questioned, and anyway, during the period pending return, the burden would be solely on the first country of arrival. Greece is also in favour of mutual recognition of positive asylum decisions, thus allowing beneficiaries of international protection to move legally to another Member State.

The European Court of Justice, in the “relocation case” (37) has affirmed that article 80 TFEU governs the whole EU asylum policy and that the burden created by elevated numbers of asylum seekers must be divided between the Member States, in accordance with the principle of solidarity. Following the infringement procedure brought by the European Commission to the Court of Justice against Poland, Hungary and the Czech Republic for their refusal to participate in the relocation programme, the Court has judged that the States in question have failed to fulfil their obligations under EU law. The Court has rejected the argument that the transfer of asylum seekers would have constituted a threat to national security and public order.

The question of relocation of rescued third country citizens to Member States different from that of the port of arrival is again high on the agenda. A political, unformal arrangement on the issue between some few Member States reached in Malta in September 2019 (38) has not been followed, up to now, by the expected adhering to it by a broad number of other States nor by the conclusion of a binding EU instrument. In

principle, asylum seekers rescued in the Mediterranean remain, in virtue of the Dublin Regulation, under the responsibility of the Member State that has allowed disembarkation unless other Member States voluntarily agree to their relocation. Again, the solidarity principle of article 80 TFEU is triggered. However, in absence of any legal act relating to this question under ordinary EU legislation, the reference to article 80 is more theoretical. For this reason, it is advisable that the “Dublin” reform incorporates also the attribution of responsibility for rescued asylum seekers.

6. Legal Pathways to Protection in the EU

The creation or extension of existing legal pathways for refugees, asylum seekers, non-EU workers and students for reaching the Union’s territory is part of the Commission’s proposal of the New Pact. The fundamental problem for implementing the various programmes is that the Lisbon Treaties do not foresee a legislative competence of the EU with regard to determining the numbers and qualifications of third country nationals to be authorized to enter. This competence lies exclusively with the individual Member States. Restrictive visa policies and the entire “Schengen System” have greatly limited the possibilities for legal arrival, in particular regarding citizens of developing countries: it is to recall that all African and Middle East citizens are subject to the visa requirement. However, in a number of occasions over the last 15 years, the Commission has been promoting legal pathways, particularly via the launch of resettlement programmes. Resettlement, which concerns “the admission of non-EU nationals in need of international protection from a non-EU country to a Member State where they are granted protection” (39), allows migrants to reach the EU territories safely and legally, without exposing themselves to perils or to smuggling networks. The Commission had presented a Proposal for a Framework Regulation on Resettlement and Humanitarian Admission already in 2016, and is now urging the EP and the Council to adopt said instrument.

The New Pact recommends again to promote resettlement, enhance humanitarian admission and other complementary pathways aiming “to support Member States’ sustained efforts in providing and enhancing legal and safe channels for those in need of international protection” and to show solidarity towards non-EU countries burdened with a large number of people in need of international protection, thus contributing to a “better overall management of migration”. With this Proposal, the Union acknowledges that it needs to move from ad hoc resettlement schemes to schemes that operate on the basis of a stable, sustainable and predictable framework (40).

Particular attention needs to be paid to humanitarian corridors, which have their roots in a Memorandum of Understanding between the Italian Government and the Community of Sant’Egidio, together with the Federation of Evangelical Churches, the Waldensian Table, and Caritas Italy. The programmes started in Italy in 2016, and were later replicated in France, Belgium, and Andorra (41). Since 2016, more than 2,700 individuals in need of international migrations arrived in Europe through these corridors.

The humanitarian corridors are not funded by States, but uniquely by the civil society organizations which promote them. The aim to replicate this example of “good practice” throughout Europe and to transpose it to the European level was already formulated by the Vice-President of the European Parliament in 2019. Said proposal followed a declaration made by 15 representatives of Protestant churches from 15 EU countries and a subsequent concept paper presented by the coordinator of the refugee and migrant

programme of the Federation of Protestant Churches in Italy (FCEI), that outlined goals and principles for “European Humanitarian Corridors” (42). The abovementioned Recommendation of 2020 reprised those intention, and underlined the necessity to include humanitarian corridors in the EU’s project for discouraging irregular movements of migrants. On this matter, Italy still leads the way: a new protocol has been signed recently, allowing 500 asylum seekers to arrive legally in Italy, of which 300 under the State programme, while Sant’ Egidio and the Evangelical churches will manage the remaining 200 people (43).

7. Conclusions

A high level of expectations had been raised on the “new start” of the migration and asylum policies of the Union, which the “New Pact” had promised. In light of the disastrous events on the Greek islands, on the “Balkan route” and in the Mediterranean Sea, the need to re-formulate the approach to the plight of asylum seekers, refugees and migrants seeking refuge or a better life in European countries had become apparent. The deadlock experienced as from 2016 in the negotiations on a different Common European Asylum System had obliged the European Commission to propose alternative ways acceptable to all Member States. However, the debate following the presentation of the New Pact in September 2020, that we have tried to describe in this article, does not lead to a prospect of easily overcoming the profound divergencies between the positions of the Member States, nor to that of addressing differently the problems of people looking for protection. While recognizing the attempt made by the Commission to find a compromise and, at the same time, to present a holistic approach to the challenges in the fields of migration and asylum, we have to conclude, unfortunately, that many elements of the New Pact do not provide a satisfactory solution.

Particular concern has to be raised regarding the shifting of responsibilities to third States, namely developing countries. Some of them have a most worrying record on Human Rights and cannot be regarded as “place of safety, others host already impressive numbers of refugees, far beyond those of the whole of the EU countries. The Union should not evade from its obligations under the Lisbon Treaties and from its global responsibilities, under the heading of “cooperation with third countries”.

With regard to intra-European relations, a fair distribution of asylum seekers and refugees among the Member States, including persons rescued at sea, does not seem to be guaranteed by the proposed Regulation on Asylum and Migration Management. Indeed, the “frontline” States have expressed their disagreement with the proposal, while other groups of States reject entirely a relocation to their territories.

A truly modern reform should be oriented by two different but not contradictory maxims: the intra-EU solidarity enshrined in article 80 TFEU and the subjectivity of the person who presents a request for protection, and, at the same time, a request for obtaining conditions that allow restarting a dignified life. The jurisprudence of the European Court of Justice has interpreted article 80 TFEU in a way that the responsibilities for asylum seekers and refugees are to be shared between the Member States. Any reform of the “Dublin” system must respond to this treaty obligation.

The aim to dispose of an efficient instrument, also in terms of reducing the length of the procedures and the costs involved, can be reached only under the premise that these two maxims would adequately and trustfully guide the legislative process as well as the

implementation of a future regulation. The RAMM Proposal constitutes, to a certain degree, the antithesis of solidarity and the result of an unfair responsibility sharing. A reform that continues to neglect the subjective condition and consequently the humanitarian character of refugee law is likely to represent a repetition of failures of the past, a useless exercise.

References

- (1) U. VON DER LEYEN, Cited from the European Commission's Press Release, *A Fresh Start on Migration: Building Confidence and Sharing a New Balance Between Responsibility and Solidarity*, 23 September 2020, available at www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706.
- (2) UNHCR, *UNHCR and IOM Call for a Truly Common and PRINCIPLED approach to European Migration and Asylum Policies*, 22 September 2020, available at www.unhcr.org/news/press/2020/9/5f69deff4/unhcr-iom-call-truly-common-principled-approach-european-migration-asylum.html; UNHCR, *Asylum seekers subject to systematic pushbacks at European border*, 28 January 2021, available at www.news.un.org/en/story/2021/01/1083192.
- (3) Among many others, see the comment of the European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *The JHA Council on Afghanistan: all about Europe*, 3 September 2021.
- (4) See Council (Justice and Home Affairs), *Statement on the situation in Afghanistan*, No. 11385/21, 31 August 2021, available at www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11385-2021-INIT/en/pdf.
- (5) F. GRANDI in his intervention at the hearing of the LIBE Committee of the European Parliament, 27 May 2021.
- (6) Communication from the EU Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *on a New Pact on Migration and Asylum*, 23 September 2020, COM(2020) 609 final.
- (7) M. SCHINAS at a Webinar on 22 April 2021 on the New Pact, organized by the King's College of London and the British Institute of International and Comparative Law, available at www.biicl.org/events/11486/eu-pact-on-migration-and-asylum-conversation-with-european-commission-vice-president-schinas.
- (8) Citation from E. ZALAN, *Commissioner: No One Will Like New EU Migration Pact*, in *euobserver*, 18 September 2020, available at www.euobserver.com/migration/149475.
- (9) European Commission's Press Release, *The EC Reveals Its New EU Action Plan on Integration and Inclusion (2021-2027)*, 24 November 2020, available at www.ec.europa.eu/migrant-integration/news/the-ec-presents-its-eu-action-plan-on-integration-and-inclusion-2021-2027; European Commission's Press Release, *Migration Management: New EU Strategy on Voluntary Return and Reintegration*, 27 April 2021, available at www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_193.
- (10) European Economic and Social Committee's Opinion (Optional), *A New Pact on Migration and Asylum*, 27 January 2021, SOC/649-EESC-2020, available at www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/new-pact-migration-and-asylum.
- (11) European Council on Refugees and Exiles, *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Regulation on Asylum and Migration Management*, February 2021, COM(2020) 610 2020/0279 (COD).
- (12) European Council, *Conclusions – 24 and 25 June 2021*, 25 June 2021, EUCO 7/21, available at www.consilium.europa.eu/media/50763/2425-06-21-euco-conclusions-en.pdf.
- (13) F. GRANDI at the hearing of the LIBE Committee of the European Parliament on the New Pact, 27 May 2021.
- (14) See *supra*, note no. 4.
- (15) *Ibid.*
- (16) See on the EU's external action under the aspect of the EU's values: C. HEIN, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di migrazioni alla luce dei valori comuni*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORDIVUCCI (eds.), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, 2016, pp.170-185.
- (17) Proposal of 23 September 2020 for a Regulation of the European Parliament and the Council *introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817*, COM (2020) 612 final.

- (18) See L. JAKULEVIČIENNE, *Re-Decoration of Existing Practices at the EU External Borders*, in *eumigrationblog.eu*, 27 October 2020.
- (19) *Ibid.*
- (20) Amended Proposal of 23 September 2020 for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32 EU, COM (2020) 611 final.
- (21) See, among others, J. VEDSTEDT-HANSEN, *Border Procedures: Efficient Examination or Restricted Access to Protection?*, in D. THYM, *Special Collection on the 'New' Migration and Asylum Pact for eumigrationblog.eu*, of 18 December 2020; J. CASSARINO, L. MARIN, *The New Pact on Migration and Asylum: Turning European Union Territory into a non-Territory*, in *EU Law Analysis*, 30 November 2020, available at www.eulawanalysis.blogspot.com/2020/11/the-new-pact-on-migration-and-asylum.html.
- (22) E. VAN DE RAKT, *Erik Marquardt MEP: "Migration Management Has Become a Euphemism for Repelling Refugees"*, in *Heinrich Böll Foundation*, 12 October 2020, available at www.eu.boell.org/en/2020/10/12/erik-marquardt-mep-migration-management-has-become-euphemism-repelling-refugees?dimension1=zora2020.
- (23) European Council on Refugees and Exiles, *Joint Statement: The New Pact on Asylum and Migration: An Opportunity Seized or Squandered?*, 14 February 2020, available at www.ecre.org/joint-statement-the-new-pact-on-asylum-and-migration-an-opportunity-seized-or-squandered/.
- (24) Proposal of 23 September 2020 for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], COM (2020) 610 final.
- (25) A. MERKEL, Declaration made at the Western Balkan Conference, 27 August 2015; Merkel has made an identical declaration 3 years later, on 11 August 2018, widely reported by the media.
- (26) See European Council on Refugees and Exiles, *Asylum at the European Council 2018: Outsourcing or Reform. Policy Paper*, Brussels, 2018.
- (27) See G. BORSA, *Dublin and Asylum: No Agreement (for Now). Why Did the Reform Came to a Standstill?*, in *Sir Agenzia d'informazione*, 6 June 2018.
- (28) European Council's Press Release, *EU-Turkey Statement*, 18 March 2016.
- (29) Proposal of 23 September 2020 for a Regulation of the European Parliament and the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum, COM (2020) 613 final.
- (30) See in particular: E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO-LAX, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin. Study for the LIBE Committee*, Brussels, 2015; F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation. Study for the LIBE Committee*, Brussels, 2016.
- (31) M. DI FILIPPO, *The Reform of the Dublin System and the Need to Go Beyond a Simple Restyling: A Possible Negotiation Strategy for Italy. Policy Brief*, Pisa, May 2017; ID., *The allocation of competence in Asylum Procedures under EU Law: The Need to Take the Dublin Bull by the Horns*, in *Revista de Derecho Comunitario*, No. 59, 2018, pp. 41-95.
- (32) Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Report of 6 November 2017 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, COM(2016)0270, C8-0173/2016, 2016/0133(COD).
- (33) 5 EU States Urge Others to Take in More Migrants, in *Deutsche Welle*, 20 March 2021, available at www.dw.com/en/5-eu-states-urge-others-to-take-in-more-migrants/a-56940912.
- (34) Italian embassy to Greece, *Il ministro Lamorgese ad Atene per il "Med5" insieme ai ministri dell'Interno di Cipro, Grecia, Malta e Spagna (19-20 marzo 2021)*, 24 March 2021, available at www.ambatene.esteri.it/ambasciata_atene/it/ambasciata/news/dall-ambasciata/2021/03/il-ministro-lamorgese-ad-atene.html.
- (35) *Governo, il testo integrale del discorso di Mario Draghi al Senato*, in *La Repubblica*, 17 February 2021, free translation from Italian; see also, Communication of President M. DRAGHI to the Chamber of Deputies on the European Council, 23 June 2021.
- (36) N. MITARACHI, in his intervention at the LIBE hearing of 27 May 2021.
- (37) Corte di Giustizia, judgment of 2 April 2020, joined cases C-715/17; C-718/17; C-719/17, *European Commission v. Republic of Poland and Others*.

- (38) Press Release by the Maltese Ministry for Home Affairs and National Security, *Malta Ministerial Meeting on Migration – A Further Step Towards Solidarity*, 23 September 2019, available at www.gov.mt/en/Government/DOI/Press%20Releases/Pages/2019/September/23/pr191984.aspx.
- (39) European Commission, *Delivering on Resettlement*, 16 October 2019.
- (40) Commission Recommendation (EU) 2020/1364 of 23 September 2020 *on legal pathways to protection in the EU: promoting resettlement, humanitarian admission and other complementary pathways*, C/2020/6467, in OJ L 317 of 1 October 2020, pp. 13-22.
- (41) Community of Sant'Egidio, *Humanitarian Corridors in Europe. Dossier: Humanitarian Corridors in Italy, France, Belgium and Andorra, the Principality of Monaco*, 25 September 2019, available at www.santegidio.org/downloads/Dossier-Humanitarian-Corridors-DEF.pdf.
- (42) Mediterranean Hope, *Humanitarian Corridors: An Italian Model for the European Union*, 30 October 2019, available at www.mediterraneanhope.com/2019/10/30/humanitarian-corridors-an-italian-model-for-the-european-union-2/.
- (43) A. GUERRIERI, *L'esodo degli ultimi. Corridoi umanitari, parte un nuovo protocollo con la Libia*, in *Avvenire*, 17 June 2021, available at www.avvenire.it/attualita/pagine/corridoi-umanitari-parte-un-nuovo-protocollo-con-la-libia.

LIBERAL DEMOCRACY: ABSOLUTIST EU RULE OF LAW CONDITIONALITY OR PLURALISTIC BARGAINING CHIP?

Anja Matwijkiw* & Bronik Matwijkiw**

*Indiana University Northwest (USA)

(amatwijk@iu.edu)

**Southeast Missouri State University (USA)

(bmatwijkiw@semo.edu)

Abstract

EU membership accentuates values. The current emphasis is a case of EU idealism, of stricter conditionality in response to political ideology and governance. Democracy is tantamount to liberal democracy, but at the same time pluralism is an integral part of the conditionality. This raises the question about the country-specific maneuvering scope or – if EU candidate countries and Member States (are seen to) deviate from a non-negotiable ideal – inappropriate manipulation. While the authors do not address absolutism per se, they proceed on the premise that the “European perspective” disallows any value dilution, thereby maximizing the conflict and identity crisis which Poland and Hungary have caused and which have overshadowed accession talks for candidate countries. One intention is to contextualize the debate and dispute about values by incorporating interdisciplinary insights. Another is to challenge the (European perspective on the) rule of law cluster, inter alia, with the illiberal measures that Denmark has adopted.

Keywords: Conditionality, EU Membership, European Perspective.

DEMOKRACIA LIBERALE: KUSHTËZIM ABSOLUTIST I SHTETIT TË SË DREJTËS APO PAZAR PLURALIST I BE-SË

Anja Matwijkiw* & Bronik Matwijkiw**

*Indiana University Northwest (SHBA)

(amatwijk@iu.edu)

**Southeast Missouri State University (SHBA)

(bmatwijkiw@semo.edu)

Abstrakt

Anëtarësimi në BE thekson vlerat. Theksi aktual është një rast i idealizmit të BE-së, i kushtëzimit më të rreptë kundrejt ideologjisë politike dhe qeverisjes. Demokracia është e barazvlershme me demokracinë liberale, por në të njëjtën kohë pluralizmi është pjesë përbërëse e kushtëzimit. Kjo ngre pyetjen në lidhje me qëllimin e manovrimit specifik për një vend ose – nëse vendet candidate në BE dhe shtetet anëtare (shihen se) devijojnë nga një ideal i panegociueshëm – manipulim të papërshtatshëm. Ndërsa autorët nuk trajtojnë absolutizmin në vetvete, ata vazhdojnë me premisën se "perspektiva evropiane" nuk lejon çdo zbehje të vlerës, duke maksimizuar kështu konfliktin dhe krizën e identitetit që Polonia dhe Hungaria kanë shkaktuar dhe që kanë lënë në hije bisedimet e anëtarësimit për vendet candidate. Një synim është që të kontekstualizohet debati dhe mosmarrëveshja rreth vlerave duke përfshirë njohuri ndërdisiplinore. Një tjetër është të sfidohet rrjedha (perspektiva evropiane) mbi sundimin e ligjit, ndër të tjera, me masat joliberalë që Danimarka ka miratuar.

Fjalë kyçe: kushtëzimi, anëtarësimi në BE, perspektiva evropiane.

1. The EU Course: *Values, Values, and Values*

It is no exaggeration to claim that EU accession and integration is a value project, in effect, an identity politics test. On a superficial level, this consists in confirming the "European perspective" which is anchored in core European values (1). On a philosophical level, however, the controversy that has resulted from several decades of identity politics discourse may raise its complex head – with difficult questions about the appropriate response to, according to Francis Fukuyama's analysis, recognition and redistribution (2). These categories capture the contest between politics and economics, more precisely, between identity and class (inequality). By analogy to M. Cherif Bassiouni's discovery of the manner in which *realpolitik* may co-opt organizations that promote peace and justice (3), Fukujama points to the way that the left *versus* right divide has created an ironic advantage for the right, which is recycling the victimization *cum* marginalization rationale with the use of a cultural issues narrative and sanctioned by neonationalism and neoconservatism. The game premises have been reset. The left's vulnerable stakeholder constituency, minorities, immigrants and refugees, women and LGBT people, has had their materially and historically grounded identity replaced with a

self-fashioned *essence*. In turn, this development has muted the thesis of redistribution in favor of capitalism, meaning that a traditional national identity is pushed as a patriotic and neoliberal agenda that can easily co-opt recognition (4).

Obviously, promoting the interests of a narrow concentric-circle membership of *our kind* of people is not the official EU goal behind the European perspective, and yet the clash between the two competing forms of identity politics cannot be ignored. At the same time, the synthesis of recognition and redistribution arguably constitutes a component of the principle of solidarity, which is increasingly called together with respect for the rule of law (5). If the distinction between “petty” and “grand” corruption is observed, the serious and systematic violations that result from the latter are consistent with the notion of economic violence as a conflict-causality and, *ipso facto*, anti-corruption efforts must be subsumed under the protection of fundamental human rights (6). This is a key area of attention concerning the Western Balkans’ accession to the European Union (EU) irrespective of whether a particular country is in the process of commencing integration talks (potential candidate country) or it is in the final stages of taking steps towards full membership (official candidate country).

At the philosophical level, the implications of an application of the kind of Hegelian dialectics that Fukuyama’s analysis is predicated on would entail a redefinition of the European perspective provided the politics/economics constellation is defined along the lines of the capitalism *versus* socialism divide that traditionally has informed the right and the left (7). As a minimum, the implications would problematize the liberal democracy premise that is, in fact, one of the Copenhagen criteria (8). Economically, this is coupled with a marketplace that also relies on market freedoms (9). The last criterion of the triple clause for a negative test as a European fragile state concerns the “grand strategy”, namely the *acquis* (10). In the case of the Western Balkans, the emphasis has been placed on the protection of fundamental human rights because of the region’s “worrying democratic setback”, the threat of “illiberal democracy regimes” (11). In soft power terms, this threat is not just about polarization; it is also about superpower politics for China and Russia share the EU’s geopolitical stake in the Western Balkans. In an attempt to maintain its influence, the EU began to rebalance pragmatism and idealism, i.e., respect *cum* recognition of European values in the form of the 2020 revised methodology for enlargement (12). The transition from the classical model to the new counterpart is tailored to the task of replacing so-called box ticking with a full commitment, with best practices constancy. The bar was raised and, at the same time, reciprocity and interdependency were accentuated with the four principles of “credibility”, “predictability”, “dynamism” and “political steer” and six thematic “policy clusters”, as well as bilateral conditions (“regional cooperation” and “good neighborly relations”) (13). In the case of the fourth principle, the EU is aiming for “*stronger* political steer(ing)” and “*stronger* monitoring” (14). Although diplomatically worded, the argument is conscious of the collective security risk and the superpower competition: “Given what is at stake, it is time to put the political nature of the process front and centre” (15). It is hardly surprising that ethical values like trust are added (16). EU integration may or may not be a sincere “top priority” (17). Then again, EU leaders have to deliver too; and “opening more chapters in one go” (cf. 2020 revised methodology), thereby also allowing an accelerated accession, is seen as a good faith strategy of counteracting any waiting-game frustration which subtracts from *their* trust in *us* and *our* credibility (18). Apart from “cross-fertilisation of efforts beyond individual chapters” pursued in thematic

policy clusters and with a view to “structural weaknesses (...) in particular in the area of the ‘fundamentals’” that encompasses fundamental rights (19), there has to be increased responsiveness from the EU to secure a win-win outcome. Responsiveness covers the extremes of the spectrum: *more* involvement and reversibility. Once again, however, the goal is to secure balance. EU flexibility should not compromise EU values. The detection of structural weaknesses is a system failure indicator that suggests that the particular candidate country depends on *us* (cf. stronger steering and monitoring) during the process – the rate of which is otherwise a question of the country’s own merits and specific situation as accounted for in annual reports. The realization is that the expected transformation through reform/s is a case of mixing objectivity and clarity (as regards conditionality) with contribution, collaboration, control, correction and even censure (cf. the option of withdrawing concessions) – with positive and negative consequences respectively. The *enhanced* predictability is the EU’s tool to steer the candidate countries toward membership. Success is not guaranteed, but the thematic clusters aim at *more* dynamism (20). Together with the idea of shared responsibility, superior accountability is highlighted (21). If the political will of leaders to implement the benchmarks against which a country’s performance is measured is purely nominal (cf. box ticking) as opposed to evidence-based, incentivised and rewarded progress–should be replaced by decisive measures *proportionally sanctioning* any prolonged stagnation or backsliding (22). While dynamism provides an opportunity for acceleration, there is also room for tough learning lessons. If the EU is not proactive, experience shows it may be too late to make a real difference as regards performance, as illustrated by the challenges posed by Poland and Hungary.

“Observers and commentators talk about a post-Cold War democracy crisis, about no oversight and no ‘brakes’ for Member States, including countries that practice autocratic legalism, that is, populism. If a common foreign policy is an illusion, the EU cannot be seen as a geopolitical superpower (...). The R2P principle has been forgotten for the same reason. Other experts may point to the excessive ‘moral internationalism’ involved in what is the key to genuine solidarity” (23).

Arguably, article 7 proceedings against Poland and Hungary have only “limited effects” (24). Infringement procedures against the two countries were initiated by the Commission and the European Parliament for “clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in article 2” (article 7 of the TEU), which are “values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities” (article 2 of the TEU) (25). Limited effects point, of course, to deep-rooted issues. Irrespective of the exact diagnosis, Poland and Hungary are bound to set examples for candidate countries *qua* their status as Member States. As it happens, other examples exist which seem to put countries on the wrong path. Prior to taking a closer look at these, the remaining premises for assessment should be inserted

2. Solidarity, Redistribution... or No Social and Economic Human “Rights”

Apart from a joint effort to tackle the coronavirus, the main outcome of the EU Zagreb Summit of 6 May 2020 was the Zagreb Declaration that *reconfirmed* the European perspective “albeit *without mentioning* enlargement” (26). The emerging trend of calling

solidarity and anti-corruption as integral aspects of the rule of law was also reconfirmed in the process of signaling constancy as regards the stricter conditionality that the European Commission has advocated since 2006 (27). The EU Council decision that had been expected before the Zagreb Summit – whether to open accession negotiations with Albania and North Macedonia – had come in on 25 March. It was a “green light” subject to final endorsement by the European Council Members (28). This was secured too; and on 19 June 2020, President Ursula von der Leyen stated: “Today marks the start of the journey to a bigger and stronger European Union. And this decision is in the European Union’s geostrategic interest” (29). On 1 July 2020, it was announced that the frameworks “integrate the revised enlargement methodology” and, furthermore, that “the objective of the negotiations is that Albania and North Macedonia adopt the EU *acquis* in its entirety and ensure its full implementation and enforcement upon accession” (30).

It is noteworthy that “[c]redibility is *reinforced* through an even stronger focus on fundamental reforms, starting with the rule of law, the functioning of democratic institutions and public administration as well as the economy of the two countries” (31). Liberal policies must be comprehensive, thereby precluding a domestic state of affairs that resembles U.S. President Biden’s description of “authoritarian capitalism” (32). Since it appears that EU values, i.e., the European perspective of democracy, rule of law and fundamental human rights are the “engines of economic integration” (33), certain ideological buttons are activated. The cause-and-effect model is not value-neutral. Instead, it reverses the classical free market thinking whereby the economic system paves the path for the political order. E.g., Milton Friedman makes it hold that capitalism may lead to a liberal democracy but that this does not happen with necessity (meaning authoritarian capitalism may be the outcome). A transition from market freedoms and forces to fundamental civil and political rights is desirable in his opinion, but Friedman insists on the separation of business and government and, with this, the political pressure is off. In the case of the EU, however, the political order and the economic system are linked, just as Fukuyama’s recognition category is the driver of economic integration, of success when it comes to the “magnet”, that the EU can “help countries recover, grow and prosper” (34).

The deal is the wealth of a nation (cf. redistribution) in return for fidelity to liberal democracy. The rule of law cluster and the Copenhagen criteria require, *expressis verbis*, “respect for and protection of minorities” as well as individual rights. Another implication of signing off on this type of order consists in the fact that talk about “structural weaknesses” comes without any revolutionary potential. The government is the primary guarantor of fundamental rights.

This is probably why EU experts like Andrea Sangiovanni distinguishes between national solidarity and member state solidarity (35). He does more than this, though. The liberal Principle of Freedom under Responsibility is applied to financial self-sufficiency requirements (36). The rationale behind these, as found in Directive 2004/38/EC of 24 April 2004, is to prevent phenomena like “benefit tourism” so that Member States can limit the fiscal burden of inactive migrants and, more generally, the welfare magnet (37). Apparently, that is how it should be. Sangiovanni uses his own account as a launching pad for the statement that “it would be *inappropriate* to (...) apply the same principles of social solidarity to the EU level as (...) the state level” (38). A balance between market access and solidarity principles can be reached on the basis of evolving EU legislation and case law (39). Notwithstanding, Sangiovanni draws the line in the sand by *arguing*

against all internationalist versions of coercion-based (re)distributive justice – while conceding that a model of European solidarity (cf. member state solidarity) is a plausibility (40). Since there can be no “true social contract” for the European polity without prior reflection on solidarity and the criteria of (re)distributive justice, Sangiovanni recommends political and ethical philosophy, thereby also conceding that interdisciplinary insights may ward off a crisis of legitimacy (41). Sangiovanni’s choice of philosophers include Robert Nozick, John Rawls, and Ronald Dworkin. EU policymakers’ reading list does *not* transcend the liberal and capitalist framework. Furthermore, the outlooks *leave their clear footprints* in the conceptualization of rights. Critical discourse must include credentials-checking to avoid taking too much for granted about ideological *versus* logical aspects of interpretation.

A link between voluntarism and international redistribution (cf. member state solidarity) is in conformity with the market idea of free exchanges between rational and informed agents. All narrow and broad versions of stakeholder theory that flow from corporate social responsibility doctrine confirm this (42). The difference between theorists like Friedman and Freeman lies in the radical tenets of Friedman’s premises, especially his distinction between capitalism and socialism in terms of totalitarianism (43). Rights are *not* to be conflated with the state of affairs in a socialist society, which “cannot also be democratic” (44). The distinction between liberal democracy and economic “democracy” is a dichotomy. The assumption of incompatibility entails that values like freedom and the welfare state are mutually exclusive, for the loss of civil liberty is the price for social and economic “rights”. The incompatibility thesis works together with the Ought Implies Can Principle construed as a meta-norm that makes it impossible to derive real rights *cum* claim-rights from positive duties (45). The narrow stakeholder concept of rights *stricto sensu* adopts the logical correlativity thesis, but it also relies on the *extra-correlativity* idea that rights-recognition is mediated by rights-protection. This is the point at which the narrow approach excludes social and economic claims as rights. The broad counterpart, on the other hand, establishes rights through the basicness of interests, whereas the other-regarding duties together with the controlling choices and powers relating to these (which the narrow models present as rights-credentials) are viewed as *consequential measures* of the conferment of rights. Unlike the narrow approach, the broad confirms values across the right-left spectrum, both autonomy, survival, physical and psychological integrity (civil/political rights) and subsistence and health (economic/social rights). Broadly, humanity-centricity delineates basic stakes that are elevated to rights to *secure respect* for the intended beneficiary.

“As demonstrated by advocates of [broad] Stakeholder Jurisprudence, the existence of international economic/social human rights norms is *not* contingent on the availability of resources or, for that matter, on controlling choices of duties (cf. discretionary powers). Conventional treaty law at the global level confirms this with a notion of programmatic duties, whereas instruments like the EU Social Charter takes the additional and progressive step of connecting social/economic rights and vulnerability, thereby using the implied insecurity as an *argument for* duty-reassignment from Self(-reliance) to public assistance” (46).

In principle, fundamental rights are claimable in all circumstances since they are the *right reason* to make things possible for protection. Friedman bans paternalism, but the counterproductive effect of disallowing restrictions for self-regarding action consists in the loss of freedom. A cancellation of the power to choose to waive those immunities that

protects the individual's status as a rightholder *in the first instance* is necessary. Furthermore, the fallacies that guide the narrow exclusion of economic/social rights and give rise to "because positive rights are linked with positive duties, these cannot count as claim-rights" and "because there cannot be scarcity of non-interference, only negative duties give rise to real rights" inferences show that the narrow *cum* neoliberal position aims to discredit broad responsiveness to basic human needs, *inter alia*, by i) depicting "dignity" as the avoidance of freedom-deprivation; ii) "distributive justice" and "redistribution" as instances of "democratic" socialism; and iii) needs as paternalist subcategories that conceal "wants", the rank-ordering of which generate the preferences that set the market in motion (47). By associating needs with Karl Marx's philosophy, the contest between liberal democracy and illiberal redistribution becomes a question of ethics too, for the utilitarian strategy of benefiting most people through the promotion of welfare points to positive provisions that reduce free agents to means for an allegedly good agenda. The majority rule that is a component of liberal democracy should be separated from the relevant kind of majority tyranny, so the neoliberal implication is. However, while the broad alternative can accommodate utilitarianism, it is not automatically wedded to this (48). The position called Stakeholder Jurisprudence recalibrates stakes in justice that threaten to negate protections of minorities and individual rights. To minimize such threats, the Ethics Pillar is advanced in the form of co-constitutive rights-principles, and methodologically tailored to clarifying basic human needs as global imperatives (49).

3. Member States and the Slippery Slope

It is thought-provoking to consider EU's article 7 proceedings against Poland and Hungary in the light of market philosophies that developed into approaches that make talk about "stakeholders" a placeholder for anybody who affects or is affected by policies. Rights help to illustrate the narrow/broad directions. That granted, the majority tyranny criticism may suggest that minority stakeholders are made to matter less in terms of rights. If illiberalism is upheld by the people's surrender of sovereignty as vested in the Parliament (cf. majority rule), narrow stakeholder outlooks do not declare a rule of law failure. The step of ratifying or acceding to international treaty law is crucial to the extent that the state incurs legally binding duties under conventional law, which qualifies as real law in comparison to international customary law. This is relegated to the realm of morality due to the lack of enforcement measures. However, if voluntarism is transferred to international law and international relations, a state-centric concept that stresses self-determination may result in right-wing nationalism, without translating *realpolitik* expediency tools used to reject multiculturalism into illegitimacy. By analogy to the way that the political right reconstructs the foundation for identity politics (cf. self-fashioned essence) in connection with victimization *cum* marginalization, the defense of cultural and nationalistic rights for *us* and *our kind* conveniently eschews socioeconomic criticisms. E.g., the current Polish regime has non-narrowly *increased* the government's support of the elderly, families, and the unemployed, just as it has non-narrowly introduced more plan economy measures (nationalization and centralization). To a large extent, the programs have been sponsored by the EU. Meanwhile, anti-EU rhetoric is set in the context of "fighting western decadence". According to Deputy Prime Minister Jarosław Kaczyński, the church is the "repository of the only moral system commonly

known in Poland” and “rejection of it is nihilism” (50). Amidst embarrassing questions from philosophers like Jan-Werner Muller, “Could EU accommodate a dictatorship?”, Poland’s ruling Law and Justice party (PiS) *responds against* anti-Polish values and stakeholder constituencies, including LGTBQ groups, critical journalists and newspaper editors, independent media, and judges whose pro-government attitude is in doubt. The restrictions of women’s reproductive rights (cf. ban on abortion that includes cases of “severe and irreversible fetal defect or incurable illness that threatens the fetus’ life”) exemplify the religious *cum* Catholic and conservative values that belong under the “God, Honor, and Fatherland” motto. As for judicial independence, Poland has adopted a series of controversial reforms, including penal measures, which erode the separation of powers. What is more, the EU is faced with a credibility challenge.

To suspend rights, the requirement is a unanimous decision in the EU Council (51). However, the COVID-19 pandemic caused a delay in that EU officials contended “EU ministers could not meet in person during this period” (52). In practice, this means that article 7 – invoked by the European Commission in 2017 – so far has not produced results. The same is true of the soft conflict-resolution measures the EU tried, e.g. dialogue and political distancing (53). Meanwhile, the tentative victory is bittersweet for Poland. In 2021, the government challenged the legality of a new plan to realign democratic backsliders with the European perspective, namely to link disbursement of funds from the EU budget with rule of law conditionality. Together with Hungary, Poland filed a complaint to the European Court at Justice (ECJ) (54).

Concerning Hungary’s EU standing, the article 7(1) TEU procedure was also initiated in 2018 by the European Parliament as a consequence of similar concerns at the domestic level: judicial independence, freedom of expression, corruption, rights of minorities (including 2021 anti-LGBTIQ legislation cloaked as a pedophilia measure), and the situation of migrants and refugees. In the case of judicial independence, the national conservative Hungarian government passed the Enabling Act in 2020, which gives Prime Minister Viktor Orbán of the ruling right-wing Fidesz party the right to pass special executive decrees in response to the coronavirus outbreak. The necessity and proportionality of the state of emergency measures are being questioned by the EU. On 22 June 2021, the media reported that “Poland and Hungary sanctions procedure [are] back after [the] pandemic” and, therefore, it is too early to predict if Hungary and its counterpart will be faced with negative consequences that can make up for the non-existing right to expel Member States (55). Commentators state that the way forward is through “the combination of actions before the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the infringement proceedings” (56).

Value incompatibility in the context of a national conservative ideology need not be coupled with an appeal to *our* Christian traditions. Nevertheless, it is noteworthy that the 2007 Treaty of Lisbon replaced the proposed EU Constitution because the debate and the dispute about the latter escalated into a religious value fight about whether the Preamble should read something to the effect of “We are Christian” (57). Europe is polarized. Europe has an identity crisis. Poland and Hungary represent a minority at this point in time... but the future may hold surprises. Furthermore, the European perspective could arguably have been a target in the case of those countries that adopted the so-called *burqa* ban. Certainly, the copycat strategy that Denmark used to implement its criminalization of full-face coverings (cf. law L 219) is a case of legal boldness. Denmark copied France and Belgium after the European Court of Human Rights (ECtHR) upheld their bans but

also at a point in time where Denmark could have accommodated the United Nations Human Rights Committee's (UNHRC) 2018 criticism. The judgment of the UNHRC, that the restriction of religious pluralism constitutes a violation of fundamental human rights, is not binding; but it does *not* follow from this that legitimacy is not adversely affected. The Jacques Delors Institute may be correct that the Scandinavian countries have "a strong approach" to the rule of law during elections, but what is Albania and other candidate countries to think about the fact that Denmark has followed a hard-liner illiberal rebranding course since 2001 to *strengthen* Danish values? Politically, the right and the left collaborated, and the many measures to limit the number and cost of asylum-seekers and refugees led to a serious deterioration of the humanitarian protection conditions before the tentative culmination of anti-immigration responses in the 2019 "paradigm-shift" (cf. law L 140) where repatriation replaced integration (58). As for the ethnic and religious minority of Muslims of non-western origin who were trying to make the transition to Danish citizenship, a non-negotiable assimilation measure called the Constitutional Ceremony (cf. law L 80) tested the female applicant's respect for Danish values like transparency, openness and tolerance by forcing her to shake hands with male public officials to complete the naturalization process. The Danish government's goal to reduce the number and cost of *them* and *their kind* was partly premised on the Danish Social Democratic Party's belief that there is a "fundamental contradiction between a very liberal immigration policy and the survival of the welfare state" (59). This suggests, of course, that Friedman is correct about the contrast between freedom and (illiberal or totalitarian) welfare. He argues that vulnerable stakeholders are better off in *laissez-faire* capitalism. A self-regulating marketplace is a protective measure when it comes to non-discrimination as a value because the market makes no judgment *except* in matters that pertain to economic activity and productivity (60). If the borders were open, the marginalized would avoid countries like Denmark that are persuaded by the reasonableness of establishing (cultural and nationalistic) rights of the Danes *qua* the majority, as reflected in the *burqa* ban rationale that also relies on secularism as an implicit premise (61). What matters is that newcomers are met with fairness in relation to economic opportunities (for financial self-sufficiency). Interestingly enough, Denmark is not a popular final destination country, nor is diversity a value that is embraced in the job market where the denial of systematic racism poses challenges (62). The ECtHR's prioritization of the margin of appreciation in the case of *S.A.S. v. France* cannot but put a dent in the European perspective that is grounded in common values, whereas the margin is applicable "in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely", meaning that domestic policymakers should be ascribed special weight to allow a "choice of society" (63). Apparently, Danish illiberal measures do not give rise to sufficient discrepancy to cause an implosion. However, if the situation in Poland and Hungary continues, this may be the clash and contradiction that will compel the other European Member States to insist on accountability, on conformity amidst internal disunity.

4. The Devil's Advocate: Any Absolutes on "How To"?

The doctrine of the margin of appreciation gives states latitude in balancing individual rights against (national(istic)) state interests, in the cases at hand, with the prioritization of *our* in-group form of coexistence at *their expense*. Liberal democracy's rule of law

mixes respect and protection of minorities with individual rights *and* majority rule – which opens the door to majority tyranny in the form of measures like the Danish *burqa* ban and handshake provision, as well as the tension between welfare state redistribution and humanitarian protections *as opposed to* examples of (Sangiovanni’s) benefit tourism. The Danish reaction was facilitated by legal opt outs in the area of justice and home affairs, thereby raising doubts about the country’s solidarity with EU policy (64). Both at home and abroad, Denmark has resorted to indirect deterrence as a strategy in the case of people it has a “desire to avoid” (65). Concerning the fundamental rights that Denmark restricts, these cut across the narrow/broad divide by virtue of affecting both basic civil/political rights and economic/social rights. While narrow versions of stakeholder theory maintain that the welfare state is (value-)incompatible with freedom, it is equally correct that some civil/political rights are politicized. E.g., narrowly freedom of association cannot remain a right if stakeholders are forced to accept unions and collective bargaining. The more *socialized* the market is, the more it becomes a match with redistribution. The vision of Europe’s “social market economy” that is advanced in the 2021 European Pillar of Social Rights Action Plan is an example of left-wing “activists” who undermine the fabric of a free society, according to Friedman (66).

Setting aside the debate and dispute about the basis and the superstructure – and how one determines the other, commentators may ask about the appropriate response to internal EU disagreements. One question is about the subtle sub-distinctions for pluralism. If Denmark and other countries can restrict religious pluralism, then why shouldn’t Poland and Hungary be permitted to use a religious rationale to limit, *inter alia*, access to abortion? The EU policy stance on the topic is that measures that roll back reproductive rights violate the principle of non-retrogression under international human rights law. In June of 2021, the European Parliament passed a resolution “that proclaimed the safe access to abortion is a human right” (67). The resolution was intended for countries like Poland, but objections were made:

“Abortion is not a human right”, Rosa Estaràs Ferragut, a Spanish MEP from the EPP said during the plenary debate prior to the vote. “It could be a legal right, that’s accepted in some member states, but it’s not a human right”.

She added: “You can’t ideologize a human right, this is not democracy and this is not what I want to see in Europe” (68).

In July of 2021, a condemnatory response was delivered to Hungary’s anti-LGBTQ+ legislation. A majority of 459 MEP voted in favor, whereas 147 opposed the interpretation of Hungary’s ban of the promotion of homosexuality, gender reassignment, and the concept of sexuality deviating from the one assigned to a person at birth in educational materials as a “clear breach” of EU law (69). Hungary announced its refusal to repeal the law. Is the alleged discrimination disrespectful of EU values of tolerance; or are EU values of tolerance a zero-sum game – by analogy to Denmark’s laws at the national level? After all,

“French President Emmanuel Macron has called the split over values between the liberal West and more conservative eastern countries such as Hungary and Poland a ‘cultural battle’ that damages EU unity” (70).

The majority has the power to foundationally steer the EU away from pluralism, meaning that Poland and Hungary stand to lose their voting rights in the EU Council (outcome of article 7 proceedings), or their funds, or their credibility and the trust of the EU – or all of these – unless *their* illiberalism is transformed into *our* form of liberal democracy – which can accommodate some deviations but *not* national conservative *eastern* outlooks. Currently, the EU considers the situation with a view to identifying the counter-measures that can put the outsiders straight or, alternatively, “leave the block” despite Hungary’s claim that no discrimination of sexual minorities is occurring, that their rights are not at stake (71).

Is this a matter of perspective? Or, is the European perspective one that precludes the eastern outlooks because these are perceived as backwards? If so, would it be better to avoid the “stick” method and a too predictable value stalemate. Provided policymakers are open-minded, solutions may come from interdisciplinary insights. E.g., philosophical lessons from Ludwig Feuerbach may be incorporated, especially his work on religion and (value) projection. If the EU allowed some time... for the Christian and national conservative ideas to *burn out*, countries like Poland and Hungary would be able to celebrate the European perspective. Admittedly, epistemological (self-)emancipation competes with the type of materialism that argues that Feuerbach’s concept of man as species is isolated from the historical process (72). With the mode of production as the primary category, historical materialism and the dialectical method that Marx and Engels pioneered depict religion as a feature of the bourgeois *cum* capitalist and liberal class society. In Marxist terms, the law is a reflection of the interests of the ruling class. It is a tool to maintain the *status quo*. Therefore, the *burqa* ban and the handshake provision are reactionary measures. As “the opium of the people”, religious values can only be effectively eliminated by addressing the root causes: the oppression *cum* socioeconomic inequality. If the EU proceeded on the basis of moral internationalism, member state solidarity (cf. assistance) could lessen EU conflict. Instead, the recent “Polish Deal” that is tailored to the neediest appears to have strengthened populism. The EU may have lost its opportunity to use values (cf. recognition) as the gateway to the welfare magnet (cf. redistribution) despite the association of corruption and “economic nationalism” (73). The cost-benefit rationale for EU’s geostrategic stake may be lost on the altar of “political correctness” (74).

The East-West conflict has been described as an instance of “value politics,” thereby making the connection between ideology and the European crisis (75). However, the original idea that drove the EU, the link between economy (free trade), social progress for EU citizens, and peace (cf. Rome Treaty of 1957), did not develop into a broad project until the new millennium (cf. Charter of Fundamental Rights of the European Union of 2000). The point is that the link between the EU and human rights and, more broadly, democracy is an integral part of the “mature” project (76). Article 2 of the Treaty of Lisbon mentions pluralism, but it is unqualified (77).

On one interpretation, it is the definition of the central concepts “pluralism” and “democracy” that creates the disagreement. If democracy is limited to liberal democracy (cf. article 2 of the Treaty of Lisbon), illiberal democracy – which both Hungary and Poland view as the superior solution to the dysfunctional *cum* failed western “liberal non-democracy” – is precluded beforehand (78). Defenders of liberal democracy criticize the way that illiberal democracy equates effectiveness with negations of checks-and-balances. Furthermore, Orbán’s “workfare state” is perceived as an abandonment of the

welfare state and the European Social Model because redistribution is solely mediated by work (79). If the narrow stakeholder theory's non-recognition of economic democracy is accommodated, the rule of law cluster (cf. fundamentals) is further challenged.

The rule of law budget conditionality, which the EU majority of countries favor as a correction and censure measure, is tailored to combat the analogy to benefit tourism at the inter-state level on behalf of deviant states and their selective attraction to EU's economic dimension of the European perspective. Apart from the controversy of letting recognition dictate redistribution, the representatives of the EU majority culture face predicaments: that identity politics becomes a mask – for *them*; and that a decision to give in to the prevailing EU ideology becomes a game strategy to win time... to show that Fukuyama is correct that recognition (cf. idealism) is the highest stake and that a national conservative agenda is exactly that: national conservative. Illiberal democratic capitalism opposes the EU's "hegemony of opinion" for the same reason (80).

5. A Footnote Conclusion

Accession talks are overshadowed by the crisis. Hungary's Enlargement Commissioner Olivér Várhelyi proposed a "decoupling" strategy that would give Albania the advantage over North Macedonia *in spite of* North Macedonia's superior performance concerning EU standards (81). Nevertheless, Albania may have reason to rethink the EU terms to avoid a parallel society in international relations, with a split between Islam and Christianity. The Big Philosophical Question concerns the fact that "the major legal systems of the world" coincide with the values of those nations that count as the (culmination of the evolution of) "civilized nations" (82), the opposite of a "pluralist conception" (83). Scrutiny of legal imperialism and pluralism with a view to passing *consistent* judgment on cases of illiberalism is warranted. The EU has to reconsider double standards when it comes to protection of fundamental human rights (84). A return to EU's non-mature model is an option. However, what the powerful EU states *cannot* do is to redraw the borders to get the European perspective *they* want.

References

(*) Acknowledgements: The authors warmly thank Stefano Busillo and Emanuele Vannata from the University of Salerno's EUWEB Legal Observatory for his excellent research and editorial assistance. The usual disclaimer applies.

(1) In the regional context of the Balkan States, the European perspective defined in terms of "respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities" is mixed with anti-corruption and solidarity and, furthermore, a "special responsibility" to assist for the EU. See European Commission, Statement by President von der Leyen at the joint press conference with President Michel and Andrej Plenković, Prime Minister of Croatia, following the EU-Western Balkans Zagreb Summit, May 6, 2020, available at www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_825 (hereinafter *2020 Statement by President von der Leyen*). For an account of stakeholder frameworks as interpretative tools, see A. MATWIJKIW, B. MATWIJKIW, *A Look Behind the Legal Scene: Philosophical Stakeholder Responses to Fundamental Human Rights*, in T. RUSSO, A. ORIOLO, G. DALIA (eds.), *Solidarity and Rule of Law. The New Dimension of EU Security*, Springer, 2022 (forthcoming) (hereinafter *A Look Behind the Legal Scene*).

(2) F. FUKUYAMA, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2018.

- (3) M.C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, 2nd ed., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 1003.
- (4) F. FUKUYAMA, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, cit., p. 91.
- (5) European Council in Action, *Outcome of the Zagreb EU-Western Balkans video summit of 6 May 2020*, 20 May 2021, pp. 3-4 (briefing) (hereinafter *2020 European Council in Action Briefing*), available at [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/642836/EPRS_BRI\(2020\)642836_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/642836/EPRS_BRI(2020)642836_EN.pdf).
- (6) European Commission, *European Semester Thematic Factsheet, Fight Against Corruption*, 22 November 2017, available at www.ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester-thematic-factsheet-fight-against-corruption_en_0.pdf. Note that political tyranny is the only conflict-causality that (neo-)liberals accept.
- (7) Fukuyama's position in *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992 – where the globalization of western liberal democracy and free market capitalism was viewed as the culmination of the historical evolution – shifted in *Trust: Social Virtues and Creation of Prosperity*, New York, The Free Press, 1995. Fukuyama conceded there is no sharp separation of culture and economics. Concerning recognition and redistribution, Fukuyama's *Identity: The Demand for Recognition and the Politics of Resentment*, cit., ascribes priority to recognition. While the universal recognition that liberal democracy implies is reshaped by narrow alternatives based on nation, religion, ethnicity, etc., recognition cannot be transcended. Populist nationalism (claimed to be rooted in economic motivation) *stems from* the demand for recognition (cf. idealism) and therefore *cannot* be satisfied by redistribution (cf. materialism).
- (8) For admission, a country's state performance and/or capacity must conform to these conditions:
- stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities;
 - functioning market economy and the ability to cope with competitive pressure and market forces within the EU;
 - ability to take on the obligations of membership, including the capacity to effectively implement the rules, standards and policies that make up the body of EU law (the *acquis*), and adherence to the aims of political, economic and monetary union.
- (9) Tension between the liberal and the “social market economy” is inescapable. See *supra* note 8 and *infra* note 66.
- (10) J.S. NYE, *Transformational Leadership and U.S. Grand Strategy*, in *Foreign Affairs*, Vol. 85, No. 4, 2006, p. 139.
- (11) European Parliament, *A New Approach to EU Enlargement* (Briefing), 2 March 2020, pp. 2-3, available at [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649332/EPRS_BRI\(2020\)649332_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649332/EPRS_BRI(2020)649332_EN.pdf).
- (12) Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *2020 Communication on EU Enlargement Policy*, 6 October 2020, COM(2020) 660 final, available at www.ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/default/files/20201006-communication-on-eu-enlargement-policy_en.pdf (hereinafter *2020 Communication on EU Enlargement Policy*).
- (13) *Ibid.*, pp. 1-2, 6, 14-15, 17, 19, 27; Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Enhancing the Accession Process – A Credible EU Perspective for the Western Balkans*, 5 February 2020, COM(2020) 57 final, pp. 1-7, available at www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0057&from=EN (hereinafter *Enhancing the Accession Process*). For the six policy clusters (the rule of law, the internal market, competitiveness and inclusive growth, green agenda and sustainable connectivity, resources, agriculture, and cohesion, and external relations), see *id.*, p. 7.
- (14) *Enhancing the Accession Process*, cit., pp. 1, 3-4.
- (15) *Ibid.*, p. 3.
- (16) *Ibid.*, pp. 1-3.
- (17) “The EU is a strategic goal for us, but I will not condone anyone and speak out against China and Russia”, Serbia's President Aleksandar Vučić stated. See A. SZUCS, T. OZTURK, *Western Balkans Is 'Priority': EU Top Official*, in *Anadolu Agency*, 6 May 2020, available at www.aa.com.tr/en/europe/western-balkans-is-priority-eu-top-official/1831836.
- (18) *2020 Statement by President von der Leyen*, cit.
- (19) The fundamentals, referred to as “the rule of law cluster”, contain eight sub-categories, including “judiciary and fundamental rights”. See *Enhancing the Accession Process*, cit., p. 7.

- (20) 2020 Communication on EU Enlargement Policy, cit., p. 19.
- (21) The EU policy resembles the UN 2004 strategy in response to threats to collective security: “to work across issues in a concerted fashion”. See A. MATWIJKIW, B. MATWIJKIW, *A Look Behind the Legal Scene*, cit.
- (22) 2020 Communication on EU Enlargement Policy, cit., p. 2.
- (23) A. MATWIJKIW, B. MATWIJKIW, *A Look Behind the Legal Scene*, cit.
- (24) M. MICHELOT, *The article 7 Proceedings against Poland and Hungary: What Concrete Effects?*, in *Thinking Europe*, 6 May 2019, available at www.institutdelors.eu/en/publications/___trashed/ (hereinafter *The article 7 Proceedings against Poland and Hungary*). Poland, which is currently the subject of article 7 proceedings for its assault on the nation's courts, is said to not “not want to set a precedent” by voting in favor of suspending the voting rights in the EU Council in the case of Hungary. See R. IDDIOLS, A. CASSIDY, *Hungary ‘has no place in the EU anymore,’ Dutch leader says*, in CNN, 25 June 2021, available at www.edition.cnn.com/2021/06/24/europe/hungary-eu-lgbt-mark-rutte-intl/index.html.
- (25) M. MICHELOT, *The article 7 Proceedings against Poland and Hungary*, cit.
- (26) 2020 European Council in Action Briefing, cit., p. 1 [Authors’ emphasis].
- (27) *Ibid.*, pp. 1-4; European Commission, *Commission Proposes Renewed Consensus on Enlargement*, 8 November, 2006, IP/06/1523, available at www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_06_1523.
- (28) European Commission, *Commission Welcomes the Green Light to Opening of Accession Talks with Albania and North Macedonia*, 25 March 2020, IP/20/519, available at www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_519.
- (29) *Ibid.*
- (30) European Commission, *Commission Drafts Negotiation Frameworks for Albania and North Macedonia*, 1 July 2021, IP/20/1021, available at www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1021.
- (31) *Ibid.*
- (32) R. MESSICK, *President Biden: Fighting Corruption Core U.S. National Security Interest*, in *The Global Anticorruption Blog*, 9 June 2021, available at www.globalanticorruptionblog.com/2021/06/09/president-biden-fighting-corruption-core-u-s-national-security-interest/.
- (33) *Enhancing the Accession Process*, cit., p. 1.
- (34) J. BORRELL, *EU Needs to Change the Dynamic on Western Balkans*, in *Dit-Net*, 21 May 2021, available at www.dtt-net.com/en/news/3271/39/Opinion-EU-needs-to-change-the-dynamic-on-Western-Balkans/.
- (35) A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, 2013, pp. 213, 217. DOI: [org/10.1093/ojls/gqs033](https://doi.org/10.1093/ojls/gqs033).
- (36) *Ibid.*, p. 238.
- (37) *Ibid.*, pp. 234, 239.
- (38) *Ibid.*, p. 229.
- (39) *Ibid.*, pp. 227, 232.
- (40) A. SANGIOVANNI, *The Irrelevance of Coercion, Imposition, and Framing to Distributive Justice*, in *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 40, No. 2, 2012, p. 79.
- (41) A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, cit., p. 215. Note that “distributive” and “redistributive” justice are synonymous calls for a fair allocation of socioeconomic goods.
- (42) R.E. FREEMAN ET AL, *Stakeholder Theory: The State of the Art 230*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- (43) M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, 40th ed., Chicago, Chicago University Press, 2002, pp. 7, 10, 22.
- (44) *Ibid.*, p. 8.
- (45) A. MATWIJKIW, *The Dangers of the Obvious but Often Disregarded Details in the International Criminal Law Demarcation Debate: Norm-Integration and the Triple-Thesis ‘Argument’*, in *International Criminal Law Review*, Vol. 10, No. 2, 2020, p. 59.
- (46) A. MATWIJKIW, B. MATWIJKIW, *A Look Behind the Legal Scene*, cit.; UN General Assembly’s Resolution 2200A (XXI), *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1996, art. 2; Council of Europe’s Treaty n. 163, *European Social Charter (Revised)*, 3 May 1996, arts. 13, 23, and 31.

- (47) Friedman relativizes harm, for “what one man regards as good, another man may regard as harm”. Furthermore, interference with voluntary cooperation establishes the market paradigm of harm, with the exception of fraud and negligence. See M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, cit., pp. 3, 7, 15, 105-107, 113, 158, 162, 167, 195.
- (48) R.E. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 102.
- (49) E.g., the Fair Opportunity Principle for Human Stakeholders prescribes “Stakeholders should not be discriminated against on the basis of characteristics which they cannot control through their own subjectivist and/or relativist choices (meaning that they depend on non-preferential factors to be able to acquire or un-acquire the relevant characteristics). They have a right to inclusion on the basis of humanity”. The Ethics Pillar is the anti-dote to the “claims of nationalistic cultural rights” Bassiouni connects with western reluctance to show solidarity with “the hardship suffered by refugees fleeing wars, repressive regimes, economic exploitation, and poverty”. See A. MATWIJKIW, B. MATWIJKIW, *Bahrain Anno 2017: Peace or Regime Change? The Ongoing Human Rights Dilemma and the Ethics Pillar as a Measurement*, in *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2017*, 2018, pp. 131, 133 n9, 135 n18; M.C. BASSIOUNI, *The Future of Human Rights in the Age of Globalization*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 40, No. 1, 2012, pp. 21, 38. For the migrant as an “unreasonable burden” under Directive 2004/38/EC, para. 10, see A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, cit., p. 238.
- (50) D. TILLES, “*It is our duty to thank God for gifting the Kaczyńskis to Poland*”, says archbishop, in *Notes from Poland*, 19 June 2021, available at www.notesfrompoland.com/2021/06/19/it-is-our-duty-to-thank-god-for-gifting-the-kaczynskis-to-poland-says-archbishop/. Note that Poland’s President Andrzej Duda was a Presidential Candidate for PiS during the 2015 election, but resigned his party membership. He received the official support of the PiS for his 2020 re-election campaign).
- (51) Under the TEU, there is no mechanism to expel a member.
- (52) EU: *Use article 7 Now to Protect European Values*, in *Human Rights Watch*, 18 June 2021, available at www.hrw.org/news/2021/06/18/eu-use-article-7-now-protect-european-values.
- (53) E.g., President Orbán was described as “a dictator”. See S. WALKER, ‘Hello, Dictator’: Hungarian Prime Minister Faces Barbs at EU Summit, in *The Guardian*, 22 May 2015, available at www.theguardian.com/world/2015/may/22/hello-dictator-hungarian-prime-minister-faces-barbs-at-eu-summit.
- (54) *Poland and Hungary file complaint over EU budget mechanism*, in *Deutsche Welle*, 11 March 2021, available at www.dw.com/en/poland-and-hungary-file-complaint-over-eu-budget-mechanism/a-56835979.
- (55) E. ZALAN, *Poland and Hungary Sanctions Procedure back after Pandemic*, in *Euobserver*, 22 June 2021, available at www.euobserver.com/democracy/152211.
- (56) M. MICHELOT, *The article 7 Proceedings against Poland and Hungary*, cit.
- (57) This fight took place in 2005-2006. See *Europa i krise – Identitetskrisen*, in *DK4*, 5 March 2020, available at www.youtube.com/watch?v=WPqyx6JAMQc. For the “Christian roots” of the European perspective, see G. GALASSO, *Into the Future of a Common Past*, in G. AMATO ET AL (eds.), *The History of the European Union: Constructing Utopia*, Bloomsbury, 2019.
- (58) A. MATWIJKIW, B. MATWIJKIW, *Denmark’s Blanket Burqa Ban: A National(ist) Perspective*, in A. MATWIJKIW, A. ORIOLO (eds.), *Law, Cultural Studies and the “Burqa Ban” Trend: An Interdisciplinary Handbook*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 349-389, 367 (hereinafter *Denmark’s Blanket Burqa Ban*).
- (59) *Ibid.*, p. 383.
- (60) M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, cit., p. 21.
- (61) A. MATWIJKIW, B. MATWIJKIW, *Denmark’s Blanket Burqa Ban*, cit., p. 359.
- (62) M. CLANTE BEDIXEN, *The Massive Danish Discrimination*, in *Refugees.DK*, 12 February 2019, available at www.refugees.dk/en/focus/2019/february/the-massive-danish-discrimination/; M. DAHL, N. KROG, *Experimental Evidence of Discrimination in the Labour Market: Intersections between Ethnicity, Gender, and Socio-Economic Status*, in *European Sociological Review*, Vol. 34, No. 4, 2018, p. 402. DOI: 10.1093/esr/jcy020; N. JENSEN-PETERSEN, *Unemployed Immigrants Challenge Danish Tolerance*, in *The Murmur*, 22 June 2021, available at www.murmur.dk/unemployed-immigrants-challenge-danish-tolerance/; T. JOHN. S. GARGIULO, *Denmark Is a Liberal Paradise for Many People, but the Reality Is Very Different for Immigrants*, in *CNN*, 20 July 2020.

- (63) European Court of Human Rights (Grand Chamber), Judgment of 1 July 2014, Application No. 43835/11, *S.A.S. v. France*, paras. 53-54.
- (64) T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Refugee Policy as 'Negative Nation Branding: The Case of Denmark and the Nordics*, in *Danish Foreign Policy Yearbook*, 2017, pp. 99, 102.
- (65) *Ibid.*, p. 109.
- (66) M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*, in *The New York Times Magazine*, 13 September 1970.
- (67) M. DE LA BAUME, *European Parliament Declares Abortion Access a Human Right*, in *Politico*, 24 June 2021, available at www.politico.eu/article/meps-adopt-divisive-text-on-abortion/.
- (68) *Ibid.*
- (69) M. DE LA BAUME, *MEPs Overwhelmingly Condemn Hungary's Anti-LGBTQ+ Law*, in *Politico*, 8 July 2021, available at www.politico.eu/article/meps-overwhelmingly-condemn-hungarys-anti-lgbtq-law/.
- (70) G. BACZYNSKA, R. EMMOTT, *Hungary Rejects EU Demand to Ditch 'Shameful' Anti-LGBT Law*, in *Reuters*, 7 July 2021, available at www.reuters.com/world/europe/a-disgrace-hungary-must-ditch-anti-lgbt-law-eu-executive-says-2021-07-07/.
- (71) *Ibid.*
- (72) For a comparative analysis of Feuerbach and Marx/Engels, see B. MATWIJKI, *Philosophical Analysis as a Pathway to Progress: From the Burqa to the Emperor's New Clothes*, A. MATWIJKI, A. ORIOLO (eds.), *Law, Cultural Studies and the "Burqa Ban" Trend: An Interdisciplinary Handbook*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 55-80.
- (73) S. RANDERIA, *Orbán's Lawfare against Liberal Democracy in Hungary*, in *Global Challenges*, No. 2, 2017, available at www.globalchallenges.ch/issue/2/orbans-lawfare-liberal-democracy-hungary/.
- (74) *Orbán: Liberal Democracy Has Become 'Liberal Non-Democracy'*, in *Daily News Hungary*, 6 May 2021, available at www.dailynewshungary.com/orban-liberal-democracy-has-become-liberal-non-democracy/ (hereinafter *Daily News Hungary*).
- (75) *Europa i krise – Identitetskrisen*, cit.
- (76) *Ibid.*
- (77) "The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail". See Treaty of Lisbon (2007), art. 2, available at www.lisbon-treaty.org/wcm/the-lisbon-treaty/treaty-on-european-union-and-comments/title-1-common-provisions/2-article-2.html.
- (78) *Daily News Hungary*, cit.
- (79) D. SZIKRA, *Welfare for the Wealthy: The Social Policy of the Orbán-regime, 2010-2017*, in *Friedrich Ebert Stiftung*, March 2018, www.library.fes.de/pdf-files/bueros/budapest/14209.pdf.
- (80) *Daily News Hungary*, cit.
- (81) J. BARIGAZZI, *EU Commissioner Floats Shift on Albania Membership Talks*, in *Politico*, 7 May 2021, available at www.politico.eu/article/eu-commission-albania-membership/.
- (82) *Ibid.*
- (83) F.O. RAIMONDO, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts*, Leiden-Boston, Brill, 2008, pp. 182-183.
- (84) E. INOTAI ET AL, *Democracy Digest: Hungary and Poland Refuse to Join EU Justice League*, in *Balkaninsight.com, Reporting Democracy*, 4 June 2021, available at www.balkaninsight.com/2021/06/04/democracy-digest-hungary-and-poland-refuse-to-join-eu-justice-league/.

ANTI-CORRUPTION AND ANTI-MONEY LAUNDERING: CRIMINAL NETWORKS AND PREVENTION MODELS COMPARED

Marco Naddeo*

***University of Salerno, Department of Legal Sciences (School of Law)
(mnaddeo@unisa.it)**

Abstract

This paper aims to examine the phenomena of corruption and money laundering, outlining the relationship of “continuity” running between them. The analysis presented here focuses on the evolution of modern criminal networks and their methods in recent years. The results highlight the points of convergence between the prevention models compared here (anti-corruption and anti-recycling) and the importance of redressing the information imbalance underlying the asymmetry between the State and organised crime. From this point of view, judicial support and internal control systems are indispensable tools in the fight against transnational crime.

Keywords: *Anti-Corruption, Anti-Money Laundering, Criminal Networks, Prevention Models.*

LUFTA KUNDËR KORRUPSIONIT DHE PASTRIMIT TË PARAVE: RRJETET KRIMINALE DHE KRAHASIM I MODEVELE TË PARANDALIMIT

Marco Naddeo*

*Universiteti i Salernos, Departamenti i Shkencave Ligjore (Shkolla e së Drejtës)
(mnaddeo@unisa.it)

Abstrakt

Ky punim ka për qëllim të shqyrtojë fenomenin e korrupsionit dhe pastrimit të parave, duke përshkruar marrëdhënien “e vazhdimësisë” mes tyre. Analiza e paraqitur këtu fokusohet në evoluimin e rrjeteve moderne kriminale dhe metodat e tyre në vitet e fundit. Rezultatet nxjerrin në pah pikat e konvergjencës midis modeleve të parandalimit të krahasuara këtu (anti-korrupsioni dhe anti-riciklimi) dhe rëndësinë e korrigjimit të mosbalancës së informacionit që qëndron në themel të asimetrisë midis shtetit dhe krimit të organizuar. Nga ky këndvështrim, mbështetja gjyqësore dhe sistemet e kontrollit të brendshëm janë mjete të domosdoshme në luftën kundër krimit transnacional.

Fjalë kyçe: anti-korrupsioni, lufta kundër pastrimit të parave, rrjetet kriminale, modele parandalimi.

1. Corruption and Money Laundering from the Criminological Perspective

Empirically speaking, it is clear that *corruption* and *money laundering* are functionally interconnected and are, from a meta-legal point of view, linked along a continuum. We therefore witness the laundering of proceeds from acts of corruption that can be considered predicate offences under article 648-bis of the Italian Criminal Code. After all, bribery is an offence committed with criminal intent to obtain money, goods, or other benefits potentially carried out *in such a way as to conceal their criminal origin*. Recalling the words of Hassemer, one could say that there is a perfect correspondence between the “elements of the offence and the type”.

From the phenomenological point of view, these two forms of white-collar crime frequently go hand in hand, now constituting a means for organised crime to take control of entire revenue cycles over larger territorial areas. It is no coincidence that those who have recently attempted to represent the position assumed by criminal networks in geometric form place them at the peak of a triangle with *public administrations* and the *economy* (1) at opposite corners of the base. Thus, corruption is a method of infiltration, and money laundering is a link between the market and crime.

Naturally, organised crime exploits the damage arising from (different levels of) corruption to influence decisions taken by the public administration, resorting to bribes (level I), the buying and selling of civil functions (level II), and even the regular infiltration of members of criminal organisations in public service (level III). Corruption can affect the management of public affairs, diverting considerable resources for criminal

gain. These then enter the market and contaminate the economy, damaging healthy operators and others. This then is the lowest common denominator of two circumstances that can cause severe disruption to the public administration and the economy, as well as the power to act across borders typical of the so-called crimes of opportunity. These can constitute critical financial assets and even influence the weightiest decisions concerning the economy and the administration of public affairs (2)

On the other hand, white-collar and organised crime follow at least partially identical channels with overlapping results; indeed, it may be more correct to say that they intensify each other, being able to count on “a multiplier of polluting income conveyed by enterprises with mafia stakeholders or through illegal practices, which bring together and conceal the criminal links and illicit conduct of normal enterprises. Distortions of the market and competition, at national and international levels, affected by ‘non-competitive’ actors in terms of production, together with their profit- and financial management logic, constitute the indirect, but not remote, consequence of those synergies” (3). The driving force behind this dangerous upward spiral is the considerable (Return on Investment) ROI of the criminal economy, which – as will be explained below – makes the rules of the market even less attractive and often lacks the indispensable basis of consent required for them to be effective.

As a further complication, globalisation, paired with the technological innovation of the Fintech era, is providing new opportunities for economic crime, creating fresh and unexpected challenges for prevention and countering it. In addition, this illegality increasingly takes the form of a complex organisation, enticed by interests converging with those of enterprises and becoming so intricately intertwined as to reduce any probability of discovery. Similarly, “liquid corruption” eludes the typical pattern of criminal corruption and allows misconduct to reach the highest levels of local government, infiltrating public administrations and the economy using non-violent methods, also in the form of commercial activities (4). The goal is always the same: to increase profits and exceed the limit of optimisation in defiance of the rules of the game, forcing the instruments at their disposal (public office and economic resources) through increasingly complex and sophisticated manoeuvres that are difficult to intercept (5).

It should not be forgotten that such crimes can be compared to the dynamic games with incomplete information to which J. Nash reduced mixed strategies or probability distributions over pure strategies, namely games where pay-offs become multilinear forms regarding the probabilities the various actors play out their pure strategies by (6). In this segment, the offender is very often a refined calculator adopting a strategy that takes the instruments of prevention and combat into consideration to find the best possible result (both in terms of gain and minimising inherent risk). This result will also depend on the decision that the other players in the field decide to adopt, providing the State with their invaluable support rather than shirking the requirement to take positive action or even deciding to collude with the criminals.

These, briefly, are the reasons compelling the legislator to draw up a cohesive *criminal policy* with prevention at the core of anti-corruption and anti-recycling strategies without the system relinquishing the necessary controls by falling back on a *criminal policy* that risks lagging behind the criminal “infiltration” examined here.

2. Models of Prevention vs. Criminal Networks

Effectiveness – in terms of the general observance of the law by those to whom it is addressed and those in charge of applying it – feeds on empirics (7). Hence, investigating the phenomenon and the current configuration of the criminal offence that it brings before the jurist must underpin the new models of prevention (and repression).

Two principle factors deserve particular consideration in this regard: i) the asymmetry of information that places enforcement at a disadvantage with respect to criminal organisations, which are allowed to make their choice over again in sequence – also after observing the State-player's move, and ii) the existence of several solutions which, to return to the aforementioned Game Theory, allow more balance and make the optimal strategy more complex, also considering the non-cooperative nature of the game (precluding preliminary negotiations between the opposing forces).

Regarding the first aspect, both corruption and money laundering can count on the predominance of rational choices adopted by professionals with access to sophisticated techniques and able to exploit the opportunities offered by technological developments aiming at the rarefaction of criminal conduct (the so-called de-individualisation of economic crime). In this area, a central role is played by the precious asset of *information*, which the white-collar workers aim to preserve, containing the risk of discovery despite State attempts to eliminate or, at least, reduce the information gap thanks to which it is at a disadvantage.

From this perspective, strategies to counter money laundering (Legislative Decree No. 231 of 21 November 2007) and corruption (Law No. 190 of 6 November 2012) are moving in the same direction, setting up structures to create essential information flows in terms of both prevention and repression. The obligation to co-operate actively and the figure of the Anti-Money Laundering Officer have counterparts in the anti-corruption plans and the Anti-Corruption and Transparency Officer, merged – according to the corporate compliance process – into the organisation and management models envisaged by Legislative Decree No. 231 of 8 June 2001 to protect the authority from liability arising from offences. In short, the system focuses on safeguarding the integrity of the economy and markets through the active collaboration of the public authorities (PTCT) and public employees (whistleblowing reports), as well as the support of numerous categories of qualified operators holding “privileged” financial/asset-related information (the so-called obliged parties: numerous categories including lawyers, notaries, accountants, etc.).

These are “antibodies” inoculated into complex organisations to neutralise the “crime virus”, preventing it from corrupting the healthy subject and undermining its immune system, thus preventing it from being penetrated and exploited as a useful screen to reduce the probability of discovery of the crime. On the other hand, the best results depend precisely on the culture of legality and the resulting extent of social consensus that the law obtains (8). Thus, the second factor postulates that the decision to collaborate becomes *dominant*, namely maximising possible utility in terms of reconciling the commitment-incentive binomial (9) in such a way as to reach and oblige the involvement of the greatest number of actors.

The prevention of recycling and corruption models comply – at least in part – with this political-criminal ratio, seeking to internalise integrity and thus reclaim the humus in which economic crime can take root. By inducing the public administration and the private sector to set up internal supervisory bodies and equip themselves with information

flows, these disciplines allow a reduction of the asymmetry mentioned above and guarantee constant monitoring of the areas exposed to the risk of criminal activity through organisational protocols calibrated to the specific level of gravity to be addressed (the so-called risk-based approach) during the risk-assessment and risk management phases.

The Italian legislator has understood that organised crime cannot exist without corruption, nor can it assume or maintain control of businesses without laundering large amounts of illicit wealth before injecting it into the market. This is why money laundering operates on a continuum with corruption, transforming unlawfully created gains from potential to actual wealth (10). The complex relationship between the two crimes is indicated by the supposition of stronger (anti-recycling) obligations to verify the identity of politically exposed persons and is formally legitimated by the leading international anti-recycling body operating within the OCSE framework: the Financial Action Task Force (FATF). In its 40 Recommendations, the FATF prioritised strengthening controls of politically exposed persons (PEPs). The Task Force analysed the connections between anti-recycling measures and the goal of fighting corruption, drawing up specific guidelines for the best use of anti-recycling safeguards to combat corruption (11), highlighting the vulnerability of corruption to anti-recycling safeguards. The same is true of the collaboration between the FATF and the G20 Anti-Corruption Working Group experts, which directs national policies to institutionalise collaboration between anti-money laundering and anti-corruption authorities, favouring information exchange. This kind of action can prevent corruption and help reduce the risk of money laundering, and anti-money laundering strategies can hinder the reuse of proceeds from corruption, increasing costs and making it less profitable.

Furthermore, it is widely known that laundering proceeds from corruption often involves companies, non-profit organisations, and intermediaries/specialised professionals (gatekeepers) who facilitate operations to prevent unlawfully accumulated income being traced back to the bribe-taker (at the same time, the bribe-taker tends to conceal the resources set aside for corruption so as to prevent them being traced). For this reason, pursuing its goal to assist in the detection of suspicious transactions, the Financial Intelligence Unit for Italy (FIU) has drawn up patterns and models of anomalous conduct that (under Article 6(7)(b) of Legislative Decree 231/2007) supplement the indicators of anomalies that identify instances of corruption.

Operational anomalies linked to officials or persons in charge of a public service in an environment prone to corruption are likely to be reported. Cases range from receiving bribes via front companies to cases of extortion and bribery. Other cases include the appropriation of public funds through one of the many forms of fraud, abuse of power, or conflict of interest (12). This figure reveals the transverse nature of corruption in relation to other offences (committed as a way of creating funds as a means of bribery), which is why corruption investigations often stem from inquiries into a variety of offences through which the relevant funds are obtained (invoices for non-existent transactions through shell companies, misleading accounting, etc.). It is thus possible to overcome the obstacles linked to the unjustifiable exercise of institutional prerogatives exploited by PEPs to influence their interlocutors or to use public office in their own interests.

From this point of view, we can already read in the communiqué of the *Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia* (FIU) of 8 July 2010, that “in terms of recycling prevention, abuse in the disbursement and management of public funding to undertakings is becoming increasingly significant”. It is interesting to note that – even then – the issue

was considered “significant, on the one hand, because of disruption to market mechanisms damaging honest businesses, and, on the other, due to the obvious connections between the criminal activity in question and corruption, with a high risk of influencing and interfering with public decision-making choices”. It is no coincidence that the anomaly indicator linked to the identity of the person involved in the transaction relates to PEPs, i.e. natural persons who hold a key public office (or ceased to hold one less than a year previously), as well as their family members and those who are known to have close links with them as listed in Article 1(2)(dd) of Legislative Decree 231/2007.

3. Transnationality and Economic Activities in the Fintech Era

Upon closer inspection, the prevention system mentioned just now is based on collaboration between the private and public sectors but also on co-operation between authorities at both national and international levels. This holds true for both anti-money laundering and anti-corruption strategies, both of which involve economic activity and therefore tend to occur across national borders, exploiting the lack of regulatory uniformity and opacity within national legal systems.

The economic imprint and profitability are highly characteristic of foreign bribery, which distorts the economy and impedes growth. The profile of the new form of organised crime overturns the cliché of the old mafias and has become a new reality, taking the threat it poses to society to a higher level than anything conveyed through violence and intimidation. In the new criminal mindset, weapons take a backseat to economic power, fostering elastic corruption capable of eluding rigid national control (both in geographical and normative terms).

The sophisticated methods of today’s criminals demand new methods of investigation, especially judicial co-operation or powerful organisations such as the Joint Investigation Teams (JITs), fostering co-ordination and greater mutual trust between law enforcement bodies and judicial authorities. In this sphere too, we find synergies such as the agreement established in the memorandum of understanding between the National Anti-Mafia Directorate (NAD) and the Financial Intelligence Unit for Italy signed on 15 March 2021 seeking to “enable the judiciary to make more immediate use of the information contained in reports of suspicious operations and the data from foreign FIUs, thus allowing the Units to carry out comprehensive financial analysis”. It is significant that: i) the forms of collaboration between the NAD and the FIU are further strengthened to allow in-depth analysis of cases that emerge when cross-checking their data, and ii) that the information-sharing envisages communication with foreign FIUs.

The legislative response reveals the new features of an ontologically trans-national and invisible form of crime, one requiring strategic choices based on *suspicion* with workable rules that can reduce the offence to a level of mere *danger*, designing forms of prevention that engage the collaboration of persons informed of the facts who can assist in ascertaining possible criminal offences. Obligatory active co-operation involves creating indispensable databases (e.g., the *Archivio Unico Informatico* concerning money laundering) containing information collected during due diligence. It also gives rise to investigations by means of reports of suspicious transactions. These provide investigators with possible grounds for investigations or material for an investigation to corroborate crime reports.

The range of persons obliged to co-operate is also emblematic of the objectives pursued by the European and, consequently, national legislators: to prevent the financial system becoming a vehicle for laundering the proceeds of criminal activities or financing terrorism. Collaboration requires the contribution of various categories (from banking and financial intermediaries working with professionals to statutory auditors and other non-financial operators), and others are continually being added. It is significant, for example, that, among its main innovations, Directive 2018/843/EU, known as the Fifth European Anti-Money Laundering Directive, extends the list of those required to collaborate to include virtual currency service providers. The update incorporates the requirements of the FATF standards, stating that “a virtual currency service provider is considered to be any natural or legal person who provides third parties, on a professional basis, including online, with services relating to the use, exchange, and/or storage of virtual currency and its conversion from or into legal tender or digital representations of value, including those convertible into other virtual currencies, as well as the services of issuing, offering, transferring and clearing, and any other service relating to acquisition, negotiation, or intermediation in the exchange of such currencies”. Such is the mark left on anti-money laundering by the new Fintech era.

This evolution in legislative terms reminds us that “the more complex the structures of society become, the more complex the crime that reflects its disorders” (13). This process involves a form of currency skeuomorphism, initially represented by electronic money and then by the Altcoin, an instrument equivalent to the banknote in terms of anonymity as it “requires neither the identity of the counterparties nor the reason for payment to be made known. However, being digital, a pure number divisible and multipliable at will, it allows transfers of any amount, from micro-payments of a few cents to the settlement of international business transactions” (14). In short, financial technology complicates the “game”, making it even more challenging to identify the actual holder of the financial transaction, shielded by the ubiquitous nature of virtual currencies. In this context, criminals can engage mixing services (also known as cryptocurrency tumblers) to exploit the complex virtual currency transfer techniques. Using bounce accounts or pool/pot accounts combined with Blockchain technology, these practices make the reconstruction of the intermediate steps between the entry (gateway) and exit (withdrawing) phases almost impossible, thus guaranteeing anonymity (15). It is no coincidence that the latest Europol (16) Internet Cybercrime Centre (EC3) report reveals the directly proportional relationship between the capitalisation of the cryptocurrency market and the development of cybercrime, with consequences for integral digital recycling.

The possibility of new perspectives involving the professional “exchangers” converting virtual currency into legal tender (and vice versa) explains why exchangers feature among the figures required to provide input in terms of active collaboration in a bid to stabilise the enforcement of anti-money laundering policies.

The logic remains the same, namely to exploit collaborators' knowledge and their proximity to the actions, operations, or organisations that may constitute a risk of criminal behaviour. Once alerted, the authorities can take preventive measures to combat the crime in question.

4. The Contribution of AI (Artificial Intelligence)

The last aspect to discuss here is Artificial Intelligence (AI), which opens up whole new vistas, and, combined with the modern payment methods, shifts the game to the sphere of virtual reality, where traditional methods of combat have become anachronistic and, often, ineffective (17).

In addition to automation software, computer systems equipped with more than merely instrumental decision-making capabilities are increasingly becoming widespread. Robots come between humans and crime with significant implications for the criminal charges system (18) and the probability of the crime being successful. Setting aside any considerations regarding dogma, we can focus on the empirical aspect, confirming that thanks to Artificial Intelligence, the process of de-individualisation of financial crime appears to have been completed. Using what some researchers have called “rational entities” puts a further distance between humans and crime, also making it more difficult to detect a crime and trace it back to the perpetrator. The latest generation of algorithms metabolise an inconceivable amount of data they receive thanks to their advanced computational power by cloud-based computing technologies. In this way, the machine elaborates increasingly complex behaviour patterns that can result in highly opaque and unpredictable operations, even elaborating, with, for example, the so-called black-box algorithms, inextricable chains suitable for laundering vast flows of money of illicit origin.

This is the epitome of the crime of opportunities, where the increase of means is directly proportional to the realisation of opportunities for crime, which, on the other hand, hinders collective growth.

5. The Limits of a Criminal Law Based on Risk

The criminal abuse of Fintech tools is reflected in criminal policy, which shifts its main focus towards the frontiers of market access (for example, the criminalisation and repression of banking and financial abuse arising from malpractice in the management of savings-investment services, which echoes the administrative offence of *service providers using virtual currency unlawfully* under article 17-bis, paragraph 5 of legislative decree 141/2010) and contributes to risk situations or whistleblowing based on suspicion and often reflects a precautionary approach in criminal law.

Breaches of anti-money laundering obligations sanctioned according to the variegated Article 55 of Legislative Decree 231/2007 and the mechanisms of anti-corruption are risk-based in conjunction with the reduction of the scope of punishability that plays a predominant role in the related need to reduce the risk of criminal conduct through the stigma attached to crime (19).

On the other hand, the complexity of the crimes under discussion and the kind of interests involved justify the functional projection of rules merely designed to avert the exposure of the protected asset to risk before the illicit conduct translates into intrusion in the economy and commerce, causing further and, perhaps, even more severe consequences. It is precisely this preventive aspect that could lead to abandoning the protection of specific legal interests and favour a more indulgent perspective based on the *ratio* of protection, where the “punishment” verges on the “neutralisation of danger” (20) and offers the indubitable advantages of a criminal law based on crime-fighting. Nevertheless,

although the law of justice and the struggle for law still coexist in today's world, revealing still admissible room for a law based on fighting crime, there is no question of allowing an unlawful "criminal law of the enemy" (21).

If not suitably contained, the advancement of criminal law grounded in a culture of suspicion risks overturning the rules and principles that guide it in the direction of *justice*. In this sense, an indispensable safeguard is that of "reasonableness", which permits acceptance of the broader range of action typical of prevention and, therefore, an anticipated focus on the primary protection of the interests/function (procedures, orders, monitoring, etc.), assuring legal certainty and the exhaustiveness of the criminal precept with respect to the degradation typical of the flexibilization of the type.

This trend is well represented by those who hold that "economic crimes fall within the paradigm of the criminal law of globalisation. And this implies, by its very nature, less 'protection at all costs', springing from the flexibilization of the categories and the relativisation of the fundamental principles of legality, guilt, and proportionality, thus favouring the tendency of criminal law to expand" (22).

It is not only the problem of the ethical and deontological nature of the criminal proceeding that is worrying but the devaluing of the legal interest, the core of values that justifies the intervention of criminal law as a form of protection from the attacks typical of this kind of offence. To free the offence of the descriptive elements and modes of aggression that may constitute precise co-ordinates for those called upon to interpret the law means to bias criminal law towards a focus on efficiency, losing sight of the offence-legal interest binomial which can, instead, ensure that epistemological verification of the abstractly positivised type, especially when the legal interest requires protection of a preventive nature and is as volatile as the economic-financial one (23).

The themes of anti-corruption and anti-money laundering in the context of the "new finance" therefore mark the field and the problems to be addressed in economic criminal law. Superindividual legal interests deserve preventive protection (24), but starting from the interest rather than the *rationes* of protection is fundamental to ensure critical control over criminalisation also when criminal protection takes on the appearance of the protection of functions (25).

The probability of success of such a system, i.e., the prevention and repression of crimes by monitoring and managing risk, which can also use reports from private insiders, will shift – as mentioned previously – away from the participation or otherwise of the associates in the collaborative obligations able to become a "dominant" option from the point of view of enforcement. The underlying strategy is based on the asymmetrical power relationship with the antagonist-addressee. It must, therefore, consider a triple limitation that subordinates its effectiveness to i) the clarity of the rules, ii) the investments necessary to implement them (e.g., drafting organisational models and prevention plans) and, above all, iii) the advantages gained by their correct application. In this regard, legal scholarship clearly underlines how "the precise fulfilment of the regulations (...) must be accompanied and managed according to an ascending scale by mechanisms to qualify ratings and standing, by forms of privileged access to procedures of negotiation with the authorities, even admitting specific extenuating circumstances and reasons for non-punishability" (26). These are the basic premises of the chosen strategy. When they are not observed, they translate into the limits of the criminal law of risk when the traditional canons of the criminal law based on the act are already compromised. Implementing a culture of prevention puts fundamental principles of criminal law at risk,

leading to the full normalisation of offences that lose the characteristics of illegality of their positive and natural construct with an uncontrolled expansion of the criminal domain.

The consequence is confusing prevention, i.e., the containment of the risk of crime, with the extension of (theoretical and not even real) criminal risk producing particularly significant collateral effects, since “if this type of legislation has meaning, it is because it neutralises danger”. If it does not neutralise it, we are left with a mere attack on the right to confidentiality, professional loyalty with the advancement of a culture of suspicion, and the broadening of the obligation to denounce and disclose” (27).

References

- (1) G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione “liquida”*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 5/2020.
- (2) L. DONATO, *Diritto penale ed economia: criminalità, imprese, banche*, in L. DONATO, D. MASCIANDARO (a cura di), *Moneta, banca, finanza. Gli abusi del mercato*, Milan, Hoepli, 2001, p. 51.
- (3) M. DONINI, *Commento*, in A. R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Cedam, 2010, p. XX.
- (4) G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione “liquida”*, op. cit.; Z. BAUMAN, *Liquid modernity*, Cambridge UK, Polity Press, 2000, *passim*.
- (5) L. PICOTTI, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, n. 3-4/2018, pp. 594 ff.; recently, M. CROCE, *Cyberlaundering e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell’era della distributed economy*, in *Sistema penale*, n. 4/2021, pp. 127 ff.; G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, Turin, Utet, 2019, *passim*; L. STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2018.
- (6) J. NASH, *Giochi non cooperativi e altri scritti*, in H.W. KUHN, S. NASAR (eds.), Bologna, Zanichelli, 2004, p. 47.
- (7) S. MOCCIA, *Effettività e normativa antiriciclaggio*, in E. PALOMBI (a cura di), *Riciclaggio dei proventi illeciti. Tra politica criminale e diritto vigente*, Naples, ESI, 1996, p. 303.
- (8) D. MASCIANDARO, *Antiriciclaggio: la legalità come valore del mercato. Riforma delle regole e impatto sui rapporti tra banche, clienti e autorità*, Rome, Bancaria editrice, 2000, pp. 17 ff.
- (9) A. R. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padua, Cedam, 2010, pp. 54 ff.
- (10) E. CAPPA, D. CERQUA, *Il riciclaggio di denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Milan, Giuffrè, 2012, pp. 3 ff.
- (11) FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *Specific Risk Factors in the Laundering of Proceeds of Corruption. Assistance to reporting institutions*, Paris, 2 July 2012.
- (12) I. BORRELLO, *I presidi antiriciclaggio e il contrasto alla corruzione. L’esperienza dell’Unità di Informazione Finanziaria per l’Italia*, in *Argomenti*, n. 6-2017, p. 13.
- (13) E.U. SAVONA, *Criminalità organizzata - concetti e definizioni*, available at www.jus.unitn.it/users/dinicola/criminologia/topics/materiale/dispensa_5_1.pdf, p. 1.
- (14) M. AMATO, L. FANTACCI, *Per un pugno di Bitcoin*, Milan, 2016, p. 3.
- (15) M. NADDEO, *Nuove frontiere del risparmio, Bit Coin Exchange e rischio penale*, in *Diritto penale e processo*, n. 1-2019, pp. 99 ff.
- (16) See the Internet Organized Crime Threat Assessment (IOCTA), 2017, available at www.europol.europa.eu. See also, L. STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5-2018, pp. 29 ss.; E. MESSINA, *Bitcoin e riciclaggio*, in B. QUATTROCIOCCHI (a cura di), *Norme, regole e prassi nell’economia dell’antiriciclaggio internazionale*, Turin, 2017, pp. 381 ff.
- (17) L. PICOTTI, *Quale diritto penale nella dimensione globale del cyberspace?* in R. WENIN, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità*, Trento, 2017, pp. 309 ff.
- (18) L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d’insieme*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Cybercrime*, Milan, Utet, 2019, pp. 35 ff.; P. SEVERINO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Milan, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020; R. BORSARI,

- Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 3/2019, p. 265; M. NADDEO, M.E. CASTALDO, *Diritto penale e intelligenza artificiale. Categorie antiche di fronte a responsabilità e giudizi futuri*, in R. PESSI, P. MATERA, G. SIGILLÒ MASSARA (a cura di) *Diritto, lavoro, nuove tecnologie e Blockchain*, Rome, Eurilink University Press, 2020, pp. 117 ff.
- (19) A.R. CASTALDO, *Il diritto penale dell'economia si spersonalizza*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 August 2021, p. 22.
- (20) M. PAWLIK, *Strafe oder Gefahrenbekämpfung?*, in *Fest. F.C. Schroeder, Müller, Heidelberg*, 2006, p. 357 ff.
- (21) M. DONINI, *op. cit.*, p. XXVIII; see also, *Id.*, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2007, pp. 55 ff.
- (22) M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Turin, 2020, p. 7.
- (23) M. NADDEO, *Il diritto penale dell'economia nell'era del Fintech*, BLP, forthcoming.
- (24) C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, in *Atti del convegno AREL*, 19 March 1978, Milan, 1979. See also, C.E. PALIERO, *La riforma della tutela del risparmio: continuità e fratture nella politica criminale in materia economica*, in *Corriere del merito*, 5-2006, 615 ff.
- (25) M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2013, 9 ff.
- (26) A.R. CASTALDO, *op.cit.*, p. 22.
- (27) M. DONINI, *op. cit.*, p. XXVIII.

RULE OF LAW E STANDARDS ETICI DEGLI INTERNATIONAL PROSECUTORS

Anna Oriolo*

***University of Salerno (Italy), Department of Legal Sciences (School of Law)
(aoriolo@unisa.it)**

Abstract

The normative and jurisprudential framework of the ethical guidelines for international prosecutors, affirms their central role in criminal proceedings, aimed at protecting society from a culture of impunity, and functioning “as gatekeepers to the judiciary”.

Since they are invested with the authority and responsibility to decide on issues fundamental to the administration of criminal justice, i.e., prosecution of the most serious crimes that shock the conscience of humanity, the task of international prosecutors carries great responsibility, requiring them to seek justice and respect certain deontological obligations.

In this perspective, the judicial function of monitoring prosecutorial discretion to investigate and prosecute ensures that the central role of international prosecutors in criminal justice is enacted in accordance with the highest ethical standards and in the best interests of justice.

Keywords: *Ethical Standards, Impartiality, International Criminal Justice, International Prosecutors, Rule of Law.*

SHTETI I SË DREJTËS DHE STANDARDET ETIKE TË PROKURORËVE NDËRKOMBËTARE

Anna Oriolo*

*Universiteti i Salernos, Departamenti i Shkencave Ligjore (Shkolla e së Drejtës)
(aoriolo@unisa.it)

Abstrakt

Kuadri normativ dhe jurisprudencial i udhëzimeve etike për prokurorët ndërkombëtarë thekson rolin e tyre qëndror në procedimet penale, që synojnë mbrojtjen e shoqërisë nga kultura e mosndëshkimit dhe funksionimin “si portierë drejt gjyqësorit”. Duke qenë se ata kanë autoritetin dhe përgjegjësinë për të vendosur për çështje thelbësore për administrimin e drejtësisë penale, pra ndjekjen penale të krimeve më të rënda që trondisin ndërgjegjen e njerëzimit, detyra e prokurorëve ndërkombëtarë mbart një përgjegjësi të madhe, duke u kërkuar atyre të kërkojnë drejtësi dhe respektojnë disa detyrime deontologjike. Në këtë këndvështrim, funksioni gjyqësor i monitorimit të diskrecionit të prokurorisë për të hetuar dhe ndjekur penalisht siguron që roli qëndror i prokurorëve ndërkombëtarë në drejtësinë penale të zbatohet në përputhje me standardet më të larta etike dhe në interesin më të mirë të drejtësisë.

Fjalë kyçe: *standardet etike, paanëshmëria, Drejtësia Penale Ndërkombëtare, prokurorët ndërkombëtar, shteti i së drejtës.*

1. Introduzione

Nel decidere se avviare o continuare un procedimento per accertare la responsabilità individuale per i crimini più gravi che urtano la coscienza dell'umanità, gli *international prosecutors* rappresentano l'interesse “pubblico” della intera *global community* e sono chiamati a svolgere le proprie funzioni con imparzialità, obiettività ed equità (1), salvaguardando tanto il rispetto dei diritti individuali, quanto l'efficacia dell'intero sistema di giustizia penale.

In una tale prospettiva, gli *international prosecutors* svolgono un ruolo cruciale nel promuovere lo stato di diritto e l'efficacia della *criminal justice* (2): quali organi fondamentali dell'amministrazione della giustizia, in ogni fase del processo penale (vale a dire, nello svolgimento delle indagini, dei procedimenti di primo grado e di appello) essi esercitano le loro funzioni in linea con i più elevati *standards* di etica e

professionalità, sempre più spesso sanciti in codici di condotta volti a promuovere l'efficacia, l'imparzialità e l'equità dei procedimenti penali.

Muovendo dall'esame delle norme, dei principi e delle linee guida in tema professionalità e vincoli deontologici degli *international prosecutors*, l'indagine che segue si propone di analizzare criticamente i principali *standards* etici di condotta ad essi indirizzati, raggruppati nelle categorie più generali di indipendenza, imparzialità, riservatezza e conflitto di interessi (3).

Va chiarito che, sul piano soggettivo, poiché l'esistenza di una struttura gerarchica caratterizza la maggior parte delle funzioni dell'Ufficio del Procuratore (*Office of the Prosecutor/OTP*), tali *standards* etici si applicano a tutti i soggetti che agiscono per conto dell'OTP, inclusi il Procuratore Capo e il personale dell'Ufficio in generale (4).

2. Le fonti del regime etico per gli *international prosecutors*

Come anticipato, gli *standards* di condotta e i vincoli deontologici degli *international prosecutors* sono sempre più spesso sanciti in codici etici adottati nell'ambito degli stessi tribunali presso i quali essi svolgono le loro funzioni, come nel caso dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY)) e il Ruanda (*International Criminal Tribunal for the Rwanda* (ICTR)), della Corte penale internazionale (*International Criminal Court* (ICC)), e dei cosiddetti tribunali ibridi, in particolare la Corte speciale per la Sierra Leone (*Special Court for Sierra Leone* (SCSL)), il Tribunale speciale per il Libano (*Special Tribunal for Lebanon* (STL)) e le Camere specializzate per il Kosovo (*Kosovo Specialist Chambers* (KSC)) (5).

A tali codici si aggiungono gli strumenti internazionali sui diritti umani come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 che hanno un ruolo chiave nel proteggere e promuovere garanzie individuali (sostanziali e procedurali) alla cui osservanza sono chiamati anche i *prosecutors*, quali il rispetto della dignità umana, il divieto di discriminazione nei confronti di qualsiasi individuo o gruppo di individui, il principio di uguaglianza davanti alla legge, la presunzione di innocenza e il diritto a un processo equo e pubblico.

Tuttavia, anche laddove un *corpus* formale di regole etiche per gli *international prosecutors* non sia stato ancora promulgato (6), essi non sono del tutto svincolati da obblighi deontologici, dal momento che una base normativa sufficiente per orientare eticamente le loro azioni può essere rinvenuta in altri testi giuridici, come gli statuti, le regole di procedura e di prova e i regolamenti del personale amministrativo dei tribunali cui rispettivamente afferiscono.

Un esempio in tal senso è offerto dal Regolamento n. 2 relativo alle norme di condotta professionale per i procuratori presso l'ICTY (7) che, "*to ensure the high standards of conduct and ethics of prosecutors*", annovera quali referenti dei loro obblighi deontologici, anche le garanzie incorporate nello Statuto e nelle Regole di procedura e di prova del Tribunale.

Analogamente, nel caso *Niyitegeka*, la Camera d'appello dell'ICTR ha espressamente fatto riferimento al Regolamento del personale amministrativo (*administrative staff rule*) del Tribunale per il Ruanda quale fonte del "*duty to act with integrity and honesty*" dei *prosecutors* (8).

3. Indipendenza

Lo *standard* di indipendenza è complesso e incorpora imparzialità, responsabilità, efficienza e rispetto per gli altri organi di giustizia.

In effetti, l'indipendenza degli *international prosecutors* non è un diritto o un privilegio personale, ma una garanzia di giustizia equa, imparziale ed effettiva a tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento penale (9).

Come è stato osservato, “[t]he Prosecutor is a party, but it is recognised that [he/she] represents the public interest of the international community and has to act with objectivity and fairness appropriate to that circumstance. [Prosecutor] is in a real sense a minister of justice [whose] mission is not to secure a conviction at all costs” (10). I commentatori più attenti hanno evidenziato, infatti, che nella direzione e nel controllo della prima fase del procedimento penale, i *prosecutors* agiscono quali “*advanced watchdog of human rights*” e che “*this essential role is to be played throughout the process*” (11), al fine di limitare il rischio di un'ingerenza politica impropria nell'esercizio delle loro funzioni (12).

In siffatta prospettiva, l'indipendenza dei *prosecutors* è “un corollario indispensabile dell'indipendenza [e dell'imparzialità] del potere giudiziario” (13) essenziale per lo Stato di diritto, ossia per la credibilità del sistema giudiziario e la fiducia che esso dovrebbe ispirare nella società democratica.

Ne consegue che i *prosecutors* dovrebbero essere autonomi nei loro processi decisionali e svolgere i loro compiti liberi da influenze, minacce o interferenze esterne, dirette o indirette, provenienti da qualsiasi persona, organismo o autorità, nonché da indebite pressioni provenienti dall'interno del sistema penale laddove esista un rapporto gerarchico. L'indipendenza della procura rileva quindi sia nei rapporti individuali, che istituzionali e presenta una dimensione interna ed esterna.

L'indipendenza istituzionale significa che l'OTP deve agire autonomamente, ossia come organo separato dalla Corte cui afferisce, nel ricevere qualsiasi informazione sui reati di sua competenza, nonché nell'esaminarla e condurre indagini e azioni penali.

L'autonomia dei pubblici ministeri dovrebbe, quindi, essere garantita innanzitutto da un meccanismo di selezione e nomina attendibile ed efficace, libero da influenze indebite e informato al principio fondamentale della trasparenza.

Necessariamente, e come per i giudici, i *prosecutors* a volte si troveranno ad adottare decisioni impopolari soggette a critiche sia del mondo politico che dei media. Pertanto, devono essere garantite le misure adeguate per la nomina, la promozione, i procedimenti disciplinari e la revoca, in modo che i procuratori non possano essere perseguiti per aver assunto posizioni “sgradite” (14). L'assunzione e la carriera dei *prosecutors*, comprese la promozione, la mobilità, l'azione disciplinare e il licenziamento, dovrebbero essere regolate dalla legge e da criteri trasparenti e obiettivi, secondo procedure eque, escludendo qualsiasi discriminazione e consentendo la possibilità di un controllo imparziale (15).

Inoltre, la piena indipendenza dell'OTP è intimamente connessa anche all'esistenza di un bilancio autonomo, ovvero all'attribuzione al capo dell'Ufficio della competenza esclusiva sulle spese relative alla gestione e all'amministrazione dell'Ufficio, compreso il suo personale, le sue strutture e le altre risorse (16).

Quanto al concetto di indipendenza personale o decisionale dei *prosecutors*, esso postula che il processo decisionale sia esente da influenze improprie da parte di amici, parenti e

colleghi. Ciò significa che qualsiasi organizzazione gerarchica dell'OTP (e qualsiasi differenza di grado), non deve in alcun modo interferire con il diritto del *prosecutor* di esercitare liberamente le proprie funzioni, basando unicamente le proprie decisioni sulla legge e sui fatti, senza lasciare che i media, la politica o altre preoccupazioni influenzino le decisioni e senza intimidazioni, impedimenti, molestie, interferenze improprie o esposizione ingiustificata a responsabilità civili, penali o di altro tipo.

Per garantire l'indipendenza "interna" alla struttura gerarchica dell'OTP, sarebbe quindi auspicabile porre in essere un adeguato sistema di "*check and balance*" dove il procuratore capo sia in grado di garantire che anche i *prosecutors* subordinati mantengano la loro piena indipendenza, senza ingerire indebitamente nella loro attività (17).

Per quanto riguarda lo *standard* etico dell'indipendenza dei *prosecutors* da influenze esterne, essi devono, tra l'altro: (a) non sollecitare o ricevere istruzioni di alcuna fonte esterna; (b) non essere influenzati da interessi individuali o settoriali e, in particolare, da qualsiasi pressione da parte di qualsiasi Stato, organizzazione internazionale, intergovernativa o non governativa o dei media; (c) astenersi da qualsiasi attività che possa incidere negativamente sulla fiducia altrui nell'indipendenza o integrità dell'Ufficio; (d) astenersi da qualsiasi attività che possa portare a qualsiasi ragionevole conclusione che la loro indipendenza sia stata compromessa; e) astenersi dall'occupare posizioni di responsabilità in qualsiasi organizzazione politica nonché dal partecipare direttamente ad attività o esprimere pubblicamente opinioni a sostegno di tali organizzazioni.

Pertanto, nell'esercizio delle loro funzioni, gli *international prosecutors* devono essere liberi da qualsiasi influenza politica, mediatica, sociale, così come da interessi individuali. Ciò nondimeno, prima di esprimere le proprie opinioni in pubblico, sono chiamati a valutare se esse influiscano sulla percezione pubblica dell'indipendenza dell'OTP.

4. Imparzialità

Agendo per conto della comunità globale e in qualità di "ministri della giustizia", gli *international prosecutors* sono tenuti a rispettare e promuovere in modo imparziale lo stato di diritto, assistendo le corti in modo equo e obiettivo per giungere alla verità e garantire la giustizia per l'imputato e l'intera comunità (internazionale). Pertanto, l'imparzialità è uno dei principi fondamentali che regolano la condotta degli *international prosecutors* con l'obiettivo di promuovere la fiducia della società nelle attività della pubblica accusa.

I contenuti del requisito di imparzialità si sono ampliati in linea con l'evoluzione del ruolo della procura nei processi penali internazionali (18). Più precisamente, le linee guida del regolamento ICTY e ICTR sull'imparzialità dell'OTP richiedono in termini generali che i *prosecutor counsels* rispettino, proteggano e sostengano i concetti universali di dignità e diritti umani e che, in particolare, evitino di incorrere in discriminazioni religiose, razziali, culturali, sessuali o di qualsiasi altro tipo (19). Ciò nondimeno, pur essendo obbligati a comunicare le informazioni a discarico degli imputati, essi non sono vincolati ad indagare attivamente su questioni che possano scagionarli (20).

Diversamente, i *prosecutor counsels* che operano presso le corti e i tribunali internazionali creati successivamente ai tribunali penali *ad hoc*, come l'ICC, sono chiamati "espressamente" ad esercitare le funzioni di un "organo di giustizia" obiettivo (21), conducendo indagini con lo scopo finale di stabilire la verità (22) "*in the interest of*

justice” e ad adottare una condotta imparziale “[by] investigat[ing] incriminating and exonerating circumstances equally” (23).

Allo stesso modo, i *prosecutors* che agiscono presso la SCSL sono tenuti ad “*have regard only to the public interest*” (24) e condurre indagini, analisi e azioni penali in modo imparziale, cioè rispettando la presunzione di innocenza di tutti gli indagati e imputati, in particolare, astenendosi “dall'esprimere un'opinione pubblica sulla colpevolezza o l'innocenza di un indagato o imputato in un procedimento pubblico o esterno” (25), indipendentemente dal fatto che tutte le circostanze rilevanti siano a vantaggio o svantaggio dello stesso (26).

In una tale prospettiva, una condotta imparziale implica che “[i]t is not the prosecutor’s function to secure a conviction at all costs”, che invece deve presentare indiscriminatamente al giudice tutte le prove credibili e pertinenti, siano esse a favorevoli o meno all’imputato e renderle note allo stesso. Laddove le prove tendenti a favorire l'imputato non possano essere divulgate (ad esempio, perché ciò comprometterebbe la sicurezza di un'altra persona), il *prosecutor* potrebbe anche dovere interrompere l'azione penale (27).

In termini generali, la condotta imparziale richiede quindi al *prosecutor*, sia di operare in modo obiettivo (libero cioè da qualsiasi influenza, persone e questioni), sia di astenersi dall’occuparsi di casi in cui i suoi interessi personali o le relazioni con le persone coinvolte impediscano la sua piena neutralità (28).

In particolare, al di fuori dell'aula giudiziaria, gli *international prosecutors* dovrebbero astenersi dal partecipare ad attività politiche, occupazioni secondarie o altri compiti in cui la loro imparzialità potrebbe essere compromessa. Devono, inoltre, evitare come meglio si dirà in seguito, situazioni che potrebbero generare un conflitto di interessi e, se necessario, chiedere di essere sostituiti (29).

L'imparzialità va quindi costantemente assicurata (30). A tal fine, gli *international prosecutors* devono: (a) chiedere di essere dispensati da qualsiasi questione non appena sorgono motivi di possibile ritorsione (vale a dire, interesse personale nel caso, ovvero coinvolgimento di un coniuge, un genitore o un altro familiare stretto, o esistenza di un rapporto personale, professionale o subordinato con una delle parti); (b) evitare il coinvolgimento, a titolo personale, in qualsiasi diverso procedimento in cui la persona indagata o perseguita era o è una parte avversa; (c) non svolgere funzioni, prima dell'assunzione dell'incarico, durante le quali si può presumere che si sia formato un parere sul caso in questione, sulle parti o sui loro rappresentanti legali che oggettivamente potrebbe condizionare la loro imparzialità; (d) non esprimere opinioni attraverso media, azioni pubbliche o per iscritto che potrebbero oggettivamente e negativamente influenzare la imparzialità loro richiesta (31).

5. Riservatezza

La riservatezza delle indagini e delle azioni penali è una regola etica fondamentale che guida l'OTP e tutti i suoi membri (32), obbligando gli *international prosecutors* a rispettare il principio del segreto professionale per quanto riguarda informazioni personali, professionali e di qualunque altra natura essi ricevono nell'esercizio delle loro funzioni e alle quali il pubblico non ha accesso. L’obbligo di riservatezza impone, inoltre, agli *international prosecutors* di fare un uso lecito dei dati acquisiti nello svolgimento dei

propri compiti assicurandone la segretezza anche dopo l'espletamento delle proprie mansioni.

Per assicurare il rispetto dei più elevati *standard* di riservatezza, gli *international prosecutors* devono, in particolare, evitare la divulgazione di informazioni che potrebbero mettere a repentaglio le indagini o i procedimenti penali in corso o la sicurezza delle vittime e dei testimoni (33), astenersi dal comunicare con un giudice (o una sezione della Corte), fare commenti pubblici o parlare ai media sul merito di un caso particolare (ovvero sulla colpevolezza o l'innocenza dell'imputato) (34) e, più in generale, adottare tutte le misure necessarie per proteggere la *privacy* e garantire la sicurezza delle vittime, dei testimoni e delle loro famiglie, trattare le vittime con indulgenza e ridurre al minimo i disagi per i testimoni (35), per l'attività dell'Ufficio e dell'intero Tribunale (36).

La riservatezza include, tra l'altro, la piena conformità con le politiche e le procedure relative alla segretezza di corrispondenza, documenti, procedimenti e informazioni; la vigilanza su tutte le comunicazioni con persone esterne all'Ufficio; l'obbligo di segnalare immediatamente sospette violazioni della riservatezza laddove esse rappresentino un pericolo per la sicurezza, il benessere o la *privacy* del personale, delle vittime, dei testimoni, delle persone indagate, dell'imputato e dei suoi familiari; l'obbligo di astenersi da discussioni non necessarie, in qualsiasi contesto, che potrebbero compromettere le esigenze di riservatezza; la garanzia di conservazione e archiviazione di qualsiasi materiale ottenuto dai membri dell'Ufficio nel corso delle loro funzioni ufficiali.

Nonostante l'importanza del rispetto del principio di riservatezza, la giurisprudenza internazionale ha evidenziato il rischio di un conflitto con le garanzie dell'equo processo e, in particolare, con il diritto degli imputati alla divulgazione delle prove a discarico. Come è noto, infatti, gli *international prosecutors* possono, con un accordo, accettare di non divulgare, in nessuna fase del procedimento, documenti o informazioni ottenuti a meno che la fonte delle informazioni non acconsenta (37). Per effetto di tali *confidentiality agreements*, l'impossibilità di divulgare materiale probatorio a discarico compromette il diritto dell'imputato di preparare adeguatamente la propria difesa, incidendo così direttamente sulla questione principale del processo: la sua colpevolezza o innocenza. In una tale prospettiva, è ben evidente che “*the disclosure of evidence goes to the heart of an accused's right to a fair trial*” (38).

La criticità in esame è emersa in modo evidente nel caso *Lubanga* in cui alla ICC è stato richiesto di bilanciare l'apparente contraddizione tra alcune disposizioni dello Statuto in materia di “*desculpatory evidence*” che aveva portato ad uno stallo nel procedimento in corso.

L'articolo 54, paragrafo 3, lettera e), dello statuto della Corte consente, infatti, al *Prosecutor* di ottenere informazioni riservate, che non può divulgare senza il consenso della persona o dell'organizzazione che le ha fornite. Tuttavia, ai sensi del successivo articolo 67, paragrafo 2, il *Prosecutor* è obbligato a rivelare alla difesa qualsiasi eventuale prova “a discarico”, vale a dire che possa dimostrare l'innocenza dell'imputato o pregiudicare la credibilità delle prove dell'accusa.

Nel caso in commento, l'*ICC Prosecutor* ha sottolineato che ricevere informazioni riservate è “*at the core of the prosecution's ability to fulfil its mandate*” (39) e che “mira a salvaguardare effettivamente l'equità e l'integrità del procedimento” (40).

È interessante notare che la posizione dell'accusa sull'importanza della riservatezza è condivisa anche in dottrina e, in particolare, dagli autori che sottolineano che “*without ensuring the confidentiality of information, confidence in the integrity of the prosecutor's*

work would be quickly undermined and the ability of the prosecutor to prepare and prosecute cases would grind to a halt” (41).

Tuttavia, la Corte ha chiarito, in primo luogo, che qualsiasi decisione relativa alla legittimità o meno della mancata comunicazione alla difesa di informazioni a discarico riservate deve essere presa da una sezione della stessa Corte e non dal *Prosecutor* (42). In secondo luogo, i giudici della ICC hanno evidenziato che la divulgazione delle prove a discarico costituisce un diritto fondamentale dell'imputato e un corrispondente dovere del procuratore quale conseguenza dell'obbligo di indagare tanto sulle circostanze incriminanti quanto su quelle escludenti la responsabilità al fine di accertare la verità (43). L'approccio della Corte penale internazionale trova riscontro anche nell'orientamento di altre corti internazionali. Segnatamente, tanto la giurisprudenza dell'ICTY quanto quella della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno sottolineato che il diritto a un processo equo richiede “*the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused*” (44).

Di conseguenza, un *confidentialty agreement* espone gli *international prosecutors* a tutte le conseguenze che la mancata divulgazione delle prove a discarico comporta e che sono decise dai giudici chiamati a monitorare durante tutto il processo l'equità o meno delle prove “riservate”.

6. Conflitto di interessi

I pubblici ministeri adottano “discrezionalmente” decisioni che incidono in modo significativo sugli imputati e sulla giustizia penale in generale. La fiducia pubblica nell'equità del sistema giudiziario si basa, quindi, in modo determinante, sull'imparzialità delle decisioni adottate dai pubblici ministeri.

Un conflitto di interessi sorge quando, a causa di determinate circostanze, la condotta degli *international prosecutors* pregiudica o potrebbe pregiudicare gli interessi dell'imputato e, in generale, della giustizia, ad esempio laddove la decisione del *prosecutor* di avviare un procedimento nei confronti di un imputato sia determinata da un interesse personale o economico o dalla pressione pubblica o mediatica.

Sicché, come già anticipato, i *prosecutors* non devono esercitare alcuna attività che possa interferire, direttamente o indirettamente, con le loro funzioni o compromettere la fiducia nella loro indipendenza e non possono esercitare alcuna altra attività professionale durante il mandato (45). Se esiste la possibilità di un conflitto di interessi, il *prosecutor* è, pertanto, tenuto a chiedere di essere dispensato dall'occuparsi di una determinata situazione o di un particolare caso.

Ai sensi del Codice ICC-OTP, tale conflitto può derivare, tra l'altro, da: (a) un interesse personale nel caso inclusa una relazione del coniuge o di altro familiare, o un rapporto personale, professionale o subordinato, con una delle parti; (b) circostanze in cui i membri dell'Ufficio sembrano trarre vantaggio, direttamente o indirettamente, da un coinvolgimento finanziario o di altro tipo nelle attività di una impresa che intraprende qualsiasi transazione con la Corte (46).

Come è stato osservato in dottrina, “*ignoring the risk is a source of potential conflict*” (47), sicché ridurre i conflitti di interesse implica necessariamente anche una attività di prevenzione per evitare situazioni in cui essi potrebbero sorgere, ovvero bilanciare indipendenza e responsabilità, imparzialità e i diritti civili e politici del magistrato, trasparenza e diritto alla *privacy* (48).

Gli *international prosecutors* hanno, quindi, il dovere di identificare le situazioni che generano un conflitto di interessi e di comunicare immediatamente al superiore o al capo dell'ufficio la natura dell'interesse in conflitto con gli *standards* etici di condotta. Spetta però ai giudici e non ai *prosecutors* rimuovere tale conflitto. Questa interpretazione è confermata dalla giurisprudenza internazionale. Segnatamente, la Camera d'appello dell'ICTY nel caso *Blagojević* (49) ha chiarito che la tutela degli interessi generali della giustizia impone di prevenire potenziali conflitti di interesse prima che essi sorgano e che il giudice è investito del potere implicito (*the inherent power*) di garantire che il processo sia equo (50) e di rimuovere il conflitto insorto (51).

In tale prospettiva, qualora il giudice ritenga che i rischi e i danni che potrebbero derivare da un conflitto di interessi siano tali da pregiudicare il diritto dell'imputato a un processo equo e rapido o la corretta amministrazione della giustizia, esso ha il compito di adottare misure idonee a ristabilire e tutelare l'equità del processo e l'integrità del procedimento (52).

7. Linee guida relative ai procedimenti disciplinari e alle sanzioni

Il mancato rispetto dei principi deontologici citati implica tanto la responsabilità del *prosecutor* che ordina o approva (con cognizione di causa) la condotta scorretta e/o omette di adottare adeguate azioni correttive, quanto quella del *prosecutor* subordinato che agisce su direzione o sotto la supervisione di altri (53).

Più precisamente, ipotesi di *misconduct* potrebbero sorgere nel caso in cui, tra l'altro, i *prosecutors* violino o cerchino di violare le regole etiche esistenti, assistano o inducano consapevolmente un'altra persona a violarle o cerchino di violarle attraverso atti di terzi, o non ottemperino a qualsiasi decisione dell'istituzione disciplinare competente.

Per quanto riguarda le *guidelines* sui procedimenti disciplinari e sulle sanzioni, le denunce per eventuali comportamenti illeciti dei *prosecutors* potrebbero essere presentate “da chiunque” (54) e indagate secondo “la discrezionalità” dell'istituzione disciplinare competente, di norma, uno o più giudici della Corte o del Tribunale presso cui il *prosecutor* esercita le sue funzioni (55).

In caso di illeciti penali e di illeciti contro l'amministrazione della giustizia, o in genere di comportamenti inadeguati eticamente, l'organo disciplinare competente può: a) respingere la denuncia, b) deferire il *prosecutor* al suo superiore, e c) accertare i comportamenti illeciti irrogando una o più delle seguenti sanzioni: ammonizione, richiamo pubblico, una multa, astensione temporanea o permanente dalla partecipazione alle udienze e, in aggiunta o in sostituzione a tali sanzioni, chiedere alla Corte di comunicare eventuali illeciti all'ordine professionale presente nello Stato di appartenenza ove esistente (56).

Ad ogni modo, va precisato che alcuni codici di condotta autorizzano il *prosecutor* sanzionato ad impugnare la decisione disciplinare sebbene solo per questioni di legittimità (57).

8. Conclusioni

Il quadro normativo e giurisprudenziale sulle *ethical guidelines* degli *international prosecutors* ne sottolinea il ruolo centrale nei procedimenti penali, ovvero di “*gatekeepers to the judiciary*” (58), chiamati a tutelare la società dalla cultura dell'impunità.

Poiché sono investiti dell'autorità e della responsabilità di decidere su questioni fondamentali per l'amministrazione della giustizia penale, vale a dire il perseguimento dei crimini più gravi che urtano la coscienza dell'umanità, il compito degli *international prosecutors* comporta una grande responsabilità, che richiede loro di assicurare la giustizia (59) e rispettare alcuni obblighi deontologici.

Agendo *in the interest of justice*, qualsiasi potere discrezionale dei *prosecutors* relativo al perseguimento dei crimini internazionali dovrebbe essere “*exercised to maximize the effectiveness of law enforcement measures*” (60) e la loro indipendenza dovrebbe limitare il rischio di un'ingerenza politica impropria nel modo in cui esercitano i propri poteri.

Di conseguenza, alcuni studiosi sostengono che, realisticamente, la responsabilità che grava sui *prosecutors* non può che essere contenuta, ovvero che “*a limited concept of accountability is all that can realistically be expected in the context of a thriving international criminal justice system*” (61).

A nostro avviso, l'autonomia degli *international prosecutors* non è così categorica come quella dei giudici (62). Come ha sottolineato la Corte internazionale di giustizia nel *Northern Cameroons case*: “*The Court itself, and not the parties, must be the guardian of the Court's judicial integrity*” (63).

La giurisprudenza internazionale, infatti, sottolinea – anche nell'ambito delle questioni etiche – il ruolo del giudice quale “*ultimate guardian of a fair and expeditious trial*”, riconducendo ai suoi *inherent powers* il compito di delineare i criteri per valutare la condotta, la credibilità e la professionalità dell'OTP (64).

Più precisamente, i giudici internazionali hanno interpretato in senso estensivo le norme esistenti attribuendo alle Corti e ai Tribunali il potere di vigilare e guidare eticamente i *prosecutors*, ad esempio: individuando le regole deontologiche applicabili al caso di specie, indirizzando le parti all'osservanza delle citate regole di condotta nel corso del procedimento, richiamando e censurando espressamente il *prosecutor* per comportamenti non etici e, soprattutto, indicando con chiarezza la soluzione eticamente più idonea (65). In questa prospettiva, è il controllo dei giudici sulla discrezionalità degli *international prosecutors* nell'indagare e perseguire i crimini internazionali ad assicurare che il loro ruolo centrale nel procedimento penale sia svolto secondo i più alti *standards* etici e nel migliore interesse della giustizia.

References

- (1) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Decision, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, 2002, par. 18; B. THOMPSON, *The Role of the International Prosecutor as a Custodian of Global Morality* in C.C. JALLOH, A.B.M. MARONG (eds.), *Promoting Accountability under International Law for Gross Human Rights Violations in Africa: Essays in Honour of Prosecutor Hassan Bubacar Jallow*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 47-57, spec. p. 54.
- (2) Consultative Council of European Prosecutors, Opinion No. 9 on “*European Norms and Principles concerning Prosecutors*” (“Carta di Roma”), del 17 dicembre 2014, *Explanatory Note*, parr. 9-10.
- (3) L. PACEWICZ, *Introductory Note to International Criminal Court Code of Conduct for the Office of the Prosecutor*, in *International Legal Materials*, Vol. 53, 2014, pp. 397-412, spec. p. 397.
- (4) F. MEGRÉT, *Accountability and Ethics* in L. REYDAMS, J. WOUTERS, C. RYNGAERT (eds.), *International Prosecutors*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 416-87, spec. p. 424.
- (5) A. ORIOLO, *Code of Conduct for International Prosecutors*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (MPEiPro)*, 2020.

- (6) Come nel caso delle Camere straordinarie per la repressione dei crimini commessi dai Khmer rossi in Cambogia, del Tribunale del Bangladesh per i Crimini internazionali, delle Camere Straordinarie Africane, del Tribunale speciale per Timor Est, dei *Panels* istituiti dal Regolamento UNIMIK 2000/64 (*Regulation “64 Panels”*) presso le Corti del Kosovo, del Tribunale Speciale iracheno e del nuovo Ufficio della Procura europea. Su tali organi giurisdizionali, v. M. SHAHABUDDIN (ed.), *Bangladesh and International Law*, London-New York, Routledge, p. 230 ss.; M.J. CHRISTENSEN, C. FOURNET, A. KJELDGAARD-PEDERSEN, A. MATWIJKIW, B. MATWIJKIW, *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Politics and Ethics in Victim Recognition and Rape Prosecution*, in *Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2019, pp. 261-288; M. BERINGMEIER, *The International Crimes Tribunal in Bangladesh. Critical Appraisal of Legal Framework and Jurisprudence*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2018; S.M. MEISENBERG, I. STEGMILLER (eds.), *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their Contribution to International Criminal Law*, The Hague-Berlin, Asser Press-Springer, 2016; G.M. MUSILA, *The Role of the African Union in International Criminal Justice*, in A.A. ANKUMAH (ed.), *The International Criminal Court and Africa - One Decade On*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2016, pp. 299-345; A. ORIOLO, *The European Public Prosecutor’s Office (EPPO): A Revolutionary Step in Fighting Serious Transnational Crimes*, in *ASIL Insights*, Vol. 22, Issue 4, 2018; E. CIMIOTTA, *The First Steps of the Extraordinary African Chambers. A New Mixed Criminal Tribunal?*, in *Journal of international criminal justice*, Vol. 13, 2015, pp. 177-197; E. VAN HEUGTEN (ed.), *The Iraqi Special Tribunal for Crimes Against Humanity*, The Hague, Wolf Legal Publisher, 2011; P.A. VAN LAAR (ed.), *The East Timor Special Panels. An Introduction*, The Hague, ICA Press, 2011; C. DAMGAARD, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Belin-Heidelberg, Springer, 2008; I. BANTEKAS, *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 1, 2005, pp. 237-253.
- (7) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecutor’s Regulation No. 2 on “*Standards of Professional Conduct for Prosecution Counsel*”, 1999.
- (8) F. MEGRÉT, *op. cit.*, p. 422.
- (9) Carta di Roma, cit.
- (10) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Decision, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, 2002, par. 18.
- (11) Judge André Potocki Declaration, Paris Conference, del 17 maggio 2018.
- (12) A. ORIOLO, *Corruzione e diritti umani nella giurisprudenza di Strasburgo*, in A. ORIOLO, T. RUSSO (a cura di), *La lotta alla corruzione nella legalità reticolare: il sistema penale multilivello*, Salerno, FrancoAngeli Editore, 2021, pp. 65-89, spec. p. 77 ss.
- (13) Carta di Roma, cit., par. IV.
- (14) European Commission for Democracy through Law (“Venice Commission”), Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II – The Prosecution Service, 2010, par. 18.
- (15) Carta di Roma, cit., par. XII.
- (16) Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, *relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea (“EPPO”)*, del 12 ottobre 2017, Preambolo, par. 111.
- (17) Carta di Roma, cit., par. XIV; International Criminal Court, Office of the Prosecutor, *Code of Conduct for the Office of the Prosecutor*, del 5 settembre 2013, Capitolo 2, Sezione 2, par. 22.
- (18) Venice Commission, cit., par. 18.
- (19) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecutor’s Regulation No. 2, *Standards of Professional Conduct for Prosecution Counsel*, del 14 settembre 1999, par. 2(f).
- (20) M. MARKOVIC, *The ICC Prosecutor’s Missing Code of Conduct*, in *Texas International Law Journal*, Vol. 47, 2011, pp. 201-236, spec. p. 207; J. DE HEMPTINNE, *The Creation of Investigating Chambers at the International Criminal Court: An Option Worth Pursuing?*, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 402-418, spec. p. 402, p. 404.
- (21) P. WEBB, *Challenges and Difficulties of War Crimes Prosecution*, Discussion Paper, ETHICS European Regional Workshop, Riga, Latvia, 7-8 June 2006.
- (22) O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München, Beck, 2008, p. 1078.
- (23) International Criminal Court, Office of the Prosecutor, *Code of Conduct for the Office of the Prosecutor*, cit., Capitolo 3, Sezione 1, par. 49.

- (24) Special Court for Sierra Leone, *Code of Professional Conduct for Counsel with the Right of Audience before the Special Court for Sierra Leone*, del 14 maggio 2005, art. 25.
- (25) Ivi, art. 24(A): “Prosecution Counsel shall respect the presumption of innocence of all suspects and accused, and in particular, shall refrain from expressing a public opinion on the guilt or innocence of a suspect or an accused in public or outside the context of proceedings”.
- (26) Ivi, art. 24(B).
- (27) Venice Commission, cit., par. 15.
- (28) Carta di Roma, cit., par.VI.
- (29) Ivi, par. 93.
- (30) Si veda F. MEGRÉT, *op. cit.*, p. 422: “impartiality is not simply an acquired quality, but one that must be guarded against deterioration”.
- (31) International Criminal Court, Office of the Prosecutor, *Code of Conduct for the Office of the Prosecutor*, cit., Capitolo 2, Sezione 6, par. 31 e Capitolo 2, Sezione 7, par. 34.
- (32) Ivi, Capitolo 1, Sezione 4, par. 8(b).
- (33) Special Court for Sierra Leone, *Code of Professional Conduct for Counsel with the Right of Audience before the Special Court for Sierra Leone*, cit., art.10.
- (34) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecutor’s Regulation No. 2, cit., par. 2, lett. b), c) e d).
- (35) Ivi, par. 2, lett. (g): “to take any available measures, as required, to protect the privacy and ensure the safety of victims, witnesses and their families, to treat victims with compassion, and to make reasonable efforts to minimise inconvenience to witnesses”.
- (36) International Criminal Court, Office of the Prosecutor, *Code of Conduct for the Office of the Prosecutor*, cit., Capitolo 2, Sezione 7, par. 34.
- (37) Statuto di Roma della Corte penale internazionale, adottato il 17 luglio 1998, A/CONF.183/9, art. 54, par. 3, lett. e).
- (38) K. AMBOS, *Confidential Investigations (Article 54(3)(E) ICC Statute) vs. Disclosure Obligations: The Lubanga Case and National Law*, in *New Criminal Law Review*, Vol. 12, 2009, pp. 543-68, spec. p. 101.
- (39) International Criminal Court, Appeals Chamber, Prosecution’s Document in Support of Appeal against “Decision on the release of Thomas Lubanga Dyilo”, *Prosecutor v. Lubanga*, 10 July 2008, ICC-01/04-01/06-1429, par. 10.
- (40) Ivi, par. 12.
- (41) O. TRIFFTERER (ed.), *op. cit.*, p. 1086.
- (42) International Criminal Court, Trial Chamber I, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008, *Prosecutor v. Lubanga*, 15 June 2008, ICC-01/04-01/06-1401, par. 82-89.
- (43) International Criminal Court, Appeals Chamber, Defence Response to the “Prosecution’s Document in Support of Appeal against Trial Chamber I’s Oral Decision on the release of Thomas Lubanga Dyilo”, *Prosecutor v. Lubanga*, 29 July 2010, ICC-01/04-01/06-2542, par. 19-20.
- (44) Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 16 febbraio 2000, *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, punto 60.
- (45) Statuto di Roma della Corte penale internazionale, cit., art. 5.
- (46) International Criminal Court, Office of the Prosecutor, *Code of Conduct for the Office of the Prosecutor*, cit., Capitolo 2, Sezione 9, par. 42.
- (47) C. DEMMKE, T. HENÖKL, *Managing Conflicts of Interests – Ethics Rules and Standards in the Member States and the European Institutions*, in *EIPASCOPE*, Vol. 3, 2007, pp. 35-41.
- (48) EUROPEAN JUDICIAL TRAINING NETWORK, *THEMIS Competition. Semi-Final D. Judicial Ethics and Professional Conduct*, 2016.
- (49) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Judgment on Appeal, *Prosecutor v. Blagojević et al.*, 9 May 2007, IT-02-60-A.
- (50) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Decision on Miroslav Šeparović’s Interlocutory Appeal against Trial Chamber’s Decisions on Conflict of Interest and Finding of Misconduct, *Prosecutor v. Ante Gotovina et al.*, 4 May 2007, IT-06-90-AR73.1, par. 23; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Decision on Appeal by Bruno Stojić against Trial Chamber’s Decision on Request for Appointment of Counsel, *Prosecutor v. Prlić et al.*, 24 November 2004, IT-04-74-AR73.1, par. 22.

- (51) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Decision on Appeal by the Prosecution to Resolve Conflict of Interest Regarding Attorney Jovan Simić, *Prosecutor v. Mejakić et al.*, 6 October 2004, IT-02-65-AR73.1.2004, par. 7; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Decision on Requests for Appointment of Counsel, *Prosecutor v. Prlić et al.*, 30 July 2004, IT-04-74-PT, par. 25.
- (52) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Decision on Requests for Appointment of Counsel, *Prosecutor v. Prlić et al.*, 30 July 2004, IT-04-74-PT, par. 16. The Court, in fact, stated as follow: “To conclude, counsel, before accepting to represent a client, is bound by a professional duty to ensure that he will be in a position to defend this client in full independence and with loyalty. Counsel’s duty is not exclusive of the Trial Chamber’s inherent powers deriving from its duty to ensure the right of the accused to a fair and expeditious trial and proper administration of justice. Where the existence or a reasonable expectation of conflict of interest is obvious, the Trial Chamber cannot presume any longer that counsel has fulfilled his professional obligations, including Article 14 of the Code, but it falls to the Trial Chamber to guarantee that each accused is effectively assisted by counsel and to ensure that the integrity of the proceedings is not endangered. The risk of conflict of interest would be obvious in cases where counsel represents two accused, who are, at least partly, charged with the same criminal acts, committed during the same period of time and in the same area. The Trial Chamber must then assess factors such as the objective likelihood of conflict and the harm that could be caused to the accused and the proceedings, especially in cases, as this one, which concern several accused. It must further explore whether counsel is aware of all potential conflicts of interest and has properly assessed their possible consequences. After reviewing these elements, the Trial Chamber determines whether the risks and damage that could be caused are such as to jeopardise the right of the accused to a fair and expeditious trial or proper administration of justice, and, if it finds that that is so, takes the appropriate measures to restore or protect the fairness of trial and the integrity of the proceedings. Such measures include barring counsel from representing an accused. The Trial Chamber concurs in this respect with the Hadžihasanovic Decision which, noting that the Trial Chamber is entitled, under the Rules, to exclude counsel from representing any suspect or accused before the Tribunal, inferred that ‘the Chamber certainly has the power to take less far-reaching steps aimed at ensuring a fair trial and the proper administration of justice in a concrete case pending before that Chamber’”.
- (53) Special Tribunal for Lebanon, *Code of Professional Conduct for Counsel Appearing Before the Special Tribunal for Lebanon*, del 28 febbraio 2011, artt. 7-8.
- (54) Special Court for Sierra Leone, *Code of Professional Conduct for Counsel with the Right of Audience before the Special Court for Sierra Leone*, cit., art. 32: “Complaints regarding the misconduct of counsel may be submitted to the Registrar by any person and such complaints shall be treated confidentially [...]”.
- (55) Ivi, art. 29; Special Tribunal for Lebanon, *Code of Professional Conduct for Counsel Appearing Before the Special Tribunal for Lebanon*, cit., art. 54.
- (56) Special Court for Sierra Leone, *Code of Professional Conduct for Counsel with the Right of Audience before the Special Court for Sierra Leone*, cit., art. 34.
- (57) *Ibidem*.
- (58) United Nations Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers*, Gabriela Knäul, del 7 giugno 2012, A/HRC/20/19, par. 93.
- (59) C. ZACHARIAS, *Structuring the Ethics of Prosecutorial Trial Practice: Can Prosecutors Do Justice?*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 44, 1991, p.45.
- (60) United Nations Office on Drugs and Crime, *The Status and Role of Prosecutors. A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide*, 2014, p. 4.
- (61) F. MEGRÉT, *op. cit.*, p. 87.
- (62) Venice Commission, cit.
- (63) International Criminal Court, Preliminary Objections, *Northern Cameroons, Cameroon v. United Kingdom*, 2 December 1963, ICJ Rep 15, par. 29.
- (64) International Criminal Court, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 Entitled “Decision on the Prosecution’s Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU”, *Prosecutor v. Lubanga*, 8 October 2010, ICC-01/04-01/06 CA 18.
- (65) A. ORIOLO, *The “Inherent Power” of Judges: An Ethical Yardstick to Assess Prosecutorial Conduct at the ICC*, in *International Criminal Law Review*, Vol. 16, 2016, pp. 304-322, spec. p. 322.

THE BALKAN MIGRANT ROUTE: A EU UNRESOLVED CRISIS?

Teresa Russo*

***University of Salerno (Italy), Department of Legal Sciences (School of Law)**

Abstract

This article aims to underline how the Western Balkans are an area of fundamental geo-strategic interest for the security inside and outside Europe. Its geostrategic importance was even more evident when, since 2015, the Western Balkans have been crossed by one of the most impressive migratory routes to Europe, the so-called "Balkan route", showing the political instability of both the region and the EU. The massive flow of asylum seekers led the EU institutions to recognize in April 2015 the exceptional nature of the situation, calling unsuccessfully for the adoption of solidarity measures to overcome the catastrophic humanitarian situation in the so-called "frontline Member States". In this framework, the article intends to briefly investigate the limits of the existing regulatory framework, which was unable to offer an adequate response to such a situation, as well as of the proposals of the EU Pact on migration of asylum in order to find a solution to a crisis that is not only a migration crisis, but a deeper crisis of identity that is struggling to balance the coexisting interests of the EU legal system.

Keywords: *Migration Crisis, New Pact, Relocation Quota System, Solidarity, Western Balkans.*

RRUGA E BALLKANIKE E MIGRACIONIT: NJË KRIZE E PAZGJIDHUR E BE-SË?

Teresa Russo*

*Universiteti i Salernos, Departamenti i Shkencave Ligjore (Shkolla e së Drejtës)

Abstrakt

Ky artikull synon të nënvizojë se si Ballkani Perëndimor është një zonë me interes gjeostrategjik thelbësor për sigurinë brenda dhe jashtë Evropës. Rëndësia e tij gjeostrategjike u bë edhe më e dukshme që nga viti 2015, kur Ballkani Perëndimor përshkohet nga një nga rrugët më mbresëlënëse të migratore drejt Evropës, e ashtuquajtura “rruga ballkanike”, që tregon paqëndrueshmërinë politike si të rajonit ashtu edhe të BE-së. Fluksi i madh i azilkërkuesve bëri që institucionet e BE-së të njohin në prill 2015 natyrën e jashtëzakonshme të situatës, duke kërkuar pa sukses miratimin e masave të solidaritetit për të kapërcyer situatën katastrofike humanitare në të ashtuquajturat "Shtetet Anëtare të vijës së parë". Në këtë kuadër, artikulli synon të hetojë shkurtimisht kufijtë e kuadrit rregullator ekzistues, i cili nuk ishte në gjendje të ofronte përgjigjet e duhura ndaj një situate të tillë, si dhe propozimet e Paktit të BE-së për migracionin dhe azilin, me qëllim që të gjendet një zgjidhje për një krizë që nuk është vetëm një krizë migracioni, por një krizë më e thellë identiteti që po përpiqet të balancojë interesat bashkëekzistuese të rendit juridik të BE-së.

Fjalë kyçe: kriza e migracionit, Pakti i ri, Sistemi i Rishpërdarjes së Kuotave, solidariteti, Ballkani Perëndimor

1. Introduction

The Western Balkans are an area of fundamental geo-strategic interest for the security inside and outside Europe (1) because Western Balkan borders are EU borders. This has placed the region high on the EU agenda, underlining its importance strategically and security-wise. It is also a frontier region between Europe, Asia and Africa, as well as a point of origin and a transit area for migration. Therefore, migration management has been a prominent issue in EU-Western Balkans relations since the early 2000s through the EU's use of visa facilitation and readmission (2).

This geostrategic importance was even more evident when, since 2015, the Western Balkans have been crossed by one of the most impressive migratory routes to Europe, the so-called “Balkan route”, showing the political instability of both the region and the EU. On the one hand, the Western Balkans Countries are still experiencing a process of transition and adaptation to EU standards (3). On the other hand, the disagreement in

respecting the principle of solidarity and fair sharing of responsibility between the same EU Member States, that should inform the EU policies on border checks, asylum and immigration according to article 80 TFEU, showed the political instability of the EU itself.

The massive flow of asylum seekers, most of them from third countries such as Syria, Afghanistan, Iraq and Eritrea, led, in fact, the EU institutions to recognize in April 2015 the exceptional nature of the situation, calling unsuccessfully for the adoption of solidarity measures to overcome the catastrophic humanitarian situation in the so-called "frontline Member States", such as the Hellenic Republic and the Italian Republic (4).

In this context, the European Commission's Pact on Migration and Asylum of 23 September 2020 represents a package of proposals that incorporates previous measures advanced by the Commission after this migration crisis. Despite the expectations and premises of the new Pact, it retains an emergency and state-centered approach that has so far characterized the measures adopted by the Union. Therefore, the crisis is still ongoing and, for certain aspects, unresolved and unsolvable, because it is a deeper crisis that concerns the values of the Union which is intended differently by the EU Member States.

2. The 2015 Migration Crisis and EU Decisions

By Decisions nos. (EU) 2015/1523 and 2015/1601 (5), adopted on the basis of articles 78, para. 3 (6), and 80 TFEU, the Council established, through temporary measures for the period 2015-2017, a compulsory system of migrants' relocation for the benefit of Italy and Greece (7), according to which neither the Member State of relocation nor the asylum seeker would have had a choice about the procedure. The other States could escape this mechanism only in the presence of "well-founded reasons of danger to national security or public order, or in the presence of serious reasons to apply the provisions on exclusion" from international protection (article 5, para. 7), or if the relocation State found itself in an emergency situation (article 9). According to the relocation procedure provided for by art. 5, Italy and Greece had to identify the applicants to be relocated, giving priority to vulnerable subjects and, following the approval of the relocation state to take "a decision as soon as possible for each identified applicant". Then, Member States were required, at regular intervals and at least every three months, to indicate the number of applicants they were able to swiftly relocate to their territory and any other relevant information (article 5, para. 2).

Despite these Decisions, such measures were contested by the Slovak Republic and Hungary, that brought two appeals to the Court of Justice, asking for the annulment of Decision (EU) 2015/1601, and Poland intervened in support of the two states with observations that confirmed a strong political tension (8). With a variety of grounds for appeal, the two States complained, in fact, defects deriving from the choice of an inappropriate legal basis, errors in the adoption procedure (9), as well as substantive defects consisting in the inability of the decision to respond to the migratory crisis. In particular, they argued the violation of the principle of proportionality (article 5, para. 4, TEU) because, in their opinion, the objective of the decision could be achieved "by other measures which could have been taken in the context of existing instruments and would have been less restrictive for Member States and impinged less on the 'sovereign' right

of each Member State to decide freely upon the admission of nationals of third countries to its territory and on the right of Member States” (para. 225).

With a judgement of the Grand Chamber of 6 September 2017 (10), the Court of Justice rejected the appeals, recalling that: the Council was effectively required to implement the principle of solidarity (and fair sharing of responsibility, para. 252); pursuant to article 78, para. 3, TFEU, the burdens deriving from the measures adopted had to be shared, in accordance with the principle of solidarity, among all the other Member States (para. 291); the very determination of the State of relocation had to be based on criteria connected with solidarity between the Member States (para. 329). Although the Court repeatedly recalls the principle of solidarity (11), in its reasoning it is perceived as instrumental to the adoption of necessary and temporary measures aimed at compensating the management of migratory flows in a moment of contingent crisis, and of an operational nature such as to legitimize the decision-making of the Council. In other words, it does not concern the entire construction of the EU, although, as rightly pointed out, the hostile attitude of EU Member States ended up questioning the European project itself (12).

3. The Failure of the Relocation Quota System

Therefore, these solidarity measures were not or only partially enforced, highlighting the limits of the existing regulatory framework, which was unable to offer an adequate response to such a situation. The reallocation system of 2015 Decisions had not worked out, and was perceived as an attempt to derogate to the Dublin Regulation (13), or to correct a flawed system that the Court had ended up endorsing (14).

The crisis had, in fact, simply exacerbated the failure of the relocation quota system and the limits of the Dublin III system, which did not provide (and still does not foresee) any mechanism to deal with situations of massive influx of potential beneficiaries of international protection (15): it was not conceived to carry out this function (16), despite the express reference to solidarity (recitals 22 and 25) (17).

Even the subsequent proposals to amend the Dublin Regulation (18) disappointed expectations. In the first proposal, the Commission did not introduce any revolutionary changes, essentially reproducing the mechanism for relocating quotas for asylum seekers put in place in 2015 and which proved to be inadequate and ineffective. In the second amendment proposal, the Commission confirmed the criteria of competence already in force and introduced a corrective relocation mechanism to be activated when necessary (19). Then, amendments put forward by the European Parliament's Commission on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE) (20), highlighted the very different approaches of the EU institutions (21), determining the paralysis of the reform. Therefore, once again, there was need to intervene through emergency relocation measures on a voluntary basis, through an “experimental” joint declaration of intent between France, Germany, Italy and Malta in September 2019 (22) which, however, fails to be successful by Member States equally affected by migratory flows, at the meeting of the Justice and Home Affairs Council on 7 and 8 October 2019 (23).

Therefore, the system of relocation quotas confirmed a state-centric approach (24) and a conflicting perception of the principle of solidarity by the EU Member States. Solidarity in sharing responsibilities should be a constant in the Union's migration policy. Even if it needs to materialize in appropriate measures, any act that ends up disavowing its

application should be totally rethought because it is in conflict with article 67 TFEU (the Union “develops a common policy on asylum, immigration and external border control, based on solidarity between member states”). This is not the approach followed so far and it does not seem that the EU Pact on Migration and Asylum significantly changes this approach.

4. The Unconvincing Solutions of the EU Pact on Migration and Asylum

In this framework, the Pact adopted by the European Commission on 23 September 2020 (25) is a package of proposals and measures that are still to be approved by the Union (26). Presented by the Commission as a rupture with respect to the past, on the contrary it confirms the criteria of the country of first entry (27) and the need to identify acceptable solutions for the most recalcitrant Member States (28), without leaving room for an approach effectively based on a sense of solidarity and the protection of migrants' rights. In particular, through two proposals for Regulations, respectively on the management of asylum and migration (29), and on situations of crisis and force *majeure* (30), the Commission distinguishes the different situations that can or must lead to a solidarity intervention. The aim would be to ensure a fair sharing of responsibilities and an effective management of irregular arrivals of migrants and asylum seekers not handled by individual Member States alone, but by the EU as a whole.

In this context, the Commission (31) enjoys wide discretion in deciding whether a situation of a State requires the adoption of solidarity measures. In consideration of the different situations and migratory pressures, it can propose a system of flexible contributions on a voluntary basis: only in situations of pressure would it become compulsory (32). In fact, the development of solidarity response plans is foreseen following an assessment of the migratory pressure by the Commission which will indicate the necessary measures, to which all other Member States will be required to contribute through relocations or sponsored returns or a combination of the same (articles 50 and 51).

For their part, the Member States will be called upon to provide solidarity contributions (pursuant to article 45) (33), but without necessarily being obliged (in particular in ordinary situations) and being able, in any case, to choose whether to resort to the form of relocation, sponsored repatriations, or can assist countries in strengthening capacities for border management, including by reinforcing their search and rescue capacities at sea or on land, through well-functioning asylum and reception systems, or by facilitating voluntary returns to third countries or the integration of migrants. The proposal takes up, from the previous experience of the 2015 Decisions, the financial incentives for each person relocated or whose repatriation has not been successful (article 61). Furthermore, a distribution key based on the size of the population (50%) and on the economy of the Member States (50% GDP) should be applied to all solidarity measures for determining the total contribution of each State (article 54).

5. Conclusions: A Crisis Without a Solution?

In the light of the considerations made so far, the emergence of the Balkan route as one of the main migratory routes to Europe has shown the vulnerability of the Western

Balkans' legal systems, shaking the enlargement process that still struggles to take off. The Slovenian Presidency of the Council, that hosted on 6th October 2021 in Brdo pri Kranju the European Union-Western Balkans summit, could give new emphasis to the enlargement process. The Brdo Declaration states that: "The EU reconfirms its commitment to the enlargement process and its decisions taken thereon, based upon credible reforms by partners, fair and rigorous conditionality and the principle of own merits. We will further intensify our joint engagement to take forward the region's political, economic and social transformation, while acknowledging the progress made by the Western Balkans. We also recall the importance that the EU can maintain and deepen its own development, ensuring its capacity to integrate new members".

However, according to other authors (34), it has, at the same time, exposed the EU to a crisis of values, revealing a latent lack of "*idem sentire*" of the Member States. The common front of the Visegrad Group has not only gone against the migration policy of the Union, but has clearly contested the limitations of sovereignty resulting from the application of the solidarity's principle. This rigid entrenchment on positions of claiming sovereignty seemed to undermine the process of over fifty years of European integration. This danger is evident from the pleas put forward by Poland, that, on the basis of Hungary's 10th plea, alleged that the imposition of binding quotas on it had disproportionate effects in its regard, as well as on a number of host Member States which, in order to meet their relocation obligations, have to make far greater efforts and bear far heavier burdens than other host Member States. This, particularly, in the case of Member States which are "virtually ethnically homogeneous, like Poland" and whose populations are different, from a cultural and linguistic point of view, from the migrants to be relocated on their territory (para. 302). The Court, while declaring the argument inadmissible because it was put forward in a statement in intervention and far beyond the argument made by Hungary, which is strictly limited to Hungary's own situation (para. 303), took the opportunity to clarify that: "[i]f relocation were to be strictly conditional upon the existence of cultural or linguistic ties between each applicant for international protection and the Member State of relocation, the distribution of those applicants between all the Member States in accordance with the principle of solidarity laid down by Article 80 TFEU and, consequently, the adoption of a binding relocation mechanism would be impossible" (para. 304). In addition, the Court pointed out that: "considerations relating to the ethnic origin of applicants for international protection cannot be taken into account since they are clearly contrary to EU law and, in particular, to Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union" (para. 305).

Hence the question of whether it is a crisis that can be resolved through the solidarity mechanisms of the Pact, or whether it is a crisis that overwhelms the idea of a *solidarité de fait* invoked by Robert Schuman in 1951, which gave way to the Communities and then to a process of integration towards an ever-closer union between the peoples of Europe, seems to be rightly raised. After more than fifty years and on the basis of a series of treaties that have evolved over time, the EU is a legal system with its own identity pursuant to the values set out in article 2 TEU. It distinguishes between fundamental values (human dignity, equality, democracy, rule of law, etc.) and other values of human society, such as pluralism, non-discrimination, tolerance, justice and solidarity which should be common to the Member States. This common substratum (35) seems absent or, in any case, it does not seem adequately protected. The latest crises experienced by the

Union have highlighted a deeper crisis of identity that is struggling to balance the coexisting interests that characterize the EU legal system (36).

References

- (1) See the Presidency Conclusions of Lisbon European Council of 23 and 24 March 2000: “[t]he European Council reaffirms that the peace, prosperity and stability of South East Europe are a strategic priority for the European Union”.
- (2) According to F. TRAUNER, I. KRUSE, *EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: Implementing a New EU Security Approach in the Neighbourhood*, in *CEPS Working Documents*, No. 290, April 2008, available at <https://www.ceps.eu/ceps-publications/ec-visa-facilitation-and-readmission-agreements-implementing-new-eu-security-approach/>, these agreements between the EU and Albania, Bosnia and Herzegovina (ByH), Macedonia (FYROM), Montenegro and Serbia entered into force between 2006-2008, “offering speeded up visa procedures for citizens of those countries in exchange for stepped up migration cooperation, primarily aiming to curb irregular migration to the EU”.
- (3) For a critical view, see N. KOGOVŠEK ŠALAMON, *Asylum Systems in the Western Balkan Countries: Current Issues*, in *International Migration*, Vol. 54, No. 6, 2016, pp. 151-163. Furthermore, the EU enlargement to the Western Balkans is marked by continued roadblocks and unjustified delays.
- (4) As is known, the Court of Justice stated that the Republic of Poland, Hungary and the Czech Republic failed to fulfil their obligations under article 5, para. 2 of Decision (EU) 2015/1523 and article 5, para. 2 of Decision (EU) 2015/1601, and have consequently failed to fulfil the subsequent relocation obligations under article 5, paras. 4 to 11 of each of those two decisions. These decisions were adopted to establish provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece on the basis of article 78, para. 3 TFEU and according to article 80 TFEU. See CJEU (Third Chamber), judgment of 2 April 2020, joined cases C-715/17, C-718/17 and C-719/17 *European Commission v Republic of Poland and Others*.
- (5) These are Council Decision (EU) 2015/1523 of 14 September 2015 *establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece*, in OJ L 239 of 15 September 2015, pp. 146-156; Council Decision (EU) 2015/1601 of 22 September 2015 *establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece*, in OJ L 248 of 24 September 2015, pp. 80-94. See M. BORRACCETTI, “*To Quota*” or “*Not to Quota*”? *The EU Facing Effective Solidarity in Its Asylum Policy*, in *Eurojus*, 31 July 2015; M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall’Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, No. 2, 2015, pp. 33-60; P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *Il Diritto dell’Unione europea, Osservatorio europeo*, September 2015; A. DI PASCALE, *Il ricollocamento: appena nato è già finito?*, in *Eurojus*, 12 February 2016,.
- (6) Article 78 TFEU, para. 3, states: “[i]n the event of one or more Member States being confronted by an emergency situation characterised by a sudden inflow of nationals of third countries, the Council, on a proposal from the Commission, may adopt provisional measures for the benefit of the Member State(s) concerned. It shall act after consulting the European Parliament”.
- (7) Only Decision (EU) 2015/1601 laid down, in Annexes I and II, entitled respectively “Allocations from Italy” and “Allocations from Greece”, pre-established reallocation quotas in the Member States which will then be challenged by Slovakia and Hungary. On the contrary, Decision (EU) 2015/1523 implemented the political agreement reached by the Member States in the Council Resolution of 20 July 2015.
- (8) See CJEU (Grand Chamber), judgement of 6 September 2017, joined cases C-643/15 and C-647/15, *Slovak Republic and Hungary v Council of the European Union*, in particular paras. 302-305.
- (9) See A. CIRCOLO, O. HAMULÁK, P. LYSINA, *The Principle of Solidarity between Voluntary Commitment and Legal Constraint: Comments on the Judgment of the CJEU Union in C-643/15 and C-647/15*, in *Czech Yearbook of International Law*, No. 9, 2018, pp. 155-173. On the contrary, in a critical perspective, see H. LABAYLE, *Solidarity Is Not a Value: Provisional Relocation of Asylum-Seekers Confirmed by the Court of Justice (6 September 2017, Joined Cases C-643/15 and C-647/15 Slovakia and Hungary v Council)*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11 September 2017.

(10) See, CJEU, *Slovak Republic and Hungary v Council of the European Union*, cit. supra note 8, F. CHERUBINI, *La Corte di giustizia in merito alla decisione del Consiglio sulla ricollocazione: riflessioni sulla politica di asilo dell'UE*, in *Quaderni costituzionali*, No. 4, 2017, pp. 923-926; C. FASONE, *La Corte di giustizia in merito alla decisione del Consiglio sulla ricollocazione: gli effetti sui legislatori e sulle procedure (non) legislative dell'Unione*, in *Quaderni costituzionali*, No. 4, 2017, pp. 927-930; M. MESSINA, *La Corte di Giustizia afferma la validità giuridica del meccanismo provvisorio di ricollocazione obbligatoria dei richiedenti protezione internazionale. A quando la volontà di alcuni Stati membri UE di ottemperarvi?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, No. 4, 2017, pp. 603-607; S. PENASA, *La "relocation" delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, No. 3, 2017, p. 29; A. CIRCOLO, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico. La pronuncia della Corte di giustizia (GS) nel caso Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, No. 1, 2018, pp. 197-210; L. TSOURDI, *Confrontation on Relocation – The Court of Justice Endorses the Emergency Scheme for Compulsory Relocation of Asylum Seekers Within the European Union: Slovak Republic and Hungary v. Council*, in *Common Market Law Review*, Vol. 55, No. 5, 2018, pp. 1457-1494.

(11) In this sense, see U. VILLANI, *Immigrazione e principio di solidarietà*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, No. 3, 2017, pp. 1-4.

(12) As is known, the Advocate General Bot delivered a different opinion. After pointing out that solidarity is surprisingly absent from the list of the first sentence of article 2 TEU of the values on which the Union is founded, he stresses that the Union promotes not only solidarity between generations but also solidarity between Member States (para. 19). Therefore, Decision (EU) 2015/1601 constitutes an expression of the solidarity that the Treaty envisages between Member States. This solidarity “has a specific content and a binding nature” which legitimizes the contested decision, that has a strong political nature aimed at stirring the opposition on the part of Member States supporting freely consented solidarity based solely on voluntary commitments (para. 23). In his view, these appeals offered an opportunity to remember that solidarity is one of the basic values of the Union: “[t]he present actions provide me with the opportunity to recall that solidarity is among the cardinal values of the Union and is even among the foundations of the Union. How would it be possible to deepen the solidarity between the peoples of Europe and to envisage ever-closer union between those peoples, as advocated in the Preamble to the EU Treaty, without solidarity between the Member States when one of them is faced with an emergency situation? I am referring here to the quintessence of what is both the *raison d'être* and the objective of the European project” (para. 17). See also the reflections of M. OVÁDEK, *Legal Basis and Solidarity of Provisional Measures in Slovakia & Hungary v Council*, in *European Database of Asylum Law*, 4 December 2017.

(13) The Court recalls, among the pleas advanced by the Slovak Republic and Hungary, in para. 49 of the judgment of 6 September 2017, that: “[a]lthough the contested decision classifies these amendments as mere ‘derogations’, the distinction between a derogation and an amendment is, in the applicants’ view, artificial, since, in both cases, the effect is to exclude the application of a normative provision and, by the same token, to undermine its effectiveness”.

(14) In a critical view, H. LABAYLE, *Solidarity Is Not a Value*, cit., who considered that, by confirming the validity of the contested Decisions, the Court of Justice has ended up defending the Dublin system, without stimulating a structural reform.

(15) Regulation (EU) 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, *establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person*, in OJ L 180 of 29 June 2013, pp. 31-59. See the reflections of M. DI FILIPPO, *The Dublin Saga and the Need to Rethink the Criteria for the Allocation of Competence in Asylum Procedures*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (eds.), *Securitising Asylum Flows. Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Leiden, 2020, pp. 196-235.

(16) According to J. BAST, *Deepening Supranational Integration: Interstate Solidarity in EU Migration Law*, in *European Public Law*, Vol. 22, No. 2, 2016, pp. 289-304, “it is already evident from this outline of the Dublin System that it was not conceived as a system of solidarity. Quite the contrary: it was established as a ‘delimitation of responsibilities without a sharing of burdens between the States. The principle of the country of first asylum is ill-suited to operate as a rule establishing solidarity within the Common European Asylum System because it cannot compensate for the uneven burdens caused by the different geographic locations and established migration patterns. Indeed, this principle intensifies these effects by making further migration within Europe more difficult”.

- (17) According to E. KÜÇÜK, *The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing ?*, in *European Law Journal*, Vol. 22, No. 4, 2016, pp. 448-469, the Dublin system would give rise to a constitutional violation.
- (18) In general on the amendments of Dublin Regulation, see, among others, S. FRATZKE, *Not Adding Up. The Fading Promise of Europe's Dublin System*, March 2015; E. BROUWER, R. SEVERIJNS, *Sharing responsibility: A Proposal for a European Asylum System Based on Solidarity*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 17 February 2016; F. MAIANI, *The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden-Boston, 2016, pp. 99-142; P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?*, in *Eurojus*, 7 September 2016; F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, No. 3, 2016, pp. 517-547; C. DI STASIO, *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, No. 2, 2017, pp. 209-249; C. FAVILLI, *La crisi del sistema Dublino: quali prospettive?*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, Naples, 2017, pp. 279-302; M. DI FILIPPO, *The Allocation of Competence in Asylum Procedures under EU Law: The Need to Take the Dublin Bull by the Horns*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 59, 2018, pp. 41-95; T.M. MOSCHETTA, *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d'asilo nei recenti sviluppi dell'iter di riforma del regime di Dublino*, in *Federalismi.it*, No. 5, 2018; D. VITIELLO, *The Dublin System and Beyond: Which Way Out of the Stalemate?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Vol. 12, No. 3, 2018, pp. 463-480.
- (19) See the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, *establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, COM/2016/0270 final - 2016/0133 (COD), no longer in force, where the Commission confirmed: "[t]he objectives of the Dublin Regulation – to ensure quick access of asylum applicants to an asylum procedure and the examination of an application in substance by a single, clearly determined, Member State – remain valid. It is clear, however, that the Dublin system must be reformed, both to simplify it and enhance its effectiveness in practice, and to be equal to the task of dealing with situations when Member States' asylum systems are faced with disproportionate pressure". In a critical view, see F. MAIANI, *Responsibility, Allocation and Solidarity*, in P. DE BRUYCKER, M. DE SOMER, J.L. DE BROUWER (eds.), *From Tampere 20 to Tampere 2.0: Towards a New European Consensus on Migration*, Brussels, 2019, p. 103 ff.
- (20) See the Report of Cecilia Wikström, 6 November 2017, (A8-0345/2017) and F. MAIANI, C. HRUSCHKA, *The Report of the European Parliament on the Reform of the Dublin System: Certainly Bold, but Pragmatic?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 December 2017.
- (21) In particular, the European Parliament wanted the establishment of a permanent system of allocation of quotas based on a list of preferences of the applicant (so-called bottom four). On the contrary, "(...) neither the Dublin III Regulation nor the reform proposals take into account the preferences of the asylum seekers when it comes to the host state". So, E. KÜÇÜK, *The Principle of Solidarity*, cit., p. 462.
- (22) See *Joint Declaration of Intent on a Controlled Emergency Procedure - Voluntary Commitments by Member States for a Predictable Temporary Solidarity Mechanism*, 23 September 2019.
- (23) See G. MORGESE, *Dublin System, «Scrooge-Like» Solidarity and the EU Law: Are There Viable Options to the Never-Ending Reform of the Dublin III Regulation?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, No. 3, 2019, pp. 85-101, in part. p. 93.
- (24) Although with reference to the resettlement measures adopted by the Union in the external migration policy, see the critical considerations of S. POLI, *"Flexible" Cooperation Between the European Union and Third Countries to Contain Migration Flows and the Uncertainties of "Compensation Measures": The Case of the Resettlement of Refugees in EU Member States*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo online*, No. 4, 2020, pp. 5272-5299, who underlines: "logic, which is State-centred, fails to appreciate what the needs of the EU as a whole are and shows little awareness and sensitivity with respect to the degree of instability and concerns coming from the Southern neighbours. Furthermore, this approach is not in line with the principle of loyal cooperation that Member States have with the EU institutions in the context of EU external relations". See, also, N. ZAUN, *States as Gatekeepers in EU Asylum Politics: Explaining the Non-Adoption of a Refugee Quota System*, in *Journal of Common Market Studies. Special Issue: EU Refugee Policies and Politics in Times of Crisis*, Vol. 56, No. 1, 2017, pp. 44-56.

(25) In general, references concerning the Pact can include: G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of 'Anomalous Zones' for Migration Management*, in *ASILE Forum Contributions on the new EU Pact on Migration and Asylum*, 27 November 2020; J.P. CASSARINO, L. MARIN, *The New Pact on Migration and Asylum: Turning European Union Territory into a Non-Territory*, in *EU Law Analysis*, 30 November 2020; P. DE PASQUALE, *Dal Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo a un diritto dell'emergenza dell'Unione europea: a che punto è la notte?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, No. 3, 2020, pp. V-XVI; M. FUNK, *New Pact, Old Problems*, in *International Politics and Society*, 25 September 2020; E. KARAGEORGIOU, *The New Pact on Migration and Asylum: Why Pragmatism Cannot Engender Solidarity*, in *Nordic Journal of European Law*, No. 2, 2020, pp. III-VIII; F. MAIANI, *A "Fresh Start" or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 October 2020; S. MANSERVISI, *The EU's Pact on Migration and Asylum: A Tsunami of Papers but Little Waves of Change*, in *IAI Commentaries*, No. 88, 2020, pp. 1-8; A.H. NEIDHARDT, O. SUNDBERG DIEZ, *The Upcoming New Pact on Migration and Asylum: Will It Be Up to the Challenge? Discussion Paper*, 29 April 2020; S. PENASA, *Il Nuovo Patto e l'idea di solidarietà: principio fondativo del sistema europeo di asilo o metodo di allocazione delle responsabilità tra Stati membri?*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, 30 November 2020; D. ARCHIBUGI, M. CELLINI, M. VITIELLO, *Refugees in the European Union: From Emergency Alarmism to Common Management*, in *Journal of Contemporary European Studies*, 10 April 2021; G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Border Procedures in the Commission's New Pact on Migration and Asylum: A Case of Politics Outplaying Rationality?*, in *European Law Journal*, 23 March 2021; M. MOUZOURAKIS, *More Laws, Less Law: The European Union's New Pact on Migration and Asylum and the Fragmentation of "Asylum Seeker" Status*, in *European Law Journal*, 7 May 2021; F. SPINELLI, *United against the Pact: The Fatal Flaws in the EU's Plans to Reform its Asylum System*, in *Green European Journal*, 17 March 2021.

(26) E. CODINI, M. D'ODORICO, *Towards More Solidarity? Preliminary Remarks on the New Pact on Migration and Asylum*, 8 October 2020, consider the Pact timid document that will likely be subject to Member States' restrictive negotiations in the upcoming months.

(27) According to C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 October 2020, the Dublin Regulation disappears formally, but its shadow, the Dublin system, remains in substance.

(28) P. VAN WOLLEGHEM, *Riformare Dublino e attivare la solidarietà: gli obiettivi del Nuovo Patto UE sulla migrazione e l'asilo*, in *Osservatorio sulla democrazia. Fondazione Feltrinelli*, 6 October 2020, considers that the approach of the Commission aimed at gathering the consensus of the member states on the New Pact through maximum flexibility in the choice between instruments. Flexibility and equivalence between measures are essential for the success of this text.

(29) Proposal for a Regulation, *on asylum and migration management*, COM(2020) 610 of 23 September 2020.

(30) Proposal for a Regulation, *addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum*, COM(2020) 613 of 23 September 2020.

(31) The Commission would be a solidarity promoter especially in situations of migratory pressure, although with a margin of discretion that could lead it to adopt too "accommodating" solutions, in order not to upset some states. In this sense, see G. MORGESE, *La "nuova" solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione*, cit., in part. p. 35. According to A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *Eurojus*, October 2020, the Pact would generally adopted a compromise approach.

(32) So P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, II (2020), Focus *"La proposta di Patto su immigrazione e asilo"*, No. 1, 5 October 2020.

(33) Member States shall have to specify the type of contributions of their solidarity response plan sent to the Commission.

(34) E.M. GOŹDZIAK, I. MAIN, I.B. SUTER (eds.), *Europe and the Refugee Response: A Crisis of Values?*, London, 2020.

(35) On the idea of a social values' "background", see T. RUSSO, *Articolo 2 TUE*, in C. CURTI GIALDINO (dir.), *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Naples, 2012, p. 60.

(36) According to article 13, para. 1, TEU: "[t]he Union shall have an institutional framework which shall aim to promote its values, advance its objectives, serve its interests, those of its citizens and those of the Member States, and ensure the consistency, effectiveness and continuity of its policies and actions".

DALLA GIURISDIZIONE DELLA CORTE SUPREMA ALLA COMPETENZA DEL TRIBUNALE SPECIALE: LA SFIDA DEL SISTEMA GIUDIZIARIO ALBANESE CONTRO LA CORRUZIONE AD ALTO LIVELLO GOVERNATIVO

Ismail Tafani*

*** Former Lecturer at Albanian University (Albania), now Lecturer at Barleti University (Albania).
(ismailtafani@yahoo.it)**

Abstract

The Constitution of the Republic of Albania, adopted in 1998, provided that the Supreme Court had primary and cassation jurisdiction. Primary jurisdiction referred to the obligation attributed to this Court to judge at first instance, the most important figures of the political and judicial power. Although there is a perception of the corruption of the subjects of this jurisdiction, which was an exception to the right of the second instance court of law, the Supreme Court had not shown itself to be independent in the judicial processes of high-level officials. In 2016, when the constitutional reform of the judicial system in Albania was adopted, the provision that created hope for the fight against corruption at high levels of government was the establishment of the Special Tribunal against corruption and organized crime and the Special Investigative Structure (SPAK). The latter is required by the constitutional reform to independently investigate senior state officials, unlike what the Attorney General had done before the reform. The implementation of the reform, in this respect, is ongoing, however, yet has not been presented an outcome of the judicial reform, but what deserves attention is an analysis of the expectations of the Special Court, unlike the jurisdiction of the first instance of the Supreme Court. The question that arises is whether this constitutional change will transform the approach of the judicial system or will it remain yet another reform written on paper. The doubts, in this context, arise from the fact that five years have passed since the reform started and the challenge of defeating corruption and strengthening the rule of law still remains an illusion that it is expected to turn into delusion.

Keywords: Corruption, Immunity, Impunity, Special Court, Special Structure, Supreme Court Jurisdiction.

NGA JURISDIKSIONI I GJYKATËS SË LARTË TEK KOMPETENCA E GJYKATËS SË POSAÇME: SFIDA E SISTEMIT GJYQËSOR SHQIPTAR KUNDËR KORRUPSIONIT TË LARTË QEVERTAR

Ismail Tafani*

*** Ish-pedagog në Albanian University (Shqipëri), tani Pedagog në Universitetin Barleti (Shqipëri).
(ismailtafani@yahoo.it)**

Abstrakt

Kushtetuta e Republikës së Shqipërisë, e miratuar në vitin 1998, parashikonte që Gjykata e Lartë të kishte juridiksion parësor dhe atë të kasacionit. Juridiksioni parësor i referohej detyrimit që i atribuohet kësaj Gjykate për të gjykuar në shkallë të parë figurat më të rëndësishme të pushtetit politik dhe gjyqësor. Edhe pse ekziston një perceptim për korrupsionin e subjekteve të këtij juridiksioni, që përbënte përjashtim nga e drejta e gjykatës së shkallës së dytë, Gjykata e Lartë nuk ishte treguar e pavarur në proceset gjyqësore të zyrtarëve të lartë. Në vitin 2016, kur u miratua reforma kushtetuese e sistemit gjyqësor në Shqipëri, dispozita që krijoi shpresë për luftën kundër korrupsionit në nivelet e larta të qeverisjes ishte ngritja e Gjykatës së Posaçme për Korrupsionin dhe Krimin e Organizuar (GJKKO) dhe Struktura e Posaçme Hetimore (SPAK). Kësaj të fundit i kërkohet nga reforma kushtetuese që të hetojë në mënyrë të pavarur zyrtarët e lartë të shtetit, ndryshe nga sa kishte bërë Prokurori i Përgjithshëm para reformës. Zbatimi i reformës, në këtë aspekt, është në vazhdim, por ende nuk është paraqitur një rezultat i reformës në drejtësi, por ajo që meriton vëmendje është analiza e pritshmërive të Gjykatës Speciale, ndryshe nga juridiksioni fillestar i Gjykatës së Lartë. Pyetja që shtrohet është nëse ky ndryshim kushtetues do të transformojë qasjen e sistemit gjyqësor apo do të mbetet një reformë tjetër e shkruar në letër. Dyshimet, në këtë kontekst, lindin nga fakti se kanë kaluar pesë vjet nga fillimi i reformës dhe sfida e mposhtjes së korrupsionit dhe forcimit të shtetit ligjor mbetet ende një iluzion që pritët të kthehet në zhgënjim.

Fjalë kyçe: korrupsioni, imuniteti, pandëshkueshmëria, Gjykata e Posaçme, Strukturë e Posaçme, juridiksioni i Gjykatës së Lartë.

1. Considerazioni generali sulle riforme costituzionali in Albania per sconfiggere la corruzione dei rappresentanti dei poteri dello Stato

Le sfide dell'Albania per quanto riguarda il funzionamento e l'effettività degli organi statali nell'implementazione della legislazione sembrano essere infinite. Queste sfide, di volta in volta, si sovrappongono nel raggiungere gli obiettivi della società e dello Stato albanese. In questo senso, diventa necessario sottolineare che la sfida principale, la quale merita un'elaborazione particolare, è uno dei principi cardine della Costituzione, ovvero quello dell'uguaglianza. La sfida del sistema giudiziario albanese è di rendere la legge uguale per tutti e far sì che la legge non perdoni in nessuna parte delle sue disposizioni, anche quando si tratta di persone con un'immunità costituzionale oppure politica.

Per quanto riguarda le nuove istituzioni del sistema giudiziario albanese, riformato dalla riforma costituzionale del 2016, verrà condotta di seguito, in questo studio, un'analisi comparativa con il sistema precedente, senza pretendere di esaurire tutti gli argomenti. Si tratta della sfida di sconfiggere la corruzione e la criminalità organizzata, fenomeni che sembrano di avere "infettato" i livelli più alti governativi e che paradossalmente sembrano di stare in simbiosi l'uno con l'altro. La convivenza della corruzione ad alti livelli governativi con la criminalità organizzata, oltre ad essere un pericolo per il consolidamento del principio dello Stato di diritto, rappresenta nello stesso tempo il vero problema per lo Stato e la società albanese nel lungo e difficile processo di diventare parte della "famiglia" dell'Unione Europea.

La "sconfitta" del sistema giudiziario albanese nei confronti della corruzione ad alti livelli governativi e della criminalità organizzata aveva portato alla perdita di fiducia della società in questo sistema e nelle istituzioni che la rappresentavano. Questa pare sia stata la ragione alla base e il punto di partenza della riforma costituzionale sul sistema giudiziario albanese. La riforma costituzionale di questo sistema ha previsto diversi approcci nei confronti dei rappresentanti dei tre poteri dello stato per il rafforzamento delle istituzioni costituzionali.

Per i giudici di tutti i gradi, compresi quelli della Corte costituzionale, dal 2017 è iniziato ed è ancora in corso il cosiddetto processo di *vetting*, previsto per Costituzione e che si sta realizzando in base alla legge (1). Questo processo, come era previsto dalla riforma costituzionale, ha creato delle istituzioni *ad hoc* che hanno il potere di operare un controllo tridimensionale dei giudici nonché dei pubblici ministeri. Invece, per i rappresentanti politici del popolo, cioè quelli che rappresentano gli altri due poteri dello Stato, ad oltre cinque anni dalla riforma costituzionale, non si vedono dei risultati significativi. I risultati significativi, in questo senso, sono quelli che, tramite un sistema giudiziario indipendente, farebbero perdere ai politici, quell'immunità che li vede immuni anche nei confronti del principio dello Stato di diritto.

La riforma costituzionale del sistema giudiziario albanese ha preso l'ispirazione dalla perdita di fiducia della società in questo sistema nonché dai rapporti della Commissione europea che evidenziavano una necessità di riforma (2). Dunque, la ragione principale della riforma sembra che sia stata condizionata dalla richiesta degli Stati Uniti e dell'Unione Europea per la continuazione del processo d'integrazione dell'Albania in quest'ultima (3).

Nel 2015, cioè un anno prima della riforma costituzionale del sistema giudiziario albanese, è stata intrapresa una riforma costituzionale per impedire alle persone con un passato criminale di candidarsi alle elezioni parlamentari e locali e a coprire altre cariche di alto livello governativo (4). Questa riforma ha preceduto la riforma del sistema giudiziario albanese e ha previsto l'approvazione della legge d'attuazione con una maggioranza qualificata per garantire l'integrità dei candidati, degli eletti e quelli nominati ad alti livelli governativi (5). Per l'attuazione di questa riforma serviva altresì una decisione del parlamento albanese (6) che ha avuto come obiettivo di facilitare il processo tramite i formulari di autodichiarazione che i soggetti coinvolti nella legge dovevano compilare.

Insomma, queste riforme costituzionali, l'una dopo l'altra, sembrano aver preso atto dell'alto livello di corruzione tra i più alti rappresentanti dei poteri dello Stato. Pare inevitabile la necessità di "purificare" tutti i poteri dello Stato in Albania, poiché, non rispettando più il principio della separazione dei poteri, avevano iniziato a perdere la funzione loro assegnata dalla Costituzione. Dunque, non è azzardato dire che da poteri *dello* Stato erano diventati poteri *contro* lo Stato.

Dopo il processo di *vetting* dei giudici e dei pubblici ministeri, in Albania si è parlato anche di un processo di *vetting* dei politici, ma non si è raggiunto il consenso politico necessario ad approvare una riforma del genere. Ovviamente, quest'approccio anche per i politici avrebbe trattato in egual modo i rappresentanti di tutti i poteri dello Stato. In questo modo, la lotta alla corruzione sembrerebbe seria, poiché questo fenomeno era previsto come reato in Albania, ancora prima che questa diventasse uno Stato, cioè a partire dalle prime norme consuetudinarie (7).

Il *vetting* dei giudici e dei pubblici ministeri, come si è detto, si basava sul controllo tridimensionale, cioè del patrimonio, della figura e delle capacità professionali, ovviamente avendo come base il controllo patrimoniale (8). Seguendo la logica di un processo efficiente nell'evidenziare la corruzione, probabilmente un controllo del patrimonio dei politici avrebbe dato degli effetti soddisfacenti nella stessa maniera dei giudici e pubblici ministeri, perlomeno ad allontanarli perché i processi penali necessitano di istituzioni più consolidate.

Invece, il legislatore albanese ha preferito istituire un Tribunale Speciale per combattere la corruzione ad alti livelli governativi e quindi non ha ritenuto necessario un *vetting* dei politici, nonostante la società albanese abbia mostrato di avere perso la fiducia nei confronti del potere politico, cioè negli altri due poteri dello Stato, quindi legislativo ed esecutivo, altrettanto quanto nel potere giudiziario.

Dal 2015, le grandi e profonde riforme costituzionali in Albania hanno avuto un unico obiettivo, ovvero crescere la fiducia nelle istituzioni dello Stato albanese da parte della società albanese, degli Stati Uniti e dell'Unione europea. Una fiducia che potrebbe realizzarsi solo con la lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata, ma, a quanto pare, realizzata in diversi modi per i diversi poteri dello Stato. Comunque sia, queste riforme fanno capire che il pluralismo politico in Albania aveva fallito nella formazione di una governabilità dello Stato, nel rispetto del principio costituzionale della separazione dei poteri.

Le due vie perseguite per portare alla funzionalità le istituzioni ad oggi hanno dato dei risultati diversi al fine combattere la parte “infettata” dei poteri. Per quanto riguarda il *vetting*, che ha avuto un meccanismo simile ad un processo amministrativo, risulta che siano stati rimossi dall’ufficio tanti giudici e pubblici ministeri. Pur essendo rimossi dall’ufficio perché non hanno potuto giustificare il patrimonio che possiedono, nulla è stato fatto a proposito dell’apertura di procedimenti penali nei loro confronti.

Invece, per quanto riguarda i poteri politici, si attende il funzionamento del Tribunale Speciale anticorruzione e criminalità organizzata e della nuova Struttura Speciale Investigativa (SPAK), ma in questo caso tramite un processo penale, poiché il processo penale per gli eventuali reati degli alti funzionari dello Stato, prima della riforma, era di competenza della Corte Suprema. Quest’ultima era senza dubbio sottomessa al potere politico dello Stato, il quale aveva fatto sì che perdesse totalmente l’indipendenza – principio necessario per avere dei processi giudiziari e, di conseguenza, delle sentenze imparziali, nel rispetto del principio dello Stato di diritto –.

2. La Corte Suprema albanese nel giudizio di prima istanza da un’eccezione del diritto del doppio grado di giudizio ad una garanzia dell’impunità

L’articolo 141 della Costituzione albanese del 1998 prevedeva che la Corte Suprema avesse giurisdizione primaria nei confronti delle più alte cariche dello Stato. La sua giurisdizione primaria si riferiva ai procedimenti penali nei confronti dei rappresentanti delle istituzioni costituzionali, partendo dal Presidente della Repubblica fino ai giudici della stessa Corte Suprema (9). Evidentemente, il costituente albanese aveva previsto una garanzia superiore nei confronti delle figure più importanti dello Stato, cioè il loro eventuale processo penale solo dalla Corte suprema, però a discapito del diritto al doppio grado di giudizio.

In tal senso, pare ovvio specificare che la previsione dell’articolo 43 (10) della Costituzione albanese nella versione del 1998 (e, in particolare, la previsione del comma 2 dello stesso) – che sanciva il diritto del doppio grado di giudizio tranne l’eccezione che si prevede al primo comma dell’articolo 141 – “non sembra prefigurare possibilità di filtri nell’accesso alla giurisdizione della Corte, ma solo meccanismi di distribuzione interna” (11).

L’articolo 136 comma 1, della Costituzione albanese prima della riforma costituzionale del sistema giudiziario del 2016, sanciva che “I componenti della Corte Suprema sono nominati dal Presidente della Repubblica su consenso dell’Assemblea parlamentare”. La formazione della Corte Suprema in questo modo, prima del 2016, con la volontà dei poteri politici ha reso vana la sua giurisdizione di prima istanza ai sensi dell’articolo 141, nei confronti di coloro che la formavano ai sensi dell’articolo 136 primo comma, come sopra citato. L’esercizio dell’azione penale nei confronti delle alte cariche dello Stato era di competenza dell’ufficio della Procura Generale come previsto dall’articolo 13 della Legge n. 8737 del 2001 (12). In più, allo stesso modo, era pregiudicato anche l’esercizio dell’azione penale, se si ha riguardo anche al comma 1 dell’articolo 149 della Costituzione, che prevedeva la nomina del Procuratore Generale con la seguente formulazione: “Il Procuratore Generale è nominato dal Presidente della Repubblica su

consenso dell'Assemblea parlamentare per un mandato quinquennale con diritto di rinomina.”. Per quanto riguarda i processi penali, ai sensi dell'articolo 141, 1 comma, i risultati si comprendono facilmente dal punto di vista teorico, ma trovano conferma anche nella prassi, la quale ha creato il cosiddetto “principio d'impunibilità”.

In tal senso, nessuna delle istituzioni, né la Procura Generale o la Corte suprema, ha mostrato di essere indipendente, come per Costituzione doveva essere, mostrando quasi sempre un timore nei confronti dei poteri politici. In effetti, la maggior parte delle cause portate in giudizio alla Corte suprema sono state a querela di parte. Tuttavia, in quei pochi procedimenti penali avviati d'ufficio dalla Procura Generale, le sentenze sono state sempre di proscioglimento. I procedimenti penali di prima istanza davanti alla Corte suprema hanno avuto come oggetto prevalente i reati di ingiuria e di diffamazione. Ai sensi del Codice di procedura penale albanese, questi reati sono perseguibili su querela di parte, con la sola partecipazione del Procuratore competente. Inoltre, bisogna specificare che da quando è stato modificato il Codice penale albanese nel 2012 sono punibili solo con la pena pecuniaria (13).

Di contro, con la riforma costituzionale del 2016, l'articolo 43 della Costituzione albanese è stato modificato come segue: “Ogni persona ha il diritto di proporre ricorso contro una decisione del Tribunale, ad un Tribunale superiore, salvo che la legge disponga diversamente per i delitti di lieve entità, per le materie civili o amministrative di minore importanza o valore, alle condizioni previste dall'articolo 17 della Costituzione”. In effetti, l'articolo 17 della Costituzione Albanese prevede una sorta di confine all'eccezioni dei diritti in essa garantiti, che sono quelli previsti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Per quanto riguarda il diritto al doppio grado di giudizio, la CEDU sancisce questo diritto, nel quadro del processo penale, all'articolo 2 del Protocollo n. 7 (14), rubricato “Diritto a un doppio grado di giudizio in materia penale”. Come si vede, la Costituzione albanese ha fatto proprio quanto statuito dalla CEDU a proposito dell'eccezioni al diritto del doppio grado di giudizio, che ogni Stato parte può prevedere per legge. La riforma costituzionale albanese, adeguandosi alla CEDU, passa da un'eccezione del diritto al doppio grado di giudizio, sancito dalla Costituzione ante-riforma, a una previsione come letteralmente prevista dalla CEDU, fondantesi perciò su una riserva di legge.

La Costituzione albanese non prevedeva un doppio grado di giudizio per i processi penali contro le più alte cariche dello Stato, se non il ricorso alla Corte costituzionale, come era previsto per tutti gli individui. Questo ricorso si legittimava, in caso di violazione del diritto al giusto processo, sulla scorta di quanto previsto dell'articolo 6 della CEDU e dall'articolo 42 della Costituzione albanese. La riforma del sistema giudiziario in questo senso ha esteso il ricorso individuale alla Corte Costituzionale per la protezione di tutti i diritti previsti dalla Costituzione, ovviamente dopo aver esaurito tutti i gradi di giudizio. La previsione costituzionale dell'articolo 141 della Costituzione albanese sulla giurisdizione di prima istanza della Corte suprema, sanciva ovviamente una garanzia per quei soggetti che, qualora diversamente prevista, poteva portare a risultati opposti. Ciò vale a dire che avrebbe creato una magistratura forte che avrebbe sbilanciato quegli equilibri necessari sottesi al principio della separazione dei poteri. La previsione dell'unico grado di giudizio della Corte suprema nel processo penale per le alte cariche

dello Stato – che a loro volta nominavano i suoi giudici – aveva fortemente minato l’indipendenza della Corte. La conseguenza di questa scelta del costituente nel 1998 è stata, oltre alla perdita di fiducia nei confronti del potere giudiziario, anche la creazione del cosiddetto “principio d’impunibilità” nei confronti dei rappresentanti dei poteri politici.

Tuttavia, lo *standard* previsto dalla Costituzione albanese per limitare il diritto al doppio grado di giudizio era evidenziato dalla Corte costituzionale come uno *standard* che superava le previsioni della CEDU (15). Questo *standard* dell’eccezione del diritto del doppio grado di giudizio pare avesse condotto ad una sottomissione del potere giudiziario agli altri due poteri dello Stato. La sottomissione del potere giudiziario, oltre ad essere servito come una minaccia a quegli equilibri necessari nell’implementazione del principio di separazione dei poteri, aveva finito per aumentare la percezione della società che la corruzione significasse potere, anziché l’inverso.

Atteso che la Corte suprema si formasse per volontà politica, tale circostanza pare fosse diventata parte della politica in Albania (16) e, a volte, anche causa del conflitto tra i diversi partiti che a loro volta volevano dominarla totalmente. Da questo punto di vista, appare compressibile la sua sottomissione agli altri poteri dello Stato e, di conseguenza, il suo “fallimento” nella lotta alla corruzione ad alti livelli governativi.

3. La Struttura Speciale anticorruzione e la competenza del Tribunale Speciale come una speranza per sconfiggere il “principio d’impunibilità” in Albania

È oramai risaputo che la riforma costituzionale del sistema giudiziario in Albania ha avuto come prima intenzione quella di riportare la fiducia della popolazione al sistema stesso, ma è altrettanto risaputo l’altro obiettivo che, allo stesso tempo, è il suo nucleo. In questa logica, non si può tralasciare la creazione del Tribunale Speciale anticorruzione e criminalità organizzata. Questo Tribunale dovrebbe sostituire la giurisdizione di prima istanza della Corte suprema, allargando l’alveo dei soggetti, come era previsto nel primo comma dell’articolo 141 della Costituzione. Teoricamente, la riforma costituzionale del 2016 ha previsto la creazione di un Tribunale Speciale che sia indipendente e, di conseguenza, imparziale nei processi penali a carico di politici corrotti, fino ad oggi “intoccabili” dalla “rete” del sistema giudiziario. La causa di tale “intoccabilità” era da ascrivere alla trasformazione del principio costituzionale della separazione dei poteri, come previsto dalla Costituzione del 1998, in “principio” della condivisione e collaborazione tra i potenti, che altro non erano che i rappresentanti dei tre poteri dello Stato.

Si potrebbe dire che dal nuovo Tribunale Speciale e dalla nuova Struttura Speciale anticorruzione e criminalità organizzata ci si attenda una vera e propria rivoluzione nello sradicare il concetto che riguarda l’impunibilità delle alte cariche dello Stato in Albania. Queste aspettative si riferiscono alla società albanese, al fine di (ri)creare la fiducia nelle istituzioni, ma soprattutto alla comunità internazionale (e qui si vuole intendere, in particolare, gli Stati Uniti e l’UE, quali veri promotori della riforma costituzionale). Se si parla di corruzione in Albania, non si trovano ragioni per non collegare fortemente questo fenomeno con la politica. Anzi, per la società albanese sembra che le parole siano persino sinonimi. Più potere si ha, più alta è la probabilità che se ne abusi e, anche se quest’abuso equivale a reato, alla fine tutto dipende dal procedimento penale. Quando quest’ultimo

manca, l'abuso del potere è solo una percezione che svanisce con il passare del tempo, a discapito del principio dello Stato di diritto.

La riforma costituzionale del 2016 – che fu approvata con la legge di revisione costituzionale – è riuscita ad avere il sostegno di tutti i 140 parlamentari del Parlamento albanese, mostrando di essere la riforma più voluta dall'approvazione della Costituzione nel 1998. La Legge di revisione costituzionale n. 76/2016 ha previsto all'articolo 13 – che ha modificato l'articolo 135 della Costituzione – l'istituzione del Tribunale Speciale che diventa competente *rationae materiae* nei procedimenti penali contro la corruzione e la criminalità organizzata e, allo stesso tempo, nei procedimenti penali contro le alte cariche dello Stato (17).

L'istituzione del Tribunale Speciale per combattere la corruzione di tutte le alte cariche dello Stato, come evidenziato nella Costituzione, dimostra che esiste una forte percezione di essere governati da persone corrotte e, a volte, collegate con la criminalità organizzata, come dimostra anche il diffuso dibattito pubblico sul punto in Albania. L'istituzione dell'Alto Consiglio della Magistratura (18), a composizione maggioritaria degli stessi giudici, pone delle garanzie per la creazione di una magistratura indipendente, compresa quella della Corte Suprema. Ovviamente, quest'ultima non avrà più il ruolo di giudice di prima istanza, ma comunque è parte del sistema giudiziario.

Presso il Tribunale Speciale anticorruzione è prevista l'istituzione della Procura Speciale, dotata di un Ufficio di polizia giudiziaria *ad hoc* per iniziare i procedimenti, come previsto dalla Costituzione. Le modifiche costituzionali hanno reso necessaria la modifica del Codice di procedura penale, ove viene dettagliata la competenza del Tribunale Speciale. Così, l'articolo 75/a del codice di Procedura Penale albanese è stato modificato, specificando la competenza del Tribunale Speciale anticorruzione e criminalità organizzata (19). Tale Tribunale giudica i reati di corruzione e i reati di criminalità organizzata in tutte le forme previste dal Codice Penale albanese, nonché i reati commessi dai soggetti elencati all'articolo 135 della Costituzione. I reati dei soggetti quali gli alti funzionari possono essere di ogni natura e sono di competenza per materia dal Tribunale Speciale. Il nome di questo Tribunale e la logica della riforma costituzionale del sistema giudiziario rendono chiaro l'obiettivo di quest'istituzione, che è appunto la lotta alla corruzione ad alti livelli governativi.

Una delle novità importanti della riforma costituzionale del 2016 è stata la creazione di un organo collegiale per garantire l'indipendenza della Procura e, di conseguenza, l'esercizio dell'azione penale. Il nuovo organo collegiale si chiama “Alto Consiglio della Procura” e dovrebbe garantire l'indipendenza dei pubblici ministeri (20). Questa previsione crea le basi di un autogoverno dei pubblici ministeri, visto che la maggioranza dell'Alto Consiglio della Procura è composta da questi, che si eleggono in seno alla propria associazione. Da questo punto di vista, la riforma ha un approccio totalmente diverso da quanto previsto dal sistema previgente, quando l'esercizio dell'azione penale dipendeva dal Procuratore Generale, vista la centralizzazione dell'organizzazione della Procura, come analizzato anche dalla Corte Suprema in Sezioni Unite (21).

Inoltre, sempre in funzione dell'esercizio dell'azione penale nei confronti dei soggetti contemplati all'articolo 135 della Costituzione – come modificato dalla riforma costituzionale del 2016 –, l'articolo 148/dh, stabilisce il ruolo e la composizione della Procura Speciale, nonché il controllo che deve essere operato su tali soggetti e sul Nucleo Speciale Investigativo e loro familiari, in modo che questi non abusino della loro indipendenza durante l'esercizio dell'azione penale (22).

Poiché la procura è stata decentralizzata come forma di organizzazione, i conflitti di competenza tra la Procura ordinaria e la Procura anticorruzione si risolvono con la decisione del Capo Procuratore della Procura Speciale, come modificato nel Codice di Procedura Penale albanese nel 2017. Così, l'articolo 89 del Codice di Procedura Penale prevede che la Procura Speciale anticorruzione e criminalità organizzata, in base alla sua valutazione, ha la precedenza per materia nei casi di conflitto con la Procura presso i tribunali ordinari.

Dopo la riforma costituzionale è nata la necessità di approvare diverse leggi a fini attuativi, che prevedessero una trasformazione della governabilità all'interno del potere giudiziario. L'obiettivo è quello d'impedire agli altri poteri dello Stato di porre in discussione l'indipendenza del potere giudiziario. Tuttavia, rendere indipendente il potere giudiziario in Albania probabilmente richiederà tempo, nonostante le nuove istituzioni di autogoverno della magistratura e della Procura avessero individuato tale tempo in otto mesi dall'entrata in vigore della riforma.

Tra le leggi nuove vi è anche la legge organica che regola il funzionamento della Struttura Speciale anticorruzione e criminalità organizzata. La Struttura Speciale comprende la Procura Speciale e il Nucleo Speciale Investigativo (23), nonché la polizia giudiziaria, ricadenti sotto l'abbreviazione SPAK, come previsto dalla stessa legge. La legge che prevede la regolarizzazione della nuova struttura anticorruzione è la n. 95/2016 sull'organizzazione e sul funzionamento delle istituzioni contro la corruzione e la criminalità organizzata (24).

L'implementazione di questa legge ha richiesto molto tempo per dare forza all'azione penale e far sì che il nucleo della riforma costituzionale – sia concesso esprimersi metaforicamente in tal senso – “disinfestasse” lo stato albanese dalla corruzione. L'indipendenza della polizia giudiziaria – dotata di un suo Direttore, il cui processo di nomina è stato alquanto lungo, giacché si è passati attraverso la verifica dell'integrità personale tramite la macchina della verità e dei corsi di addestramento svolti negli Stati Uniti e in Italia, presso la Procura Antimafia Italiana – dipenderà solo dalla Procura Speciale.

Tuttavia, ad oggi dalla riforma costituzionale del sistema giudiziario albanese non ne sono derivati risultati concreti, atti a sradicare il cosiddetto “principio d'impunità” delle persone che coprono rilevanti cariche costituzionali, oltre le altre previste per legge. Nonostante le aspettative, ad oltre cinque anni dalla riforma probabilmente è ancora presto per fare un'analisi completa, dato che ci si trova all'inizio della sua implementazione. Comunque sia, non è troppo sottolineare una frase che fa parte del pluralismo politico in Albania ed è ciò che riguarda la non implementazione della legge, che sembra sia il più grande problema del funzionamento dello Stato di diritto in Albania.

4. Conclusioni

Tramite questo studio, si è analizzato il concetto d'impunità dei soggetti che rivestono ruoli importanti nelle istituzioni costituzionali e in quelle previste per legge in Albania. In buona sostanza, per combattere la corruzione in Albania e per cambiare la percezione della società verso quelli che la governano, si è reso necessario processare alti funzionari dello Stato soprattutto politici. La Costituzione albanese del 1998 aveva previsto un unico grado di giudizio per i reati delle alte cariche dello Stato. La composizione della Corte Suprema albanese determinata dall'intervento della volontà politica con il passare degli

anni aveva fatto perdere la sua indipendenza nei confronti degli altri poteri dello Stato. Per quanto riguarda la giurisdizione di prima istanza della Corte Suprema, si conclude che era diventata un “ostaggio” del potere politico, che aveva un ruolo significativo nella sua formazione.

Risulta dallo studio che, nonostante la Corte Suprema avesse svolto diversi procedimenti giudiziari di natura penale di prima istanza, la maggior parte dei reati che venivano contestati ai soggetti di elevato ruolo politico era su querela di parte e non il risultato dell’esercizio *ex officio* dell’azione penale dell’ufficio della Procura Generale per reati di corruzione. Dunque, il ruolo della Procura Generale a iniziare d’ufficio procedimenti penali per questi soggetti, cioè per reati più gravi, era pressoché inesistente. La maggior parte delle sentenze della Corte Suprema nei giudizi di prima istanza erano sentenze di proscioglimento oppure di condanna con la pena pecuniaria, senza intervenire – neppure lontanamente – sulla percezione popolare del fenomeno corruttivo, che sembra “fiorire” ad alti livelli governativi.

Si conclude, inoltre, che la creazione di un Tribunale Speciale contro la corruzione e la criminalità organizzata – che deve giudicare i politici corrotti – può dare speranza a battere il cosiddetto “principio d’impunità”, creato durante gli anni del pluralismo politico in Albania. Ovviamente, questa previsione costituzionale – che conferisce ad un Tribunale Speciale contro la corruzione e la criminalità organizzata la competenza per materia dei reati commessi da soggetti importanti e dotati di immunità costituzionale e politica – prende atto dell’inefficienza della Corte Suprema per i giudizi di prima istanza. Per il funzionamento dello Stato è necessario che i suoi poteri siano bilanciati, al fine di rendere vivo il principio costituzionale della separazione dei poteri e, quindi, rendere la legge uguale per tutti. Inoltre, questa previsione costituzionale prevede la realizzazione del diritto del doppio grado di giudizio anche per le alte cariche dello Stato, che verranno processate laddove nei loro confronti venga imputato un qualunque reato dal Tribunale Speciale contro la corruzione e criminalità organizzata, con la possibilità di fare appello al Tribunale Speciale d’Appello e ricorso alla Corte Suprema, come previsto dalla legge. Per ultimo, si conclude che, come in ogni riforma in Albania, a maggior ragione per questa – che vuole riconfermare la forza dello Stato di diritto –, il divario dall’approvazione all’implementazione è come un “grande mare”. Tuttavia, spetta al tempo dimostrare che le nuove istituzioni, istituite dalla riforma costituzionale del sistema giudiziario albanese 2016, possano battere una volta per sempre il cosiddetto “principio d’impunità” in Albania e riuscire a implementare il principe cardine della giustizia, cioè quello per cui la legge è uguale per tutti.

References

- (1) Legge n. 84/2016, “Sulla rivalutazione transitoria di giudici e pubblici ministeri nella Repubblica d’Albania”.
- (2) Commissione speciale parlamentare per la riforma del sistema di giustizia, Gruppo di esperti di alto livello, *Analisi del sistema giudiziario in Albania*, Giugno 2015, disponibile al link http://www.reformanedrejttesi.al/sites/default/files/dokumenti_shqip_0.pdf, p. 10 ss.
- (3) I. TAFANI, *Constitutional Reform of the Justice System in Albania* “Condicio sine qua non” for Country’s Integration into the European Union, 4th International Conference, “Problems and Challenges of the transformation of the Albanian Society Towards the Standards of the European Union”, organizzato dall’ Albanian University, 22 dicembre 2017, Tirana, Albania.

- (4) Legge n. 137/2015 “*Su alcune modifiche ed integrazioni alla Legge n. 8417, Data 21.10.1998, Costituzione della Repubblica d’Albania*” e successive modifiche.
- (5) Legge n. 138/2015 “*Sulla garanzia dell’integrità delle persone elette, nominate o esercitanti funzioni pubbliche*”.
- (6) Decisione n. 17/2016 del Parlamento albanese per la determinazione delle modalità di attuazione dei divieti previsti dalla Legge n. 138/2015 “*Sulla garanzia dell’integrità delle persone elette, nominate o esercitanti funzioni pubbliche*”.
- (7) E. CUKANI, *A mali estremi, estremi rimedi: maladministration e misure anti-corruzione in Albania*, in *DPCE Online*, [S.l.], Vol. 38, No. 1, 2019, disponibile al link <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/669>, p. 324.
- (8) Legge n. 84/2016, cit. V. S. HASANI, *L’Albania al bivio di un compromesso: la riforma della giustizia albanese e l’apertura dei negoziati con l’Unione europea*, in *AIC-Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 3, 2020.
- (9) Legge n. 8417, del 21 ottobre 1998, “*Costituzione della Repubblica d’Albania*”, e successive modifiche agli articoli: 43, 141, 147, 148/dh e 149. L’articolo 141: “1. La Corte Suprema ha giurisdizione primaria e di cassazione. Essa ha giurisdizione primaria quando giudica le accuse penali contro il Presidente della Repubblica, contro il Presidente e i componenti del Consiglio dei Ministri, i deputati, i giudici della Corte Suprema e contro i giudici della Corte costituzionale. 2. Per l’uniformità o per la modifica della giurisprudenza, la Corte Suprema ha diritto di richiamare ad esaminare a sezioni unite determinate questioni”.
- (10) Legge n. 8417, del 21.10.1998, “*Costituzione della Repubblica d’Albania*”, l’articolo 43 “Ognuno ha diritto di ricorrere in appello con una sentenza a una corte superiore tranne nei casi previsti dalla Costituzione”.
- (11) S. BENVENUTI, *La riforma del sistema giudiziario albanese riflessioni su Corte Suprema e consiglio di giustizia in ottica comparata*, in *Nomos: Le attualità nel diritto*, Fasc. 2, 2015, p. 3.
- (12) Legge n. 8737 del 12 febbraio 2001 “*Sull’organizzazione e il funzionamento della Procura nella Repubblica d’Albania*” e successive modifiche.
- (13) Legge n. 23/2012 “*Su alcune integrazioni e modifiche alla legge n. 7895*”, del 27.1.1995, *Codice Penale della Repubblica d’Albania*”, e successive modifiche.
- (14) Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, come modificata dai Protocolli nn. 11, 14 e 15, Protocolli nn. 1, 4, 6, 7, 12, 13 e 16. L’art. 2 del Protocollo n. 7 sancisce “1. Ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore. L’esercizio di tale diritto, ivi compresi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge. 2. Tale diritto può essere oggetto di eccezioni per reati minori, quali sono definiti dalla legge, o quando l’interessato è stato giudicato in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o è stato dichiarato colpevole e condannato a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento”.
- (15) Corte costituzionale albanese, sentenza del 05 luglio 2005, n. 14. In questa sentenza, la Corte Costituzionale chiarisce la posizione di questo diritto costituzionale in comparazione con la previsione della CEDU.
- (16) A. VORPSI, A. ANASTASI, G. IBRAHIMI, S. BERBERI, S. SADUSHI (eds.), *Komentar. Mbi reformën kushtetuese në sistemin e drejtësisë* (2016), Tiranë, 2019, pp. 203-204.
- (17) Legge n. 76/2016, del 22 luglio 2016, “*Per alcune integrazioni e modifiche alla legge n. 8417, del 21.10.1998, Costituzione della Repubblica d’Albania*”, e successive modifiche. Il comma 2 dell’articolo 13 ridisegna in modo radicale l’articolo 135 della Costituzione albanese con la formulazione “(...)2. I tribunali speciali giudicano i reati di corruzione e criminalità organizzata, nonché i reati contro il Presidente della Repubblica, del Presidente dell’Assemblea, del Presidente del Consiglio dei ministri, del membro del Consiglio dei ministri, del giudice della Corte costituzionale e della Suprema Corte, del Procuratore Generale, del l’Alto Ispettore di Giustizia, del Sindaco, del parlamentare, del vice Ministro, del membro dell’Alto Consiglio Giudiziario e dell’Alto Consiglio della Procura, e dei Capi delle istituzioni centrali o indipendenti come definite dalla Costituzione o dalla legge, nonché le accuse contro gli ex funzionari, predetti”.
- (18) Legge n. 8417, del 21 ottobre 1998, cit. L’articolo 147 commi 1 e 2 della Costituzione albanese “1. L’Alto Consiglio della Magistratura garantisce l’indipendenza, la responsabilità e l’andamento della magistratura nella Repubblica d’Albania. 2. L’Alto Consiglio della Magistratura è composto da 11 membri,

sei dei quali sono eletti da giudici di tutti i gradi della magistratura e cinque membri sono eletti dall'Assemblea Parlamentare, tra i giuristi non giudici”.

(19) Legge n.7905, del 21 marzo 1995 “*Codice di Procedura Penale della Repubblica d'Albania*”, come modificato dalla legge n. 35/2017, del 30 marzo 2017.

(20) Legge n. 8417, del 21 ottobre 1998, cit.

(21) Corte Suprema, Sezioni Unite, sentenza del 14 ottobre 2002, n.4 “*Funzioni del Pubblico Ministero*”.

(22) Legge n. 8417, del 21 ottobre 1998, cit. L’articolo 148/dh inserito nella Costituzione albanese dopo la riforma del 2016 “1. La Procura speciale svolge l'azione penale e rappresenta l'accusa davanti ai tribunali speciali previsti dall'articolo 135, comma 2, della Costituzione, nonché davanti alla Corte Suprema. 2. La Procura Speciale è composta da almeno 10 pubblici ministeri, nominati dal Consiglio Superiore della Procura per 9 anni, senza diritto di riconferma. La legge stabilisce altri criteri per la selezione nonché per la procedura di nomina trasparente e pubblica. 3. Il Capo della Procura speciale è eletto tra i procuratori di questa Procura a maggioranza dei membri dell'Alto Consiglio della Procura, per 3 anni, senza diritto di rielezione, a norma di legge. 4. Il Procuratore della Procura Speciale è destituito per aver commesso un reato o per aver commesso una grave violazione disciplinare con due terzi dei membri del Consiglio Superiore della Procura. 5. Il candidato alla carica di pubblico ministero, funzionario incaricato delle indagini, personale amministrativo della Procura speciale, Nucleo speciale investigativo, nonché i suoi stretti familiari, prima della nomina, si sottopongono a verifica patrimoniale e di immagine, prestano il consenso al controllo periodico dei propri conti bancari e delle telecomunicazioni personali, per legge”.

(23) Il Nucleo Speciale Investigativo è la polizia giudiziaria di questa struttura, sulla scia del modello statunitense. Si chiama in albanese (*Byroja Kombëtare Hetimit*) per rendere assomigliante il suo nome con il FBI americano.

(24) Legge n. 95/2016 “*Sull'organizzazione e sul funzionamento delle istituzioni contro la corruzione e la criminalità organizzata*”.

MIGRANTI E MIGRAZIONI NEL RINNOVATO PARTENARIATO EURO-MEDITERRANEO: UNA NUOVA ROTTA PER L'UE?

Alessandro Tomaselli*

* University of Enna "Kore" (Italy)
(aletomaselli1@gmail.com)

Abstract

On the occasion of the 25th anniversary of the signing of the Barcelona Declaration, the European Union is preparing to conclude a renewed partnership with the countries of the southern shore of the Mediterranean Sea and which is made up of five key points: human development, good governance and the rule of law: renew the common commitment to democracy, the rule of law, human rights and responsible governance; resilience, prosperity and digital transition: supporting resilient, inclusive and connected economies that create opportunities for all, especially women and young people; peace and security: providing support to countries to address security challenges and find solutions to ongoing conflicts; migration and mobility: jointly address the challenges of forced displacement and irregular migration and facilitate safe and legal pathways for migration and mobility; green transition: climate resilience, energy and the environment. climate resilience, energy and the environment. Protecting the region's natural resources and generating green growth by exploiting the potential of a low-carbon future. Although this initiative is to be appreciated for the many initiatives it envisages and above all for the consideration of the human being as a priority with respect to the achievement of economic objectives, it will have to be concretely verified if the objectives set can be achieved considering the many difficulties that have always characterized the territories of the North African and Middle Eastern countries involved in this initiative, especially in relation to the problem of migration and the protection of human rights. What are the strengths and real chances of success of this initiative?

Keywords: *Barcelona Process, European Union, Human Rights, Migrants, Renewed Partnership.*

EMIGRANTËT DHE EMIGRACIONET NË PARTNERETIN E PËRTËRIRË EURO-MESDHETAR: NJË DREJTIM I RE PËR BE-NË?

Alessandro Tomaselli*

* Universiteti Enna “Kore” (Itali) (aletomaselli1@gmail.com)

Abstrakt

Me rastin e 25 vjetorit të nënshkrimit të Deklaratës së Barcelonës, Bashkimi evropian po përgatitet të përfundojë një partneritet të rinovuar me vendet e bregut jugor të Detit Mesdhe, i cili përbëhet nga pesë pika kyçe: zhvillimi njerëzor, qeverisja e mirë dhe sundimi i shtetit të së drejtës, të drejtat e njeriut: rinovimi i përkushtimit të përbashkët për demokracinë, shtetin e së drejtës, të drejtat e njeriut dhe qeverisjen e përgjegjshme; elasticiteti, prosperiteti dhe tranzicioni digjital: mbështetja e ekonomive elastike, gjithëpërfshirëse dhe të lidhura që krijojnë mundësi për të gjithë, veçanërisht gratë dhe të rinjtë; paqja dhe siguria: ofrimi i mbështetjes për vendet për të adresuar sfidat e sigurisë dhe për të gjetur zgjidhje për konfliktet e vazhdueshme; migrimi dhe lëvizshmëria: adresojnë së bashku sfidat e zhvendosjes së detyruar dhe migrimit të parregullt dhe lehtësojnë rrugë të sigurta dhe ligjore për migrimin dhe lëvizshmërinë; tranzicioni i gjelbër: elasticiteti i klimës, energjia dhe mjedisi. elasticiteti klimatik, energjia dhe mjedisi. Mbrojtja e burimeve natyrore të rajonit dhe gjenerimi i rritjes së sipërfaqeve të gjelbra duke shfrytëzuar potencialin e një të ardhmeje me mbetje karboni të reduktuara. Ndonëse kjo nismë është për t'u vlerësuar për iniciativat e shumta që parashikon dhe mbi të gjitha për marrjen në konsideratë të qenies njerëzore si prioritet në realizimin e objektivave ekonomike, do të duhet të verifikohet konkretisht nëse objektivat e vendosura mund të arrihen duke marrë parasysh vështirësitë e shumta që kanë karakterizuar gjithmonë territoret e vendeve të Afrikës Veriore dhe të Lindjes së Mesme të përfshira në këtë nismë, veçanërisht në lidhje me problemin e migracionit dhe mbrojtjen e të drejtave të njeriut. Cilat janë pikat e forta dhe mundësitë reale të suksesit të kësaj nisme?

Fjalë kyçe: *Procesi i Barcelonës, Bashkimi evropian, të drejtat e njeriut, migrantët, partneritet i përtërirë.*

1. Premessa

Il 9 febbraio 2021 la Commissione europea e l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza Josep Borrell hanno approvato una Comunicazione congiunta che propone un'ambiziosa ed innovativa Agenda per il Mediterraneo

riguardante, in particolare, il Rinnovato Partenariato con il vicinato meridionale ed articolantesi in cinque punti:

- Sviluppo umano, buongoverno e Stato di diritto: rinnovare l'impegno comune a favore della democrazia, dello Stato di diritto, dei diritti umani e della *governance* responsabile.
- Resilienza, prosperità e transizione digitale: sostenere economie resilienti, inclusive e connesse che creino opportunità per tutti, specialmente per le donne e per i giovani.
- Pace e sicurezza: fornire sostegno ai paesi per affrontare le sfide in materia di sicurezza e trovare soluzioni ai conflitti in corso.
- Migrazione e mobilità: affrontare insieme le sfide degli sfollamenti forzati e della migrazione irregolare e agevolare percorsi legali e sicuri per la migrazione e la mobilità.
- Transizione verde: resilienza climatica, energia e ambiente. Proteggere le risorse naturali della regione e generare crescita verde sfruttando le potenzialità di un futuro a basse emissioni di carbonio (1).

Tale iniziativa (compendiata da un corposo piano d'investimenti a sua volta da ricondurre al nuovo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale dell'UE (NDICI) (2)), sembra il caso si premetterlo, si inserisce all'interno di una prospettiva di rilancio del c.d. processo di Barcellona che, come noto, ha conosciuto il proprio abbrivio nel 1995 in forza della sottoscrizione della relativa Dichiarazione da parte dell'allora Comunità Europea insieme a dodici Paesi della sponda sud del Mediterraneo (Algeria, Cipro, Egitto, Israele, Libia, Libano, Malta, Marocco, Autorità Palestinese, Siria, Turchia e Tunisia) ed in occasione della quale fu varato il Partenariato Euro-mediterraneo finalizzato alla creazione di uno spazio condiviso di pace e stabilità.

Ed a conferma del crescente interesse manifestato da parte delle Istituzioni europee nei confronti delle relazioni con i Paesi terzi ma prossimi ai confini dell'attuale UE, non può trascurarsi come, nel corso del tempo, le politiche di vicinato intraprese da quest'ultima si siano contraddistinte per particolare intraprendenza, non potendo conseguentemente ritenersi l'atto in oggetto un caso isolato: infatti, nel 2004 l'Unione europea, in conseguenza dell'allargamento dei propri confini ad est, dà vita alla Politica Europea di Vicinato (ENP, oggetto di successivo aggiornamento nel 2015) (3); ancora, il 2008 segna la nascita dell'Unione per il Mediterraneo, organizzazione intergovernativa di cui fanno parte i 27 Stati europei e 16 Paesi tra Nord Africa, Medio Oriente ed Europa sud-orientale (più la Libia come Paese osservatore) (4); successivamente, nel 2010 il Comitato Europeo delle Regioni insieme alle Associazioni Territoriali attive in questo contesto istituisce l'Assemblea Regionale e Locale Euro-Mediterranea (ARLEM (5)) per dare voce agli Enti Locali e Regionali (LRA), mentre nel settembre del 2020 la Commissione europea propone un nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo che contempla diversi elementi necessari per un approccio europeo globale alla migrazione, stabilisce procedure più rapide sul sistema di asilo e migrazione e afferma un equilibrio tra i principi di equa ripartizione della responsabilità e solidarietà (6).

2. La Nuova Agenda per il Mediterraneo come inizio di un umanesimo europeo?

Il documento in esame è certamente da accogliere con cauto ottimismo, e ciò a dispetto delle perplessità derivanti dalle implicazioni non strettamente giuridico-normative che

usualmente caratterizzano la gran parte delle iniziative intraprese dalle Istituzioni facenti capo a Bruxelles e contenute all'interno della variegata produzione (simil) normativa atipica europea: a tal ultimo proposito, in particolare, pare piuttosto evidente nel corso del tempo l'abuso da parte dell'ordinamento UE di atti non espressamente riconducibili ad alcuna disposizione del Trattato di Lisbona, e che, se capaci, da un lato, di facilitare il dialogo tra le proprie diverse componenti, nonché l'espressione della relativa volontà d'intenti proprio in quanto scevri da farraginosi iter procedimentali di sorta, dall'altro, si risolvono il più delle volte in sterili petizioni di principio o nella predisposizione di piani d'azione privi di relativi strumenti d'attuazione, in concreto funzionali più al perseguimento di obiettivi di natura politica che al soddisfacimento di effettive esigenze regolatrici.

Segnatamente, la Comunicazione *de quo* sembra, innanzitutto, ispirata ad una *ratio* intrisa di rinnovato pragmatismo (e ciò non solo in forza dell'accennato piano d'investimento accluso) laddove individua precisi ambiti d'intervento non semplicemente in piena armonia con le concrete esigenze che anche la ripresa post-pandemia richiede, ma anche in virtù di una sostanziale interdipendenza tra gli stessi e che pare conferire all'atto in questione un non indifferente grado di omogeneità e coerenza: a ben ragionare, sembra piuttosto evidente, infatti, come il soddisfacimento dei cinque punti contenuti al suo interno acquisisca una valenza unitaria, potendo dunque considerare i medesimi legati da un invisibile quanto sostanziale *fil rouge*.

In altri termini, appare piuttosto evidente, ad esempio, come il miglioramento della qualità della vita dei singoli all'interno dei Paesi extra UE membri del Partenariato in esame attraverso interventi di carattere non semplicemente economico, ma che vieppiù importino epocali investimenti di natura socio-giuridica avuto specifico riguardo alla riscoperta di modelli di buon governo di matrice democratica, alla lotta alla corruzione e alla valorizzazione dello Stato di diritto e alla conseguente rinnovata considerazione e tutela dei diritti dell'uomo, in particolare a favore della condizione femminile, non possano in concreto prescindere dall'individuazione di soluzioni condivise in riferimento ai conflitti che, a tutt'oggi, dilanano il tessuto umano, sociale ed economico dei territori *de quo*: piuttosto esplicita la lettera del documento in esame al riguardo laddove, sulla premessa in forza della quale "Il rispetto dei diritti umani, compresi i diritti sociali e del lavoro, l'uguaglianza di genere e i diritti dei minori, alimenta la fiducia dei cittadini. Lo Stato di diritto e istituzioni forti che tutelino i diritti e combattano le disuguaglianze favoriscono lo sviluppo umano ed economico contribuendo alla sicurezza e alla prevedibilità del contesto in cui operano le imprese, aiutano ad attrarre investimenti esteri diretti, aumentano la resilienza economica e combattono la povertà e le disuguaglianze. Sostengono ulteriormente questo impegno la *governance* democratica e i sistemi di uno Stato reattivo, istituzioni responsabili e la lotta contro la corruzione. La lotta contro le manifestazioni di intolleranza, razzismo, omofobia, antisemitismo, odio anti-islamico e altre forme di xenofobia devono rimanere, insieme alla tutela delle minoranze, una priorità condivisa in tutta la regione. Un'attenzione speciale sarà dedicata alla promozione del ruolo delle donne nella società e nell'economia", aggiunge poi che "Nella regione del Mediterraneo il protrarsi dei conflitti costituisce un importante ostacolo alla stabilità politica e allo sviluppo sostenibile. Le iniziative congiunte per prevenire e risolvere i conflitti, promuovere la cooperazione in materia di sicurezza, attenuare le conseguenze dei conflitti e affrontarne le cause profonde sono priorità fondamentali per tutelare le persone e permettere loro di prosperare".

Parimenti, è indubbio che la conversione, sebbene graduale, dei modelli economici in essere all'interno di questi ultimi sulla base dei differenti paradigmi della resilienza, nonché della transizione digitale e, quindi, realmente in grado di prevedere insperate opportunità di lavoro e di vita per donne e giovani, possa rappresentare uno degli elementi decisivi al fine di scoraggiare la migrazione verso condizioni d'esistenza migliori, soprattutto se accompagnata dalla contestuale trasmigrazione verso autentici modelli di resilienza climatica per il tramite della tutela dell'ambiente e, dunque, in grado di generare crescita "verde" a basse emissioni di carbonio (in particolare in forza dell'esportazione delle peculiarità tipiche del *Green Deal* europeo): "Il vicinato meridionale è uno dei principali punti di crisi nel mondo per quanto riguarda i cambiamenti climatici e il degrado ambientale. Allo stesso tempo la regione mediterranea ospita alcune delle migliori risorse solari ed eoliche del mondo, il che offre possibilità ineguagliate di cooperazione in materia di energia pulita, con la produzione di idrogeno come nuova priorità strategica. La piena attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, l'accordo di Parigi e gli obiettivi di biodiversità concordati a livello internazionale saranno cruciali per attrezzare meglio la regione per far fronte a futuri shock sistemici. Il *Green Deal* europeo rappresenta un'occasione unica di cooperazione sulle priorità strategiche. Rafforzare globalmente l'ambiente, l'energia e la resilienza ai cambiamenti climatici può contribuire ad attenuare i rischi che pesano sulle vite umane e sui mezzi di sussistenza e promuovere lo sviluppo sostenibile, la creazione di posti di lavoro e la transizione verso settori ad alto valore".

E che tutto ciò possa porsi, in ultima analisi, come elemento sostanzialmente decisivo anche e soprattutto avuto riguardo al drammatico fenomeno della migrazione irregolare, autentica emergenza che per tal fatta conoscerebbe insperati strumenti atti a sensibilmente mitigarne portata e tragiche ricadute, appare quantomeno lapalissiano.

Di quanto accennato sembra avere (finalmente) preso piena coscienza l'apparato istituzionale europeo laddove, nel soffermarsi sull'ineluttabilità di un'azione sinergica tra UE e Paesi parti del Partenariato in oggetto, all'interno della richiamata Comunicazione espressamente rimarca come "La regione del Mediterraneo meridionale si trova di fronte a sfide socioeconomiche, climatiche, ambientali, di *governance* e di sicurezza, molte delle quali derivano da tendenze globali e richiedono un'azione congiunta da parte dell'UE e dei partner del vicinato meridionale. Il protrarsi dei conflitti continua a infliggere terribili sofferenze umane, provocando ingenti sfollamenti forzati, gravando pesantemente sulle prospettive economiche e sociali di intere società, specialmente per i paesi che ospitano un folto numero di profughi, e intensificando la competizione geopolitica e le ingerenze esterne. Troppe persone rischiano la vita tentando di entrare nell'UE in modo irregolare, alimentando un'industria del traffico di migranti che è spietata, criminale e destabilizzante per le comunità locali. Le minacce del terrorismo, della criminalità organizzata e della corruzione continuano ad alimentare l'instabilità e a soffocare la prosperità. Nel vicinato meridionale la crescita economica non tiene il passo con la crescita demografica. Il livello di integrazione economica regionale dell'area è uno dei più bassi del mondo. L'uso non sostenibile delle risorse naturali e i cambiamenti climatici mettono in pericolo l'accesso all'acqua, al cibo e all'energia, accelerano la desertificazione e la perdita di biodiversità, minacciano vite umane e mezzi di sussistenza. Persistono forti disuguaglianze economiche e di genere, e i governi fanno fatica a soddisfare le aspirazioni dei giovani d'oggi. L'urgenza di affrontare queste sfide è acuita dalla pandemia di COVID-19, che ha messo chiaramente in luce le vulnerabilità condivise e la reciproca interdipendenza. La

nuova agenda per il Mediterraneo integra nuove aree e forme di cooperazione che si sono profilate durante la crisi. Offre possibilità di nuovi partenariati sulle priorità strategiche della transizione verde e digitale e si basa sulla convinzione che la prosperità sostenibile e la resilienza possano essere costruite solo nell'ambito di un solido partenariato esteso a tutto il Mediterraneo. Il partenariato si baserà su valori comuni e sul dialogo, e sui progressi nell'agenda socioeconomica e politica condivisa, ivi comprese le riforme in settori quali la *governance* e lo Stato di diritto, la stabilità macroeconomica e il contesto in cui operano le imprese. La nuova agenda mira a una ripresa verde, digitale, resiliente e giusta, ispirata all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, all'accordo di Parigi e al *Green Deal* europeo”.

Tuttavia, a parere di chi scrive, il primo reale elemento innovativo, *rectius* perfino rivoluzionario, di cui il documento in esame è latore, così ponendosi alla stregua di autentica pietra miliare all'interno dei percorsi politici e normativi caratterizzanti l'ordinamento UE, appare senz'altro rappresentato da un insperato quanto plaudito recupero di una posizione di centralità dell'individuo, a quanto pare alfine degno di emanciparsi, nella rigenerata sensibilità del legislatore di Bruxelles, dall'asettica condizione di mera funzione di mercato cui è da sempre sostanzialmente stato relegato all'interno delle logiche ordinamentali del Vecchio Continente e dunque adesso meritevole di essere ammantato da ben altro, e certamente più aureo, pregio; con ciò, sia chiaro, non negando, certamente, la rilevanza, per quanto qui secondaria, attribuita alle implicazioni e alle finalità economiche ad ispirazione della stipula del Partenariato in questione, da un verso, né le riserve e le perplessità (v. oltre) comunque al medesimo attribuibili, d'altro canto.

Non si coltivi, cioè, l'illusione in merito ad un'improvvisa folgorazione sulla via per Damasco capace di abbagliare menti e cuori dei burocrati di Bruxelles, ed in grado, in quanto tale, di finalmente sviscerare dalle profondità delle più recondite *rationes* euro-unitarie le astratte velleità di matrice solidale ed umanistica ispiranti gli aneliti federalistici dei padri fondatori di un'Europa delle genti davvero unica e unita, e per troppo tempo relegati al modesto ruolo di meri adorni lessicali intrisi di vuota retorica all'interno dei preamboli dei Trattati: il progetto d'integrazione europeo nasce e si sviluppa con finalità essenzialmente, e molto più concretamente, mercantilistiche, e, dunque, una considerazione dell'operato delle istituzioni europee lontana da considerazioni di *realpolitik* di tal fatta, e che tutt'ora intesse ed ispira il coacervo di relazioni interne ed esterne all'UE, sarebbe del tutto improponibile.

Ciò su cui in tale sede si vuole porre l'attenzione riguarda la parallela (e tanto agognata) riscoperta dell'essere umano in sé considerato, senza che però questo importi l'abbandono di posizioni realistiche comunque dettate dalla primaria esigenza di non smarrire caratteri ed obiettivi di altra natura nell'operato del legislatore europeo.

Anche in questo caso, piuttosto esplicita la lettera del documento in esame che soccorre ad avallo di quanto testé sostenuto, così ponendosi in termini di reale unicità all'interno del panorama politico-normativo europeo, e ciò in considerazione di una radicale rivisitazione dei propri tradizionali strumenti d'approccio: “la presente comunicazione congiunta propone una nuova, ambiziosa e innovativa agenda per il Mediterraneo, attingendo per la prima volta all'intera gamma di strumenti dell'UE e alle inedite opportunità della duplice transizione verde e digitale, per rilanciare la cooperazione e realizzare le potenzialità inesprese della regione che condividiamo. La prospettiva della ripresa dopo la pandemia di COVID-19 offre una rara occasione all'Europa e alla regione

mediterranea di impegnarsi per un'agenda comune e incentrata sulle persone e per le azioni necessarie alla sua attuazione”.

Naturalmente, e come peraltro già accennato, affinché tali elevati principi ed obiettivi conoscano piena effettività sarà necessario tramutare in azioni concrete gli ambiziosi propositi contenuti all'interno del documento *de quo*, al contrario concretamente rischiando che anche di esso si perda memoria, contribuendo a rimpinguare il novero delle iniziative UE sprofondate negli abissi dell'oblio della sterile produzione para-normativa europea priva di sostanziale effettività.

Al riguardo, un'iniziativa che rappresenterebbe una prima concretizzazione di quanto appena propugnato potrebbe individuarsi nella promulgazione di una Carta Mediterranea dei Diritti Umani che l'UE dovrebbe sottoscrivere con i Paesi membri del Partenariato *de quo*, ed altresì aperta all'adesione di altri Stati extra europei gravitanti nell'area che ci riguarda a suggello del compito di promozione e sviluppo che a livello globale l'Unione Europea si è, almeno astrattamente, intestato.

Com'è intuitivo, qualora un Atto del genere dovesse realmente vedere la luce, sarebbe innanzitutto necessario individuare in capo allo stesso peculiarità tali da renderlo giuridicamente vincolante nei confronti delle parti aderenti, al fine di evitare che lo stesso acquisisca un significato meramente politico al pari, ad esempio, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 nata in seno all'ONU: è innegabile, a proposito, come la categoria dei diritti fondamentali dell'individuo costituisca ed abbia spesso costituito più uno strumento atto ad ammantare di prestigio e visibilità il soggetto statale o extra territoriale ad esso rifacendosi che un concreto mezzo di protezione del singolo.

E l'unica modalità, si ritiene, tramite la quale un'iniziativa del genere potrebbe conoscere effettivo riscontro pratico sarebbe rappresentata dalla previsione di un apparato giurisdizionale *ad hoc* e che, sulla falsariga di quanto la CEDU prevede in materia di giurisdizione e competenza della Corte di Strasburgo sia in caso di ricorso individuale che interstatale, eserciti le proprie funzioni di protezione delle prerogative del soggetto per il tramite di un apposito sistema sanzionatorio, ulteriore indefettibile garanzia anche in termini di deterrenza, e dunque di piena tutela contro chiunque si sia reso protagonista della specifica violazione.

Certamente, qualora un progetto del genere dovesse trovare effettivo compimento, potrebbe opporsi la teorica estrema problematicità in termini di coordinamento con i sistemi giudiziari già esistenti al riguardo in ambito macro regionale, e cioè la richiamata Corte di Strasburgo, da un lato, nonché e soprattutto la Corte Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli (competente sulla corretta interpretazione e dunque applicazione della relativa Carta) non foss'altro per la propria astratta competenza territoriale anche in riferimento agli Stati nordafricani membri del Partenariato in esame, dall'altro.

Tali eventuali obiezioni, tuttavia, sarebbero facilmente superabili sol se si consideri, intanto, che la giurisdizione degli interpreti di Strasburgo non possiede una generale valenza extraterritoriale, mentre, d'altro canto, il prezioso strumento del ricorso individuale non potrebbe adirsi di fronte alla Corte Africana se non a condizione di espressa accettazione del singolo Stato in tal senso; ed atteso che ad oggi le uniche 7 compagini statali (Burkina Faso, Ghana, Malawi, Mali, Tanzania, Ruanda e Costa d'Avorio) sulle 53 aderenti alla Carta Africana dei diritti fondamentali che hanno manifestato una volontà in questa direzione non sono parti del documento oggetto delle presenti riflessioni, la questione appare in realtà priva di effettiva sostanza.

D'altro canto, una svolta sì significativa avuto primario riguardo alla protezione del singolo, per quanto da accogliersi con rinnovato entusiasmo e speranzosa fiducia in una reale inversione di tendenza anche per il futuro dell'azione del legislatore europeo, non dovrebbe in astratto sorprendere più di tanto in considerazione del ruolo di assoluta pregnanza che l'UE ricopre proprio in riferimento alla tutela dei diritti umani, dovendo semmai ritenersi lacunosa in tal ultimo senso la maggioranza della precedente normativa facente capo al Vecchio continente: segnatamente, considerato che l'UE si è, innanzitutto, dotata di una Carta dei Diritti fondamentali già a far data dal 2000, vieppiù sancendo in forza del Trattato di Lisbona l'ingresso all'interno del sistema CEDU, e dunque individuata in seno all'Unione Europea una *mission* contraddistinta dall'assoluta (almeno sulla carta) dedizione alla riscoperta della persona, un documento quale quello in oggetto altro non dovrebbe rappresentare se non un'ulteriore conferma nella direzione anzidetta, e non, al contrario, un inaspettato momento di ridefinizione del *focus* dell'azione dell'UE finalmente del tutto in linea con quanto sancito dal contenuto dei Trattati internazionali cui l'UE aderisce (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali) o di Atti promulgati dalla stessa e aventi oggetto la garanzia delle prerogative essenziali del soggetto (Carta di Nizza).

In altri termini, attraverso la promulgazione di documenti quali il Partenariato in esame l'UE pone di fatto fine al perverso paradosso in cui ha stagnato per lungo tempo, e cioè paladina dei diritti fondamentali, al contempo principalmente orientata al perseguimento di fini ed interessi di natura economica; e se può tollerarsi, come accennato, che all'interno dell'ordinamento europeo convivano due anime tra loro ontologicamente contrapposte, inevitabilmente ponendo così quest'ultimo alla stregua di novello giano bifronte dai nebulosi contorni, ciò dovrebbe avvenire però sul presupposto di una chiara definizione di ruoli e priorità di matrice gerarchica: la vocazione mercantilistica, cioè, non dovrebbe giammai scavalcare, a volte perfino soverchiandola, quella improntata all'esaltazione e alla tutela dell'individuo.

La storia più recente ci insegna, però, che all'interno dei nostri confini non sempre è stato così. Tutt'altro. E ciò già con riferimento alla lettera dei Trattati, ove i tentativi di conciliare esigenze tra loro naturalmente contrastanti si sono il più delle volte risolti in inestricabili nodi gordiani.

Si prenda, ad esempio, l'art. 3, punto 3 del Trattato sull'Unione Europea ove, tra l'altro, espressamente si sancisce che l'UE “instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente”: come peraltro intuibile anche per i non addetti ai lavori, infatti, un sistema economico può alternativemente strutturarsi o sulla base di finalità essenzialmente sociali in ottica redistributiva almeno con riguardo a servizi essenziali, e dunque avulse ai principi tipici di un sistema liberal-capitalistico quali la massimizzazione dei profitti da perseguire all'interno di un contesto di libera concorrenza in quanto scevro da interventi esterni, oppure, al contrario, specificarsi in forza di tali ultimi fattori testé richiamati, non potendo dunque considerarsi affatto cumulabili i rispettivi elementi caratterizzanti.

Al di là di tutto, il recupero di posizioni principalmente garantiste nei confronti dell'essere umano in sé considerato da parte dell'apparato ordinamentale UE appare particolarmente significativo con riguardo a ciò che, nell'opinione di chi scrive, rappresenta altro punto

fondamentale dell'iniziativa in esame, specificamente all'interno della rinnovata prospettiva umanistica cui si è accennato, e cioè la questione dei migranti.

A ben riflettere, infatti, l'intero impianto della Nuova Agenda per il Mediterraneo che l'UE si appresta a varare appare in ultima analisi funzionale all'individuazione di nuove modalità nella gestione non solo delle migrazioni, ma, ancor prima, nella risoluzione o perlomeno nel contenimento delle annose ed irrisolte criticità che affliggono, nel caso specifico, le condizioni di vita degli abitanti dei territori nordafricani e mediorientali con affaccio sul mar Mediterraneo.

Pare, cioè, si sia davvero maturata a livello europeo piena consapevolezza della non più procrastinabile impellenza di una radicale ed autentica trasformazione delle condizioni di vita delle popolazioni dei Paesi membri del Partenariato, essendosi rivelate nei fatti del tutto inadeguate le misure adottate fino ad oggi e che hanno avuto come obiettivi solo (i tentativi) di regolare gli effetti dei flussi migratori, capaci di raggiungere in alcuni momenti dimensioni apocalittiche: iniziative, ad esempio, quali Frontex o l'intera normativa di Dublino, infatti, si occupavano e preoccupavano semplicemente del controllo delle rotte o di come (spesso peraltro goffamente) gestire e smistare i migranti una volta arrivati sulle nostre coste; parimenti, il contenuto degli accordi conclusi tra governi e/o autorità locali dei Paesi bagnati dal *mare nostrum* ha principalmente avuto come oggetto il contrasto alla criminalità organizzata che per mano di scafisti privi di scrupoli ha lucrato sulla vita di masse di disperati. Dunque, un approccio di natura emergenziale nei confronti delle conseguenze ma non certo delle cause alla base della fuga dai propri territori d'origine.

Adesso, i rinnovati paradigmi della solidarietà, della cooperazione e dell'intervento diretto (anche di natura economica) all'interno dei territori più disagiati e a cui sembra ispirato il nuovo corso della politica UE, potrebbero davvero rivelarsi decisivi nella gestione di una problematica allo stato del tutto fuori controllo (con gravissime ricadute anche in termini sanitari vista l'alta percentuale di soggetti risultati positivi al COVID-19 al momento dell'approdo sulle nostre coste): anche in questo caso, soccorre l'espresso contenuto del Partenariato in questione laddove si rimarca che "La migrazione è un fenomeno globale che richiede risposte comuni, solidarietà e condivisione delle responsabilità a livello globale. Nessun paese da solo può gestire efficacemente la migrazione né superare le sfide della migrazione irregolare. Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo dell'UE mira a un cambiamento di passo nell'interazione con i partner internazionali. È incentrato su partenariati globali, su misura, equilibrati e reciprocamente vantaggiosi. L'obiettivo finale è quello di garantire che la migrazione avvenga solo in modo sicuro e regolare, prevenendo viaggi pericolosi ed evitando la perdita di vite umane, combattendo il traffico di migranti e rafforzando la cooperazione sulla *governance* della migrazione, offrendo nel contempo protezione internazionale a coloro che ne hanno bisogno. I paesi dovrebbero essere messi in condizione di offrire un futuro sociale ed economico stabile e prevedibile foriero di possibilità reali, soprattutto per i loro giovani. L'UE lavorerà attivamente per affrontare le cause alla radice della migrazione irregolare e dello sfollamento forzato, attraverso la risoluzione dei conflitti e il superamento delle sfide socioeconomiche acuite dalla COVID-19 (...) I nostri partenariati rafforzati sulla migrazione comprendono tutti i diversi aspetti della migrazione e dell'asilo, tenendo conto degli interessi dell'UE e dei paesi partner. Allo stesso tempo questi saranno integrati nei diversi assi di cooperazione: politica, sicurezza ed economia. Ogni paese si confronta con situazioni specifiche proprie e ha possibilità proprie: non esiste una strategia

universalmente valida, servono soluzioni su misura. Quest'aspetto si riflette e continuerà a riflettersi nei partenariati globali dell'UE con ciascun singolo paese, in linea con il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo. La migrazione irregolare comporta delle sfide sia per la regione che per l'UE, anche perché rafforza l'influenza destabilizzante e il potere economico delle reti criminali. La soluzione risiede nell'affrontare insieme il problema del traffico di migranti. In questo senso l'UE e i paesi partner intensificheranno considerevolmente gli sforzi comuni per combattere il traffico e lottare contro le reti criminali che gestiscono il traffico di migranti e la tratta di esseri umani. Rafforzare la *governance* della migrazione e dell'asilo, compresa la capacità di gestione delle frontiere, costituisce uno degli elementi di fondo. L'UE è pronta a fornire sostegno in base alle esigenze dei partner”.

3. Considerazioni conclusive

L'ambizioso piano di rilancio dei territori che si trovano sulla sponda meridionale del mar Mediterraneo per il tramite di una rinnovata forma di collaborazione con l'Unione Europea, qualora nei fatti concretizzantesi nelle modalità indicate all'interno dello stesso, rappresenterebbe fuor di dubbio un'opportunità irripetibile di riqualificazione e recupero delle condizioni socio-economiche dei Paesi interessati, da un lato, e una possibile svolta da parte dell'ordinamento europeo in prospettiva di autentica riscoperta dell'essere umano in sé considerato, scevro dunque da caratterizzazioni di sorta, dall'altro.

E tutto ciò con inevitabili ricadute, per ciò che in tale sede ci interessa maggiormente, anche e soprattutto avuto riguardo al fenomeno migratorio, considerate le molteplici implicazioni che un progetto del genere, almeno in astratto, possiede: se davvero, infatti, dovessero trovare attuazione tutte le misure indicate ed auspiccate dal Partenariato *de quo*, potrebbe nei fatti considerarsi finalmente risolta ogni criticità relativa alla gestione delle masse di disperati che quotidianamente lasciano o tentano di lasciare con ogni mezzo i propri luoghi nati in cerca di un'esistenza migliore.

Proprio tale teorica potenzialità a rappresentarsi alla stregua di panacea per ogni male che affligge le popolazioni coinvolte da tale grandioso programma, paradossalmente rischia però di costituire un primo concreto *vulnus* attribuibile al documento in questione, attesa l'endemica complessità e radicalizzazione delle problematiche di varia natura che tradizionalmente affliggono i territori in oggetto e che forse necessiterebbero di interventi di maggiore settorialità e gradualità d'intervento, sul fondamento di una preventiva e più accurata analisi delle cause essenziali all'origine della molteplicità di deficit e ritardi presenti nelle regioni interessate (quindi, ben consci, tra l'altro, che la prospettiva temporale entro cui necessariamente porsi con riguardo alla realizzazione degli obiettivi preposti non potrebbe certamente focalizzarsi sul breve termine).

In altri termini, e senza comunque negare al documento in esame l'apprezzabile organicità della relativa disciplina, né, tantomeno, la più che lodevole impronta pragmatistica in una prospettiva primariamente concentrata sulla tutela del singolo, più di una perplessità trae origine dalla sensazione di un'eccessiva semplificazione cui sembra essere improntato il contenuto del Partenariato euro-mediterraneo soprattutto proprio avuto riguardo all'individuazione dei motivi ultimi e delle relative soluzioni in riferimento alla questione migratoria: sembra sostanzialmente sottostimata la complessità delle origini a fondamento della quotidiana diaspora cui assistiamo da troppo tempo.

E se è ammissibile che tutto ciò costituisca l'inevitabile contraltare di solito riconducibile ad un eccesso di realismo, è anche vero che, date le proporzioni della problematica in esame, le iniziative intraprese in tale ambito non possono prescindere da una sostanziale individuazione di un punto d'incontro tra esigenze d'indagine ed analisi, da un lato, e specificazione delle conseguenti concrete soluzioni, dall'altro.

La conversione, ad esempio, verso modelli economici ed ambientali sostenibili ed efficienti all'interno dei Paesi membri dell'accordo richiederà una mole d'investimenti senza precedenti e che richiederà lunghi tempi di realizzazione anche e primariamente per la risoluzione delle congenite difficoltà i territori in questione e riconducibili alle tradizionali condizioni climatiche avverse (siccità su tutte): rispetto a tutto questo, le "iniziative globali che promuovano un'energia climaticamente neutra, a basse emissioni di carbonio e rinnovabile, basandosi su elementi di fondo del Green Deal europeo, come la strategia per l'idrogeno" intraprese dalla Commissione d'accordo con le altre parti dell'atto in questione si troveranno necessariamente condizionate alla preventiva discussione delle suddette criticità.

Considerazioni di egual natura pare possano *a fortiori* addursi in riferimento alla transizione digitale nell'ottica della creazione di economie resilienti, connesse, inclusive e sostenibili al fine del miglioramento della qualità della vita delle popolazioni interessate, la maggioranza delle quali, tuttavia, non dispone ancora dei basilari strumenti culturali, economici e sociali capaci di rendere anche lontanamente attuabile tale altro lodevole proposito: soprattutto all'interno del continente africano, in particolare, il grado di analfabetizzazione di base (figurarsi digitale) è molto elevato, a poco dunque valendo, almeno per il momento, gli apprezzabili propositi in merito alla "trasformazione digitale innovativa incoraggiando la diffusione di piattaforme e politiche, tra cui la pubblica amministrazione elettronica, la sanità elettronica, il commercio elettronico, l'accesso digitale alla cultura e al patrimonio culturale, e le competenze digitali nell'istruzione, garantendo nel contempo un uso utentocentrico e etico delle tecnologie in linea con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"; parimenti, la preventiva creazione di un minimo tessuto imprenditoriale all'interno di territori ove non è rintracciabile sostanzialmente alcuna forma di attività economica o industriale (7) si ritiene imprescindibile e propedeutica alla realizzazione di economie inclusive che "favoriscano parità di opportunità e di risultati" e diano "priorità al dialogo sociale, alla protezione sociale e all'inclusione per colmare le disuguaglianze sociali e territoriali".

Anche la risoluzione dei conflitti che da anni interessano le regioni in questione non sembra di così facile attuazione, attese le radicalizzate forme di estremismo religioso che il più delle volte rappresentano la ragione ultima alla base degli stessi e che non si vede come possano nei fatti essere estirpate dall'azione congiunta tra UE e autorità governative locali, se non al costo di un investimento di carattere culturale su intere generazioni di soggetti dalle proporzioni sì mastodontiche da alimentare più di una perplessità in merito alle concrete possibilità di successo, e ciò nonostante l'Unione Europea si consideri "in una posizione unica per riunire le parti in conflitto, i partner internazionali e regionali e tutti i portatori di interessi, come gli attori dello sviluppo umanitario e della costruzione della pace, in un dialogo su questioni strategiche, per ridurre le tensioni e per contribuire a risolvere i conflitti".

Ultimo, ma non ultimo, il "rinnovato impegno a favore dello Stato di diritto, dei diritti umani e fondamentali, dell'uguaglianza, della democrazia e del buon governo quale fondamento per società stabili, eque, inclusive e prospere, nel rispetto della diversità e

della tolleranza”, costituisce, nell’opinione di chi scrive, forse il compito più arduo di cui l’atto in esame è latore, considerato, in particolare, la sostanziale assoluta radicale e tradizionale estraneità alle popolazioni nord africane e mediorientali di concetti quali i diritti (e non solo) umani, la democrazia e lo Stato di diritto: sperare davvero nell’esportazione di modelli di governo caratterizzati da tali accennate peculiarità, a ben ragionare, richiederebbe, anche qui, un approccio preventivo di matrice culturale intanto relativo alle popolazioni da educare ad istituti e principi ad esse del tutto estranei, e le cui sensibilità, convinzioni e conoscenze andrebbero sostanzialmente da essere stravolte in nome di una “occidentalizzazione” ben ardua da conseguire (ammesso che ciò accada) sull’immediato e che, in ultima analisi, necessiterebbe di uno stravolgimento di idee e valori tale da dare adito a più di un dubbio con riguardo alla sua riuscita. Insomma, più un’utopia che altro.

Al di là di tutto ed in conclusione, per quanto il Partenariato euro-mediterraneo appaia certamente apprezzabile nei propri intenti e, soprattutto, nelle proprie *rationes* ispiratrici, in prospettiva di concreta attuazione sembrerebbe, con ogni probabilità, richiedere alle proprie parti una maggiore attenzione sulle cause all’origine dei disagi che contraddistinguono i territori interessati: solo in tal modo, si ritiene, sarà concretamente possibile coniugarne con successo il conseguimento dei relativi astratti obiettivi.

References

- (1) Disponibile al link https://eeas.europa.eu/sites/default/files/joint_communication_renewed_partnership_southern_neighbourhood.pdf.
- (2) E che nel caso specifico prevede che per il periodo 2021-2027 vengano assegnati per l’attuazione dell’Agenda fino 7 miliardi di euro, importo che potrebbe mobilitare fino a 30 miliardi di euro di investimenti privati e pubblici nella regione nei prossimi dieci anni.
- (3) Esaustivo al riguardo quanto riportato al seguente link <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/170/politica-europea-di-vicinato>.
- (4) <https://ufmsecretariat.org>.
- (5) <https://cor.europa.eu/it/>.
- (6) https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum_it.
- (7) E ove le risorse economiche dei singoli governi spesso versano, oltretutto, in condizioni disastrose.

Young Researchers

ASSET RECOVERY: NUOVA ENFASI DA PARTE DELLE NAZIONI UNITE NELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE

Stefano Busillo*

***University of Salerno (Italy), Department of Legal Sciences (School of Law)**
(sbusillo@unisa.it)

Abstract:

The United Nations are long-term active in the fight against corruption, a phenomenon troubling developed and undeveloped nations alike. Quite recently, through GA Resolution no. 75/194, asset recovery eventually gained new momentum, with a series of recommendations towards the UN Member States. Hence, this article serves the double purpose to look into said Resolution in the first place, highlighting what's new and, on the contrary, what can be considered an inheritance from previous attempts addressing the matter; secondly, to discern whether and where the measures auspicated by the General Assembly are already in place, and in what degree of implementation. In particular, the article aims at laying emphasis on the many differences between the attitude of the involved countries and regional organizations.

Keywords: *Asset Recovery, Corruption, Transnational Crime, UNCAC, United Nations.*

ASSET RECOVERY: THEKSI I RI NGA KOMBET E BASHKUARA NË LUFTËN KUNDËR KORRUPSIONIT

Stefano Busillo*

*Universiteti i Salernos (Itali), Departamenti i Shkencave Ligjore (Shkolla e së Drejtës)
(sbusillo@unisa.it)

Abstrakt:

Kombet e Bashkuara janë prej kohësh aktive në luftën kundër korrupsionit, një fenomen që shqetëson si vendet e zhvilluara dhe ato në zhvillim. Së fundmi, nëpërmjet Rezolutës GA nr.75/194, rikuperimi i aseteve ka marrë një momentum të ri me një seri rekomandimesh drejt shteteve anëtare të Kombeve të Bashkuara. Kështu, ky artikull i shërben një qëllimi të dyfishtë që të shikojë në brendësi të kësaj Rezolute, si fillim duke nënvizuar atë që është e re dhe në nga ana tjetër çfarë mund të konsiderohet si një trashëgimi nga përpjekjet e mëparshme në adresimin e çështjes: së dyti për të dalluar nëse dhe ku masat e miratuara nga Asambleja e Përgjithshme ekzistojnë dhe në çfarë shkalle zbatimi. Në veçanti, punimi synon në vendosjen e theksit mbi shumë ndryshime mes qëndrimit të vendeve të përfshira dhe organizatave rajonale.

Fjalë kyçe: rikuperimi i aseteve, korrupsion, krim transnacional, UNCAC, Kombet e Bashkuara.

1. Introduzione: l'impegno delle Nazioni Unite contro la corruzione e la Risoluzione 75/194

Il contrasto al fenomeno corruttivo rappresenta un obiettivo, ed al contempo uno sforzo per la comunità degli Stati, come testimoniato dall'ampia produzione normativa internazionale giuridicamente vincolante e/o non vincolante. Ne costituisce un esempio la Risoluzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), n. 75/194 del 16 dicembre 2020, approvata dall'Assemblea Generale (1), che ha fundamentalmente rinnovato la propria attenzione per il contrasto alla corruzione, cercando di fornire agli Stati Membri delle "linee guida" da seguire in tema di *asset recovery*, ovvero concernente l'individuazione, il congelamento, la confisca ed il recupero dei proventi derivanti da fatto illecito (2), o da un episodio di corruzione. L'*asset recovery* è dunque quel momento necessario ad evitare che il soggetto coinvolto in un fenomeno corruttivo benefici dei proventi derivati da tale reato (3). Non a caso, la Risoluzione è inserita in un gruppo di altre risoluzioni (4) che, ugualmente approvate dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 2020, mirano a contenere e deradicare il crimine organizzato, con particolare riferimento a quello attivo a livello transnazionale.

Come si vedrà, l'atto appare diretto in maniera peculiare nei confronti dei cc.dd. *"developing countries"*, i paesi in via di sviluppo, che soffrono particolarmente la corruzione quale ostacolo allo sviluppo socio-economico – con una somma oscillante tra i 20 e 40 miliardi di dollari annualmente dileguati a causa di pratiche corruttive (5). Tuttavia, appare evidente che anche i paesi maggiormente sviluppati non possano defilarsi e ignorarne il contenuto. La stessa Unione europea (UE), i cui membri Membri appaiono da sempre fortemente impegnati nella promozione della lotta alla corruzione, appare in difficoltà con 110 miliardi di euro di proventi annui generati da attività illecite rispetto ad un tasso di congelamento e di confisca pari al 2% e all'1% (6).

Il testo della Risoluzione, articolato in un insieme di consideranda, che precedono e giustificano il contenuto di raccomandazioni successivamente rivolte agli Stati, copre, quindi, uno spettro assai ampio, che spazia dal richiamare atti normativi internazionali cardine per il settore – cui la Risoluzione in parola si ispira o che tenta di promuovere – al sottolineare la gravità del fenomeno. La lotta alla corruzione va reiterata *"at all levels"*, in quanto raccordata con la promozione e tutela dei diritti umani *"in the process of creating an environment conducive to their full enjoyment and realization"* (7). Analoga enfasi circa la correlazione tra corruzione e diritti umani si trova nel Preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Convenzione di Mérida, UNCAC) (8), che recita: *"[g]li Stati Parte alla presente Convenzione, preoccupati dalla gravità dei problemi posti dalla corruzione e dalla minaccia che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni ed i valori democratici, i valori etici e la giustizia e compromettendo lo sviluppo sostenibile e lo stato di diritto"*. In tal senso, vi è chi ha coerentemente considerato che tale pratica in sostanza mina la comunità internazionale nel suo complesso come pure le singole comunità nazionali, *"compromettendone valori e beni giuridici fondamentali"* (9). Tant'è vero che *"se l'apparato dello Stato si fa complice (con azioni omissive o commissive) di tali pratiche - ciò comportando tra l'altro la violazione di diritti fondamentali della persona, a partire dal principio di non discriminazione -, ne deriva una situazione di fragilità delle istituzioni democratiche"*, producendo un grave deficit fiduciario da parte della società civile verso le istituzioni (10). Pertanto, la problematica della corruzione, capace di ledere i diritti fondamentali dell'individuo (11), sfociando in corruttela della società intera, si raccorda fortemente anche con il principio democratico ed apre orizzonti ben più ampi della mera efficienza amministrativa e dell'integrità delle casse delle pubbliche amministrazioni (che pure risultano fortemente invalidate dalla corruzione). In ragione di ciò, per parte della dottrina una delle principali raccomandazioni che dovrebbero essere avanzate contro alti livelli di corruzione è proprio *"the promotion of democracy as a way of introducing checks and balances that can curb misuses of power"* (12).

Pertanto, la Ris. 75/194 riserva particolare attenzione ai diritti umani e allo Stato di diritto (13) unitamente a considerazioni di carattere economico-sociale. Infatti, il contrasto alla corruzione appare per l'Assemblea Generale critico visto il rischio di innalzamento di una *"serious barrier"* verso l'effettiva mobilitazione e allocazione delle risorse nella società. In particolare, queste sono considerate vitali per ottenere *"poverty eradication and sustainable development"*. L'analisi proposta dalle Nazioni Unite, per la quale la corruzione *"may disproportionately affect the most disadvantaged individuals of society"*, è certamente veritiera, come testimoniano alcuni ben noti casi (14). A ciò va a sommarsi il fatto che il tessuto economico potrebbe soffrire *in toto*, evidenziando un impatto negativo per l'economia globale (15) – ergendosi una seconda e diversa barriera, questa

volta per la crescita economica (16). La prospettiva espressa dall'ONU in questa sede è, tra l'altro, stata più volte condivisa dall'UE, in modo da confermare la considerazione verso l'elemento economico e la tutela per i diritti umani (e dello Stato di diritto, più in generale) (17). Infatti, certamente “*nell’ottica del capitalismo moderno e delle sfide commerciali*” la corruzione frena la fiducia verso i mercati e le imprese, con conseguenti ripercussioni sulla competitività e sulla capacità di attirare investimenti (18).

Alla luce di quanto esposto, il presente contributo cercherà di analizzare ed approfondire il contenuto della Risoluzione alla luce della più ampia politica anticorruzione avviata dalle Nazioni Unite

In particolar modo, si cercherà di riportare i progressi della comunità internazionale, comparandoli alle richieste presentate dall'Assemblea Generale allo scopo di comprendere quanto urgenti queste siano. La Risoluzione, seguendo la consolidata struttura delle risoluzioni delle Nazioni Unite, illustra preliminarmente i principali atti ed impegni assunti da Nazioni Unite e comunità internazionale in materia di corruzione. Tanto permetterà anche di considerare brevemente diversi altri impegni che la comunità internazionale ha assunto in sedi diverse dall'ONU e come mai il fenomeno corruttivo è così deleterio per la società civile.

In un secondo momento verranno illustrate le coordinate normative dell'*asset recovery*, fornendone una definizione più approfondita e delineandone tratti salienti e principi guida. Successivamente, verranno analizzate le principali raccomandazioni della Risoluzione, confrontandole con le annose problematiche del recupero dei beni e sondando l'efficacia di tali suggerimenti.

Conclusivamente, l'ultima sezione del contributo è devoluta a raccogliere le valutazioni circa la direzione che la comunità internazionale dovrebbe intraprendere al fine di migliorare la cooperazione in materia, anche alla luce del minore o maggior grado di novità dei contenuti riportati nella Ris. 175/94. In particolar modo, l'analisi della corrente situazione rileverà che a livello globale, esiste una forte differenziazione tra paesi occidentali e del resto del mondo, sia a livello di impegno politico (c.d. *political will*) che di adeguamento tecnologico raggiunto. Tra tutte le aree geografiche, sarà evidente come quella europea, grazie in particolare all'UE, sia già largamente in linea con molti dei risultati auspicati dalla Risoluzione, con un ruolo di *benchmark* nell'ambito del contrasto alla corruzione attraverso l'*asset recovery*.

2. La politica anticorruzione nell'Agenda 2030, nella Dichiarazione di Doha e nel Piano d'azione di Addis Abeba

La Ris. 75/194 si inserisce nell'ambito di un filone della politica anticorruzione dell'ONU già espressa tramite altre risoluzioni che ne definiscono gli obiettivi, nonché le relative linee guida e la stretta interconnessione con altre finalità delle Nazioni Unite. Così, la Ris. 70/1 del 2015 (19) viene riaffermata quale strumento attraverso cui si è fissato “*a comprehensive, far-reaching and people-centred set of universal and transformative Sustainable Development Goals and targets*”, confluito nella c.d. Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. Questa mira a “*eradicating poverty in all its forms and dimensions*” e non può che essere correlata con la lotta al fenomeno corruttivo. Infatti, l'Agenda, composta da 17 punti in totale, prevede al proprio punto 16, “*Peace, Justice and Strong Institutions*”, di ridurre in modo significativo i flussi finanziari e di armi illeciti, rafforzare il recupero e la restituzione dei beni rubati e combattere tutte le forme di criminalità

organizzata (16.4), nonché di ridurre sostanzialmente la corruzione e la concussione in tutte le loro forme (16.5). Il punto in questione è stato espressamente incluso nel Piano d'azione 2017-2018 (20) contro la corruzione da parte del G20 – i cui membri appaiono molto attivi sotto quest'aspetto – con specifico riferimento alla necessità di assicurare il recupero dei proventi illeciti. In particolare, la presidenza italiana del G20, avviata il 1° dicembre 2020, ha rinnovato lo slancio verso la lotta alla corruzione quale obiettivo prioritario (21). Anche l'UE ha adottato un atto di sostegno all'iniziativa, dimostrando la volontà di adempiere all'invito delle Nazioni Unite (22). Tuttavia, vi è chi ha notato che l'applicazione dei punti dell'Agenda 2030 a livello nazionale sia stata tutto sommato limitata, specificamente, per alcuni Stati (23).

Una seconda risoluzione è la Ris. 69/313 del 2015, contenente il Piano d'azione di Addis Abeba (24) ed integrante i contenuti dell'Agenda 2030. Con il Piano d'azione in questione gli Stati Membri si sono impegnati a promuovere politiche volte a creare condizioni favorevoli allo sviluppo a livello nazionale e internazionale. Il piano contiene, al suo punto 25, un espresso riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (*United Nations Convention Against Corruption, UNCAC*), allo scopo di renderla un “*effective instrument to deter, detect, prevent and counter corruption and bribery, prosecute those involved in corrupt activities, and recover and return stolen assets to their country of origin*”. Incoraggiando la creazione di prassi virtuose nell'*asset recovery*, il Piano d'Azione supporta la *Stolen Asset Recovery Initiative* (STAR) (25), istituita da parte della Banca Mondiale e le altre iniziative connesse al recupero di fondi illeciti. Il Piano d'azione di Addis Abeba è stato incluso nei programmi dell'Unione europea già nel 2017 (26) ma i suoi effetti sono visibili soltanto negli ultimissimi anni (27) per cui un giudizio sull'effettiva *compliance* rimane in sospeso per quanto riguarda il continente europeo.

Un'ulteriore risoluzione menzionata è poi la Ris. 70/174 del 2015 (28), che dispone l'adozione della c.d. Dichiarazione di Doha. Adottata in occasione del tredicesimo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e la giustizia penale, la Dichiarazione riconosce espressamente che lo stato di diritto e lo sviluppo sostenibile sono interconnessi e si rafforzano reciprocamente. Per realizzare la Dichiarazione di Doha, l'Ufficio delle Nazioni Unite sulle droghe e il crimine (UNODC) – con il sostegno finanziario dello Stato del Qatar – ha avviato un programma globale volto ad aiutare gli Stati in materia di prevenzione della criminalità, giustizia penale e prevenzione della corruzione. Nel rispetto dei contenuti dell'Agenda 2030, l'iniziativa promuove società pacifiche e prive di corruzione che siano indirizzate verso uno sviluppo sostenibile. La Dichiarazione inoltre richiama al par. 8, lett. e) il Titolo V della Convenzione di Mérida, sull'*asset recovery*, al fine di “*continue discussing innovative modalities to improve mutual legal assistance in order to speed up asset recovery proceedings and render them more successful*”. Per tale motivo nel 2018 è stato creato dall'UNODC il c.d. *Global Judicial Integrity Network* per facilitare l'identificazione di nuove modalità di cooperazione. Nella relazione sui risultati ottenuti nel 2020, gli *high level meeting* predisposti dal Network hanno visto la partecipazione di 118 paesi, segnando un discreto livello di *compliance* (29).

La Ris. 75/194 fa anche menzione del Meccanismo di controllo per l'implementazione della Convenzione UNCAC (30). In particolare, l'Assemblea Generale riconosce, in un primo momento, che il successo del Meccanismo dipende dall'impegno degli Stati e dall'approccio costruttivo che questi devono dimostrare verso di esso. In un secondo

momento, viene dapprima espressa soddisfazione (“[n]oting with appreciation the commitment”) per gli sforzi intrapresi dalle Parti, tuttavia – nel successivo considerando – viene rammentato che la lotta alla corruzione costituisce responsabilità di tutti gli Stati (“all States”) e attori in gioco, implicando che gli sforzi della comunità internazionale debbano prescindere dall’esistenza di obblighi giuridici di natura convenzionale. D’altro canto, ci si deve chiedere se lo stesso “commitment” degli Stati alla luce del Meccanismo sia sincero e sufficiente. Infatti, vi è chi ritiene che il Meccanismo di Doha sia “debole”, specie se “raffrontato ad analoghi meccanismi previsti da altre organizzazioni internazionali” (ovvero il Gruppo di Stati contro la Corruzione, GRECO, per il Consiglio d’Europa ed il Working Group on Bribery per l’OCSE) (31). Se si accettasse la tesi della “blanda efficacia” dei meccanismi di controllo (32), allora l’invito rivolto dall’Assemblea Generale a tutti gli Stati per la cooperazione in materia di corruzione non avrebbe come destinatari Stati specifici (i paesi non parte dell’UNCAC), ma la comunità internazionale effettivamente considerata *in toto*.

3. L’UNCAC e le altre convenzioni ONU in materia di corruzione

È evidente, quindi, la centralità della Convenzione UNCAC, adottata dall’Assemblea generale il 31 ottobre 2003 (33), aperta alla firma a Mérida, Messico, dal 9 all’11 dicembre dello stesso anno, ed entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005. L’UNCAC è definita nel secondo considerando della Ris. 75/194 quale “the most comprehensive and universal instrument on corruption”. Non a caso, ad oggi, 187 Stati fanno parte dell’UNCAC, con ratifica dell’Italia intervenuta nel 2009 (34). Tra l’altro, la Convenzione è anche stata rappresentata quale segnale della “coscienza della comunità degli Stati in materia di corruzione” (35). A ciò si aggiunge che la Convenzione anche detta di Mérida viene qualificata come un *corpus* pattizio che fonda la propria capacità operativa sulla flessibilità e sulla correlazione a “norme interne di adattamento di incisività variabile” (36) che possono predisporre anche obblighi particolarmente intensi e precisi in alcune proprie parti (37). Essa viene, altresì, elogiata per aver portato “alla costruzione di un sistema di regole condivise e un allargamento del diritto internazionale”, tuttavia rivelando taluni punti deboli come: il discusso meccanismo monitoraggio; l’assenza di norme specifiche sulle risorse per la sua implementazione; ed il carattere non vincolante di alcune norme della Convenzione (segnatamente: finanziamento dei partiti politici, corruzione nel settore privato e protezione dei cc.dd. *whistleblowers*) (38).

Nello specifico, la Convenzione, divisa in un Preambolo e 71 articoli suddivisi in otto titoli (39), dedica il Titolo V, comprensivo degli artt. 51-59, alla restituzione dei beni o somme illecitamente ottenuti. Anche la Ris. 175/94 considera “the return of assets is one of the main objectives, an integral part and a fundamental principle of the Convention” tanto che le attività di cooperazione che gli Stati sono tenuti ad intraprendere per contrastare il fenomeno corruttivo dovranno essere le più estese possibili (40). L’approccio ad ampio spettro dell’UNCAC consente pertanto di precisare le modalità di cooperazione, nonché di mutua assistenza in vista della restituzione dei proventi della corruzione a uno Stato parte che ne faccia richiesta, come anche a singoli individui vittime della corruzione o legittimi proprietari (41).

In questa sede appare giusto menzionare anche la c.d. Conferenza degli Stati Parte (COSP), definita dall’art. 63 UNCAC e prevista con cadenza annuale, poiché utile al

monitoraggio dell'applicazione ed implementazione della Convenzione. Inoltre, essa permette lo scambio di informazioni sui modelli di corruzione ed offre un forum di confronto per le *best practices* anti-corruttive sia in ambito di prevenzione che di *asset recovery*. La Conferenza consente, infine, di formulare raccomandazioni finalizzate a migliorare il testo della Convenzione di Mérida e la sua attuazione.

Nonostante l'UNCAC sia indubbiamente il punto di riferimento per il diritto convenzionale (42) afferente alla lotta e contrasto alla corruzione, altri trattati promossi dalle Nazioni Unite aderiscono agli scopi della Convenzione di Mérida. In particolare, la Convenzione ONU contro il Crimine Organizzato Transnazionale, nota come Convenzione di Palermo, (*United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, UNTOC), sottoscritta il 12 dicembre 2000 ed entrata in vigore il 29 settembre 2003, contiene ampi riferimenti al problema della corruzione. L'UNTOC vede un numero di Stati Parte praticamente identico (190) all'UNCAC ed ha il merito di aver disposto, anche prima che quest'ultima lo facesse, circa la cooperazione di polizia, l'assistenza giudiziaria reciproca, la formazione, l'assistenza tecnica e, soprattutto ai fini di questa disamina, la cooperazione internazionale ai fini della confisca (43). L'UNTOC, con i suoi tre Protocolli addizionali riguardanti il traffico di esseri umani, di migranti e di armi, è stato per tale motivo definito “*uno strumento normativo di grande importanza sia a livello precettivo, sia a livello storico, offrendo agli Stati contraenti possibilità senza precedenti*” (44). Tra l'altro, la Risoluzione Falcone (45) ha di recente permesso di promuovere anche altri aspetti dell'*asset recovery*, creando un collegamento tra il modello del *social reuse of confiscated assets* e la Convenzione di Palermo (46).

Tuttavia, le disposizioni di *hard law* appaiono sempre più sfumate alla luce di un “*contesto giuridico internazionale [che] si propone come ‘luogo’ non più e non tanto di confronto delle sovranità nazionali, ma di elaborazione di criteri guida*” (47). Tale è l'effetto della globalizzazione che permette, seppur non prescrivendo un modello univoco per tutti gli attori in gioco, di convergere verso modelli comuni pattuiti in un contesto di *soft law*. Un esempio pratico è fornito dall'ampio ricorso, in tema di corruzione, ad atti non vincolanti che hanno il preciso scopo di istituire dei principi o degli obiettivi nei confronti dei destinatari. Si pensi alle raccomandazioni, linee guida e comunicazioni anche di altre organizzazioni attive nella lotta alla corruzione quali il Consiglio d'Europa (48), l'OCSE (49) e l'Unione europea (50). Anche la menzionata Conferenza degli Stati Parte UNCAC, ovvero un organo di valutazione sullo status d'applicazione dei trattati, ha prodotto risoluzioni fondamentalmente seguite, come si vedrà, dagli Stati. Inoltre, secondo alcuni, sarebbe indubbio che le raccomandazioni rivolte in materia agli Stati all'interno dei rapporti degli organismi internazionali possano incidere perfino su elementi tipicamente “interni” quali il termine di prescrizione per reati corruttivi (51).

L'elevato grado di flessibilità della Convenzione di Mérida, “*caratterizzata da una decina di diversi livelli di obblighi, dai più stringenti a quelli considerati di semplice soft law*” (52) comprova che esiste una certa flessibilità nelle forme in cui il diritto può presentarsi quando si parla di lotta alla corruzione. A supporto di tale considerazione si consideri che già nel 2000 l'ONU considerava gli atti non vincolanti quali “*legal instruments*” a pieno regime nella lotta alla corruzione (53).

4. L'*asset recovery* ed il Titolo V UNCAC

Venendo adesso alla questione centrale del recupero dei proventi delle attività criminose, va riconosciuto preliminarmente che la creazione di profitto rappresenta una delle motivazioni chiave dell'attività criminale. Oltre al godimento diretto di beni o utilità in favore dei soggetti implicati, il profitto permette anche di investire nuove risorse nelle attività illecite. Ciò è particolarmente vero quando si guarda al contesto della criminalità organizzata, dove una solida base economica è fondamentale per il funzionamento del *network* criminale. L'*asset recovery* rappresenta pertanto un momento di cruciale importanza, poiché consente di vanificare e conseguentemente paralizzare il crimine (54). D'altra parte, è necessario anche considerare che i proventi richiamati rappresentano in un gran numero di casi una sottrazione indebita di risorse all'intera società, allargando il numero delle vittime di questo fenomeno a tutti i consociati (specie i soggetti economicamente più fragili). Si pensi soltanto ai fondi sottratti indebitamente al sanitario, all'istruzione o alla tutela dell'ambiente. Ne deriva che il recupero ed il reimpiego dei fondi pubblici per quelli che erano gli obiettivi originariamente stabiliti rappresenta un ulteriore aspetto fondamentale dell'*asset recovery* (55).

La Ris. 75/194 riconosce che il recupero dei beni si inserisce all'interno di un discorso più complesso che chiama in gioco la collaborazione transnazionale tra Stati, fondandosi su elementi qualificabili come "multi-giurisdizionali" (56). *Asset recovery* significa, innanzitutto, far ricorso ad una moltitudine di processi cognitivi ed esecutivi, ovvero l'identificazione, il congelamento, la confisca ed il rimpatrio di beni che risiedono in un'area di giurisdizione straniera, "*making it one of the most complex projects in the field of law*" (57).

Per la Risoluzione, il miglioramento tecnologico ha permesso, da un lato di sviluppare la cooperazione per la lotta alla corruzione e, dall'altro, di consentire ai criminali di beneficiare di nuovi mezzi (es., centri finanziari *offshore*) che hanno permesso loro di eludere la giustizia.

Non è quindi casuale che la dottrina che, per prima diede attenzione al rimpatrio obbligatorio dei proventi criminosi, si sia sviluppata negli anni '80 (58), epoca della diffusione su larga scala dei computer. Tuttavia, va detto che l'*asset recovery*, seppur legato dal fenomeno corruttivo, fu positivizzato a livello internazionale già negli anni '70 con la Convenzione UNESCO sui mezzi per vietare e prevenire l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illeciti della proprietà dei beni culturali, entrata in vigore nel 1972. La Convenzione UNESCO prescrive al suo art. 13, lett. b, che le autorità nazionali dei paesi parte facilitino la restituzione di beni culturali illecitamente sottratti, presentando come limite la "*consistency with the current national laws*" (59), confrontandosi con gli stessi limiti che sono presenti nella Convenzione di Mérida (60). In virtù della natura ed importanza assegnate all'UNCAC, si comprendono gli ampi richiami che la Ris. 75/194 fa ad essa, sia nei propri consideranda sia nelle proprie raccomandazioni (61). La Convenzione rappresenta infatti il primo caso di trattato multilaterale in cui si è posto un riferimento comprensivo ed assai esteso all'*asset recovery*, relazionandolo al fenomeno della corruzione (62).

Il Titolo V UNCAC comprende gli artt. 51-59, dedicati alla identificazione, congelamento, confisca e recupero dei proventi illecitamente prodotti e presenti in un altro Stato.

Come ricordato dalla Ris. 75/194 (63), l'art. 51 UNCAC stabilisce che la restituzione degli *asset* rappresenti un principio fondamentale della Convenzione, obbligando gli Stati Parte a provvedere con le più ampie misure cooperative e di assistenza possibili. Tale impegno è stato definito dalla dottrina "*the most original contribution brought about by the Convention*" poiché l'obbligazione di rimpatrio degli *asset*, che prima di quel momento era meramente morale, diviene effettivamente giuridica (64). Il risultato fondamentalmente ottenuto è che il rimpatrio sia incluso tra gli obiettivi della Convenzione, consentendo un'interpretazione dei rimanenti articoli del Titolo V alla luce del significato dell'art. 51 UNCAC (in accordo con l'art. 31, par. 1 della Convenzione di Vienna) (65). È poi la stessa Ris. 75/194 che conferma l'*asset recovery* tra i "*purposes of the Convention*" (66).

L'art. 52 UNCAC, intitolato "*Prevenzione ed identificazione dell'avvenuto trasferimento dei proventi criminosi*", è una disposizione che impone agli Stati Parte di richiedere alle proprie istituzioni finanziarie di informarsi ai principi di trasparenza e di *due diligence*. Infatti, al fine di identificare transazioni sospette, le istituzioni finanziarie sono tenute a verificare l'identità dei titolari dei conti bancari e dei beneficiari di questi, quando questi sono istituiti "*per conto di persone che esercitino o abbiano esercitato funzioni pubbliche prominenti e loro familiari e collaboratori stretti*". Inoltre, ciascuno Stato Parte "*considererà la possibilità*" di predisporre sistemi di divulgazione di questi dati, nonché "*prenderà in considerazione*" di intraprendere le misure necessarie per segnalare transazioni sospette nonché di conservare le registrazioni relative a tali conti (con sanzioni contro i soggetti preposti in caso di mancato inadempimento) (67).

L'art. 53 UNCAC richiede che gli Stati Parte adottino misure necessarie circa il recupero diretto degli *asset*, ovvero il caso in cui uno Stato straniero venga abilitato a iniziare un'azione civile all'interno di una giurisdizione estera allo scopo di definire titolarità e proprietà (la cui definizione è offerta dall'art. 2 UNCAC) di beni acquisiti mediante la commissione dei reati coperti dalla Convenzione di Mérida. In questa ipotesi, lo Stato straniero starà in giudizio come un normale attore (68). Inoltre, gli Stati Parte sono tenuti ad adottare le misure necessarie anche perché i propri tribunali possano ordinare agli autori dei reati previsti dalla presente Convenzione di pagare un indennizzo o corrispondere un risarcimento danni (a patto che esista un nesso causale ex art. 35 UNCAC) ad un altro Stato Parte che abbia subito un pregiudizio da tali reati. Tale disposizione è innovativa perché permette di slegare il rimpatrio dei proventi criminosi dall'effettiva proprietà statale – magari non esistente o dimostrabile. Infatti, i beni vengono rimpatriati direttamente a titolo di risarcimento danni nei confronti dello Stato Parte interessato nei casi, per esempio, di traffico d'influenza o abuso d'ufficio o concussione (in cui il denaro pubblico non è coinvolto).

Gli obblighi si estendono anche alla necessità che gli Stati Parte dispongano che i propri tribunali o autorità competenti, quando tenuti all'adozione di provvedimenti di confisca, di far valere il legittimo diritto di proprietà di un altro (interveniante nel processo) Stato Parte sui proventi criminosi. In ogni caso, quando la proprietà o l'esistenza del danno è stabilita, nessun altro passaggio specifico è richiesto per determinare il rimpatrio dei proventi.

Quanto agli artt. 54 e 55 UNCAC, essi prevedono disposizioni attinenti alla cooperazione internazionale ai fini del congelamento e della confisca, la quale viene definita dall'art. 2 UNCAC come "*lo spossessamento permanente di beni per decisione di un tribunale o di un'altra autorità competente*" (69) – mentre il congelamento ha una connotazione solo

temporanea. La confisca rappresenta un potente strumento di deprivatione dei proventi criminosi, dotato di una certa estensione applicativa. In tal senso, i provvedimenti di confisca possono essere prodotti sia nel paese “vittima” della corruzione sia nel paese destinatario delle transazioni interessate (70). Ciononostante, è bene precisare in questa sede che l’ordine di confisca non comporta un immediato e diretto rimpatrio dei proventi nel paese “vittima”.

In accordo con l’art. 54 UNCAC, gli Stati Parte devono adottare le misure necessarie per *“consentire alle proprie autorità competenti di dare efficacia ad un’ordinanza di confisca emessa da un tribunale di un altro Stato Parte”*. Inoltre, devono similmente adottare le misure necessarie per consentire la confisca di beni di origine esteri alle proprie autorità in caso di riciclaggio o altri reati soggetti alla propria giurisdizione. Vieppiù, gli Stati Parte devono considerare la possibilità di adottare quelle misure che sono necessarie per confiscare i beni anche in assenza di condanna penale, non intervenuta perché l’autore non è perseguibile per *“morte, fuga o assenza, ovvero in altri casi opportuni”*. Infine, viene disposto che gli Stati Parte prenderanno in considerazione di adottare ulteriori misure per consentire alle proprie autorità competenti *“di preservare i beni ai fini della confisca, ad esempio sulla base di un mandato di arresto all’estero o di un’imputazione penale conseguente all’acquisizione di tale bene”*.

L’art. 55 UNCAC dispone – tenendo bene a mente la limitazione della *domestic law* al suo par. 1 – circa le modalità di cooperazione, facendo riferimento alla trasmissione e al contenuto della richiesta presentata da un altro Stato Parte ai fini della confisca o per l’identificazione, rintracciamento, congelamento e sequestro. L’articolo è particolarmente significativo poiché al par. 7 viene sancito che la cooperazione sarà rifiutabile o le misure cautelari revocate laddove lo Stato Parte richiesto non riceva prove sufficienti dallo Stato richiedente, o quando il bene sia di valore minimo. In questa disposizione emerge il fatto che la cooperazione implica per lo Stato richiesto un dispendio di mezzi tecnici che dovrebbe avvenire in maniera razionale. Ma ciò, in verità, vale anche per le autorità dello Stato richiedente (71).

Una *“cooperazione speciale”* è invece prevista dall’art. 56 UNCAC, nel senso che viene richiesto agli Stati Parte di condividere in maniera spontanea le informazioni riguardanti i proventi criminosi, anche in assenza di previa richiesta, in maniera da facilitare significativamente l’inizio di procedimenti di *asset recovery*.

L’art. 57 UNCAC si occupa invece di chiarire come gli Stati debbano impegnarsi per permettere il rimpatrio dei beni oggetto di confisca (72).

In particolare, quando l’ordine di confisca è disposto nel paese “vittima”, il rimpatrio degli *asset* richiede un’apposita richiesta da parte di quest’ultimo (dunque paese richiedente) al paese che ospita tali *asset* (paese richiesto), sempre tenendo conto dei diritti delle terze parti in buona fede. A fronte di tale istanza, il paese richiesto è obbligato alla restituzione/rimpatrio dei beni laddove 1. la confisca sia stata disposta con sentenza definitiva ex Art 55 UNCAC e questi costituiscano fondi pubblici, ovvero riciclaggio di fondi pubblici (art. 55, par. 3, lett. a); 2. la confisca sia stata disposta con sentenza definitiva ex art 55 UNCAC e non costituiscano fondi pubblici ma sia stato stabilito un diritto di proprietà anteriore sui beni confiscati sulla base di prove presentate dallo Stato richiedente, ovvero lo Stato Parte richiesto riconosca un risarcimento danni (art. 55, par. 3, lett. b). Per tale motivo l’automatismo del meccanismo è valido solo per i fondi pubblici, mentre per i rimanenti casi è necessaria una valutazione caso per caso (73).

“In tutti gli altri casi” i beni potranno rimpatriare nel paese “vittima” o attraverso un ordine diretto di un tribunale dello Stato “ospitante” (art. 55, par. 3, lett. c), oppure in forza di *“accordi o intese mutualmente accettabili, finalizzati alla disposizione definitiva dei beni soggetti a confisca”* (art. 55, par. 5). Questa strada è stata considerata addirittura preferibile, nonostante i problemi potenzialmente emergenti in sede negoziale, siccome determinerebbe meccaniche funzionali e più rapide rispetto alle lungaggini previste da una soluzione giudiziale (74).

5. Le principali criticità in tema di *asset recovery* secondo la Risoluzione 75/194: autorità competenti, punti di contatto (*focal points*) e *Financial Intelligence Units* (FIU)

Nonostante il grande sforzo normativo ed i notevoli risultati raggiunti a livello sia repressivo, sia preventivo, il progresso tecnologico ed il processo irreversibile di globalizzazione economica, con tutte le sue conseguenze finanziarie, politiche, sociali, culturali, pongono nuove questioni per l'*asset recovery*. Tali criticità – che rendono complesso e limitato il recupero dei proventi illeciti, e per estensione il contrasto alla corruzione – vengono soprattutto considerate nella Risoluzione in analisi. La valutazione compiuta dall'Assemblea Generale verosimilmente riprende le conclusioni, nonché le *“ways forward”*, che venivano postulate dalla Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (UNCTAD) verso la fine del 2020 (75). Queste comprendono la necessità di adottare nuove tecnologie per la lotta alla criminalità e per una migliore e più rapida condivisione di informazioni e *best practices*, il rafforzamento della cooperazione internazionale rimuovendo le barriere esistenti (con particolare attenzione ai paesi in via di sviluppo). A ciò va aggiunto il riferimento all'opportunità di potenziamento degli attuali strumenti di repressione della corruzione, nonché al più ampio coinvolgimento della società civile.

In primo luogo, l'Assemblea Generale richiama in maniera urgente (*“Urges”*) gli Stati Parte inadempienti a designare un'autorità nazionale *“for international cooperation”* nel rispetto della Convenzione di Mérida (76). L'art. 6 della Convenzione prevede per gli Stati parte l'obbligo di assicurare l'individuazione di uno o più organismi con specifiche funzioni e compiti nel campo della prevenzione della corruzione. Infatti, l'autorità indipendente costituita ai sensi dell'art. 6 UNCAC si occupa anche della *“applicazione delle politiche di cui all'articolo 5”*, tra cui si inserisce la collaborazione tra Stati (77). In generale, gli Stati Parte hanno adempiuto in maniera anche diversa rispetto all'articolo in questione. Ciò è avvenuto costituendo *“enti di mero coordinamento di altri organi e autorità nazionali; istituzioni pubbliche che contribuiscono alla prevenzione della corruzione anche se non specificamente destinati a questa funzione; organi creati specificamente per questo scopo, che contribuiscono alla prevenzione della corruzione come parte specifica delle proprie responsabilità”* (78).

Dal 2009, in Italia tale autorità coincide con l'Autorità Nazionale Anti-Corruzione (ANAC) (79), ma si segnala la *Agence française anticorruption* (AFA), che è assai attiva nella promozione della collaborazione internazionale. Infatti, quest'ultima ha portato avanti un progetto insieme a GRECO, OCSE ed *Network of Corruption Prevention Authorities* (NCPA), mappando 171 autorità nazionali in 114 tra Stati e territori (coloro che hanno risposto alla richiesta dell'AFA) (80). Tuttavia, a fronte di 187 Stati Parte UNCAC, tali numeri non sono considerati evidentemente sufficienti dall'Assemblea

Generale, anche considerando che la collaborazione e coordinazione tra Stati rileverebbe per la potenziale pianificazione di strategie comuni per il recupero dei proventi criminosi. Sempre nel medesimo punto 17, la Ris. 75/194 chiede di “*appoint focal points for the purposes of international cooperation and mutual legal assistance in asset recovery*”. I cc.dd. *focal points* (traducibili in questo contesto come “punti di contatto”) rappresentano degli specifici uffici (o agenzie/autorità) designati per interfacciarsi con autorità estere, o con i corrispettivi *focal points*, allo scopo di conferire e scambiare informazioni/*knowhow*. La loro istituzione permette pertanto di accelerare considerevolmente la cooperazione transnazionale siccome un’autorità intenta a perseguire un dato crimine o individuo conoscerà in anticipo lo “sportello” presso cui “prelevare” talune informazioni desiderate. La proliferazione di una rete di *focal points* è riconducibile, ad esempio, all’iniziativa *Global Focal Points Platform on Asset Recovery*, attiva dal 2009 e promossa dall’INTERPOL e coadiuvata dalla *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative* (81). La piattaforma in questione raggruppa 233 *focal points* localizzati in 131 paesi a fronte di 187 paesi UNCAC e di 190 INTERPOL (82). Inoltre, si consideri che il gruppo di lavoro intergovernativo COSP dell’UNCAC ha anche predisposto una *On-line Directory of Competent National Authorities under the United Nations Convention Against Corruption*, per raggruppare i *focal points*. Nel 2019 i punti di contatto aderenti al registro elettronico erano soltanto 80 (83). Pertanto, l’adesione alle iniziative non è stata probabilmente ritenuta adeguata da parte dell’ONU. Infatti, vi è chi elogia queste iniziative ma ricorda che da sole non bastano e che “*initiatives to access these networks must be taken by the State Parties themselves*” (84).

Di converso, i paesi maggiormente progrediti, membri del G20, con i propri 18 su 20 (e 13 su 20 per la cooperazione informale) *focal points* nazionali rappresentano un notevole caso di adempimento (85). Peraltro, effettivamente esistono anche casi di reti di *focal points* particolarmente virtuose. Ad esempio, in Asia e Oceania esiste l’*Asset Recovery Interagency Network - Asia Pacific (ARIN-AP)*, una rete informale di focal points lanciata a Seul nel 2013, che conta 28 “*member jurisdiction*” ad oggi. Nell’Atlantico invece si registra l’*Ibero-American Legal Assistance Network (IberRed)*, istituito nel 2004, che prevede una conferenza di ministri della giustizia dei 22 aderenti, rendendo quindi il *network* di partecipazione governativa. In Europa la rete informale di agenzie e autorità Camden per il recupero dei beni (CARIN), istituita all’Aia il 22-23 settembre 2004, rappresenta già una collaudata (86) rete di operatori ed esperti con l’obiettivo di rafforzare la conoscenza reciproca dei metodi e delle tecniche utilizzati nel settore. La rete, per lo più di matrice europea (tanto da affidare all’EUROPOL il proprio segretariato), è estesa ad una *membership* globale.

Dal canto proprio, l’Unione europea non ha fatto mistero di considerare i *focal points* fondamentali per la lotta alla corruzione nell’ambito dell’*asset recovery* (87). Coerentemente, ha obbligato (88) gli Stati membri alla designazione dei cc.dd. *Asset Recovery Offices* (ossia dei *focal points*), improntati allo scambio di informazioni nel rispetto dei principi espressi nella c.d. “Iniziativa Svedese” (89). Gli Stati Membri UE devono garantire che gli uffici designati come *National Asset Recovery Offices* cooperino vicendevolmente nello scambio di dati utili all’*asset recovery* e si aiutino in modo reciproco nell’identificazione dei proventi criminosi, sia spontaneamente che su richiesta formale. Quest’ultimo aspetto è già di per sé in linea con il punto 18 delle raccomandazioni della Risoluzione, il quale incoraggia che le informazioni siano scambiate celermente, anche attraverso canali informali in maniera spontanea. Inoltre,

nessuna limitazione deve emergere dalla qualificazione degli uffici (uffici amministrativi, autorità giudiziaria, forze dell'ordine) (90).

Infine, il punto 36 delle raccomandazioni della Ris. 75/194 incoraggia la predisposizione delle *Financial Intelligence Units* (FIU) nelle singole realtà statali. Nonostante non venga dalla lettera della Risoluzione fatto riferimento espresso agli Stati Parte UNCAC, l'invito dovrebbe essere rivolto esclusivamente a loro poiché successivamente vi è un riferimento diretto all'art. 58 UNCAC, che le prevede. Le FIU costituiscono entità destinate alla ricezione, analisi e diffusione tra le autorità competenti di informazioni relative a transazioni finanziarie sospette. Vieppiù, i lavori preparatori della Convenzione di Mérida lasciavano intendere che la lettura dell'articolo in questione deve essere effettuata in combinato con l'art. 14(b) UNCAC, ovvero che le FIU siano comunque intese per essere “*in grado di cooperare e di scambiarsi informazioni al livello nazionale ed internazionale*”. Il loro impiego è limitato dalla lettera dell'art. 58 UNCAC (“*considereranno la possibilità*”) che escluderebbe un obbligo convenzionale in senso stretto. Nonostante un'esponentiale crescita del numero delle reti FIU, in particolare il Gruppo Egmont (91), vi è chi ritiene che queste forme di aggregazione non costituiscano la strada migliore da percorrere. Infatti, le FIU sorreggono una rete multipolare, senza un centro ben preciso di smistamento dei dati e ciò può portare a mancate collaborazioni ed una “*lack of information*” (92). Si avverte dunque la necessità di un progetto di *database* unico, a “*marchio*” ONU, con le informazioni condivise nelle reti di FIU. Al contrario, pare che la direzione seguita sinora sia quella di pieno sostegno alle singole unità, rendendo ognuna di queste a proprio modo “*centralizzata*” e funzionalmente indipendente (93).

Invece, quanto all'assistenza tecnica in regime di cooperazione, viene raccomandato “*to support national efforts to strengthen human and institutional capacity*”, con particolare riguardo agli aspetti legati al recupero di beni e altre utilità di origine criminosa (94). È necessario che gli Stati discutano modalità innovative per migliorare l'assistenza reciproca per velocizzare (“*speed up*”) ed accrescere l'efficacia (“*render them more successful*”) dei procedimenti di *asset recovery* (95). Ciò è coerente con le previsioni del Titolo VI dell'UNCAC che richiede agli Stati di considerare “*la possibilità di prestarsi la più ampia assistenza tecnica, in particolare in favore dei Paesi in via di sviluppo*” (96), nonché con atti che espressamente sottolineano l'importanza dell'eliminazione di deficit tecnici per il corretto contrasto alla corruzione (97). In effetti, l'iniziativa StAR della Banca Mondiale e UNODC viene citata direttamente quale mezzo apprezzabile per la capacità conferimento di competenze tecniche a chi non le ha, come pure per la condivisione del proprio expertise (98). L'iniziativa suddetta è stata considerata quale uno strumento capace di creare, sia nei paesi sviluppati che in via di sviluppo, “*a blue print for future advocacy in grand corruption cases*” (99).

5.1 Ulteriori aspetti collegati alla gestione dei dati e alla rimozione delle “barriere politiche”

Il richiamo all'assistenza tecnica tra Stati non può che essere correlato con l'impiego di nuove tecnologie utili alla cooperazione. Infatti, gli Stati Parte vengono invitati dalla Risoluzione a “*considering the use of open data formats (...) in order to enable greater transparency, accountability and efficiency*” (100). Tale affermazione è assolutamente meritevole di attenzione. L'utilizzo di *open data* si è rivelato già determinante nei paesi

dell'America Latina, fortemente affetti dal fenomeno corruttivo, per arginare le problematiche socio-sanitarie derivanti dal COVID-19. Le nuove soluzioni digitali, infatti, hanno ridotto il rischio di corruzione tramite una trasparenza rinnovata, potenziando anche l'integrità dei procedimenti di persecuzione (101). Raccomandare un maggiore impiego di questi *format* è assai positivo per la prevenzione alla corruzione. Va anche considerato che un'immediata reperibilità di informazioni, specie riguardanti soggetti privati che non si qualificano quali pubblico ufficiale, rende l'*asset recovery* indubbiamente più spedito. Analogamente, viene chiesto agli Stati Parte di assicurare che "*reliable, accurate and updated beneficial ownership information on companies is accessible to law enforcement agencies and other relevant authorities*", facilitando in questo modo le indagini e l'esecuzione in un contesto di cooperazione transnazionale (102). Viene altresì richiamata la necessità ("*Urges*") che siano rese disponibili agli altri Stati le informazioni sulla titolarità di società e imprese e sul funzionamento (nel proprio Stato) di strutture giuridiche e "*other complex legal mechanism*", come ad esempio i *trust* e le *holding*, che sono solitamente adoperati per la commissione di crimini di corruzione e il trasferimento dei proventi criminosi. Meritano di essere in questa sede anche citati gli sforzi di divulgazione ed informazione a livello globale svolti dalla organizzazione non governativa *Transparency International* e della banca dati messa a disposizione dall'*U4 Anti-Corruption Center*, che tuttavia non coinvolgono gli Stati a livello governativo.

È altresì incoraggiata ("*Encourages*"), attraverso l'uso e l'espansione di "*secure information-sharing tools*", la raccolta e la sistemazione delle *good practices* di cooperazione finalizzata al recupero dei proventi criminosi (103). Il richiamo alla condivisione delle prassi virtuose in materia di *asset recovery* non appare rivoluzionario: la bontà dell'idea venne riconosciuta già nel lontano 2007 da parte dell'Unione europea (104). Oltre le realtà regionali, si pensi alla guida del 2009 (105) promossa dalla *Stolen Assets Recovery Initiative*, rispondente a UNODC e Banca Mondiale, come pure alla raccolta del 2012 (106) del Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI) (107). In aggiunta, linee guida non vincolanti per l'*asset recovery* – unite ad una guida passo per passo – sono scaturite dal Processo di Losanna, nel 2016 (108). Infine, il 16 ottobre 2018, contestualmente ad attività di promozione riconducibili al Consiglio d'Europa, le autorità nazionali per la prevenzione della corruzione di 17 Paesi europei hanno firmato a Sebenico (Croazia) un'apposita Dichiarazione d'intenti per creare una rete continentale di autorità, allo scopo di fornire ai firmatari un luogo per la promozione e lo scambio delle *best practices* (ma anche per elaborare standard comuni su temi di particolare rilievo, come la normativa a tutela dei *whistleblower*, i codici di condotta, le analisi del rischio e la formazione all'interno di scuole e università) (109). Ne consegue che l'incoraggiamento di cui alla Ris. 75/194 non va inteso come un invito ad iniziare un processo di condivisione *ex novo*, bensì ad aggiornare le linee guida esistenti, a produrne di nuove da parte di attori sinora non intervenuti e, da ultimo, ad impiegare nuovi mezzi tecnologici per facilitare la modalità e le tempistiche di condivisione.

La Ris. 75/194 menziona anche le "*barriers to asset recovery*" (110) da rimuovere, insistendo sulla necessità che gli Stati producano il massimo sforzo possibile in tal senso. La circoscrizione delle barriere esistenti è stata effettuata in maniera precisa da parte dell'iniziativa StAR nel 2011 (111). In breve, sono state individuate tre principali categorie, che raggruppano 29 problemi che condizionano negativamente l'*asset recovery*: I) barriere di carattere generale e problemi istituzionali, su tutte si erge la mancanza di volontà politica di combattere la corruzione (112); II) barriere giuridiche e

requisiti legali che ritardano la cooperazione ed assistenza, inclusive anche dei problemi di attivazione ed esecuzione di quelle procedure non basate su sentenze di condanna; III) barriere operative e problemi comunicativi, facenti riferimento, tra le altre cose, alla mancanza di *focal points* e alla scarsità di mezzi tecnici. Tali barriere sono uniche nel proprio genere, nel senso di non essere “necessariamente” reperibili in altre tipologie di reato (113). Ad ogni modo, è la volontà politica che dà impulso a qualsiasi tentativo di miglioramento nella lotta alla corruzione (114). Tuttavia, le barriere di origine prettamente politica (il c.d. “*lack of political will*”) non possono essere limare dalla Convenzione UNCAC stessa in quanto “*non sono previste sanzioni contro gli Stati Parte che non attuano le provvisori delle convenzioni*” (115), rimettendo all’iniziativa spontanea degli Stati il loro superamento. Gli interessi politici in gioco rendono i “Governi (...) piuttosto restii a criminalizzare queste condotte, poiché, in certi casi, [la corruzione] potrebbe volgere a loro vantaggio o agevolare le loro industrie. Di fronte ad interessi contrapposti, ed in assenza di una chiara comunanza di valori, è difficile sviluppare strumenti internazionali” (116). Va poi considerata la sfiducia che grava sui paesi in via di sviluppo da parte dei paesi sviluppati. I primi possono infatti essere i depositari di fondi indebitamente sottratti dai secondi per via di fenomeni di corruzione. Tuttavia, i paesi sviluppati possono essere riluttanti all’idea di rimpatrio di tali fondi fino a quando non riterranno che il paese in via di sviluppo possa garantirne il corretto impiego in favore della comunità da sé amministrata. Di converso, i paesi in via di sviluppo desiderano un mero rimpatrio incondizionato di detti fondi (117).

Tra le barriere figura – oltre la complessità delle procedure che portano al recupero dei proventi criminosi – l’esistenza di “*domestic legal immunities*”, che rientrano sicuramente nella categoria di “barriere di carattere generale”, e che possono essere legate alla mancanza della volontà politica di perseguire il fenomeno corruttivo (118), specie se legato a persone di spicco nel panorama domestico di un dato Stato (119).

La Risoluzione, dunque, individua un problema concreto, l’immunità, ma non si esprime in maniera chiara sulla soluzione da intraprendere. Ad esempio, un maggiore ricorso alle azioni *in rem* e non *in personam*, ovvero aggredendo i beni e non ricercando la previa condanna dell’individuo, costituisce una valida via per aggirare questo annoso problema. Ciò avrebbe senso siccome l’immunità esiste in ragione di una carica o funzione che non viene intaccata dalla confisca e restituzione di beni di provenienza criminosa. Come si vedrà, la Risoluzione propone certamente un potenziamento dell’assistenza tecnica e della cooperazione per le azioni civili e amministrative (120) ma non va a delineare un collegamento diretto tra il problema poc’anzi esposto e l’incoraggiamento a buon ragione rivolto agli Stati. Infatti, nel punto 19, contenente il riferimento alle barriere da rimuovere e che individua le immunità domestiche tra queste, viene richiesto cripticamente di “*simplifying their legal procedures and preventing abuse of those procedures*”, senza proporre alternative laddove le immunità non vengano limitate.

6. Conclusioni: l’urgenza di incrementare la cooperazione tecnico-procedurale e la prevenzione contro la corruzione

In conclusione, l’*asset recovery* consta di una pluralità di momenti (individuazione, congelamento, confisca e infine rimpatrio) che presentano ben evidenti difficoltà applicative. Si tratta di vere e proprie barriere legali inquadrare dalla StAR nella seconda

categoria di ostacoli al recupero dei proventi criminosi (121) e subordinati ad una forte “*political will*” da parte degli Stati (122).

La Risoluzione precisamente richiede agli Stati di “*afford one another the widest possible cooperation and assistance in the identification and recovery*”, come pure di “*give particular and timely consideration to the execution of requests for international mutual legal assistance*” (123). In ciò, una soluzione potrebbe essere l'estensione delle presunzioni legali previste per quest'ambito.

Quanto all'identificazione e congelamento, il punto 22 della Risoluzione appare assai chiaro sull'importanza di disporre di procedure “*for a time period sufficient to preserve those assets in full, pending confiscation proceedings in another State*”, espandendo la cooperazione “*in the enforcement of foreign seizure and freezing orders and confiscation judgments, including through measures to permit recognition of non-conviction-based seizure and freezing orders and confiscation judgments, where possible*”.

L'integrità degli asset, prima dell'avvenuto congelamento, può infatti essere compromessa da una fuga di informazioni che viene temporaneamente limitata da un c.d. *gagging order* da parte dell'autorità giudiziaria. In tal modo, viene vietato all'operatore finanziario di comunicare informazioni al proprio cliente, evitando di allertare il soggetto il cui patrimonio si intende congelare/confiscare (124). In generale, l'obiettivo qui posto dall'Assemblea è concretizzabile attraverso un pieno coinvolgimento degli operatori finanziari (125), che tra l'altro già risultano limitati nell'applicazione del segreto bancario da parte degli artt. 31 e 40 UNCAC – anche se esiste chi fa notare la potenziale inaffidabilità di questi ultimi (126).

Circa la confisca e rimpatrio, tale cooperazione si traduce nella necessità espressa di intraprendere tutte le necessarie misure perché le azioni di natura civile, mirate al riconoscimento della proprietà di un dato bene ed avviate da uno Stato straniero, siano facilitate nella propria giurisdizione (127). Infatti, i tribunali hanno l'autorità di confiscare proventi o strumenti del reato laddove una base giuridica per tale azione esista, tipicamente fissata da accordi bilaterali o multilaterali (128). Nonostante questi procedimenti civili dimostrino la capacità di colpire i proventi criminosi riconducibili a soggetti deceduti o estranei dalla giurisdizione per i più disparati motivi, “*nevertheless international cooperation in this regard is also less developed*” (129). Da qui il forte richiamo alla cooperazione rivolto agli Stati da parte dell'ONU.

Se poi la confisca deriva da una condanna penale, generalmente anche la doppia incriminazione può essere richiesta. Tuttavia, tale aspetto è risolto dall'art. 43 UNCAC a monte. Infatti, tale requisito viene ritenuto soddisfatto prescindendo dalla collocazione giuridica del reato (che, quindi, può essere previsto in due categorie diverse nei due Stati) e dal *nomen iuris* che esso assume nell'ordinamento di appartenenza. Ciononostante, un'armonizzazione penale è giustamente richiesta da parte della Ris. 75/194 al fine di facilitare anche la confisca promanata da condanna (130).

Vieppiù, la Risoluzione ammette che l'estradizione rappresenta uno strumento di notevole importanza proprio in presenza di procedimenti penali volti alla confisca e recupero degli asset (131). Limiti alla estradizione sono, sostanzialmente, i costi che talvolta possono essere impensabili (132) e la sfiducia unilaterale dai paesi occidentali verso quelli considerati meno sviluppati circa il rispetto dei diritti processuali del soggetto estradato (133). Nessun riferimento sembra invece essere fatto per il miglioramento e facilitazione dell'istituto della rogatoria.

Riconoscendo che uno dei problemi principali dell'*asset recovery* è la “mancanza di integrazione degli istituti e meccanismi preposti all'applicazione dell'UNCAC, UNTOC, Convenzioni sulle Droghe e Convenzioni sul Terrorismo” (134), non è stato presentato alcun richiamo ad altri atti convenzionali riguardanti il crimine organizzato transnazionale né, di conseguenza, alcun piano per meglio coordinare gli obblighi derivanti da questi e dall'UNCAC. In particolare, il rapporto tra gli scopi di UNTOC e UNCAC non può che essere strettissimo (135), dato che la lotta alla criminalità organizzata deve necessariamente riguardare anche il taglio delle risorse (tramite *asset recovery*) di cui questa fa approvvigionamento.

In definitiva, l'efficacia del contrasto al fenomeno corruttivo si fonda sul grado di cooperazione internazionale. In piena coscienza di ciò, l'Assemblea Generale richiama gli Stati perché sia disposta “*further international cooperation (...) in support of national, subregional and regional efforts to prevent and combat corrupt practices and the transfer and laundering of proceeds of corruption*” (136). In altre parole, l'ONU chiede agli Stati Membri una cooperazione che sia sviluppata su più piani, facendo un espresso riferimento allo “*United Nations system, including international financial institutions*”, alle “*regional organizations*” ed alle singole realtà statali (137).

Unitamente a queste, vanno poi tenute in conto le iniziative di matrice globale che però hanno destinatari regionali. Queste possono riguardare anche esclusivamente l'*asset recovery*, come nel caso dell'*Arab Forum on Asset Recovery* (AFAR) e le iniziative locali portate avanti dal G20, espressamente elogiate nella Risoluzione (“*Notes with appreciation*”) (138).

Per contro, il limite della *domestic jurisdiction* ed il rispetto della *domestic law* permeano l'atto in analisi in diversi punti (139).

L'insieme delle richieste che l'Assemblea Generale fa nei confronti degli Stati, relativamente all'adeguamento dei propri ordinamenti nazionali, sono riconducibili a misure propedeutiche ugualmente essenziali. Infatti, la criminalizzazione di una data condotta è possibile attraverso un'attività di *political will* che implica una chiara e sufficiente “*capacity of legislators*”, che pertanto va rafforzata (140). In aggiunta, la persecuzione dei rei, nonché il corretto recupero degli *asset* indebitamente sottratti, richiede per le Nazioni Unite un potenziamento per i “*law enforcement officials, judges and prosecutors*” (141). In quest'ultimo caso, rinvigorire l'azione degli inquirenti significa anzitutto salvaguardare la propria indipendenza nel rispetto dell'art. 11, par. 1, UNCAC (142), nonché conferire un maggiore grado di specializzazione, e possibilmente di omogeneità, degli uffici devoluti all'*asset recovery*, limitando le differenze tra Stati circa i soggetti responsabili per le indagini e la persecuzione (143).

Sebbene il recupero dei proventi criminosi sia un momento successivo al fatto, la lotta al fenomeno corruttivo non può e non deve concretizzarsi soltanto *ex post*. La prevenzione alla corruzione arriva a comprendere anche l'instillare una vocazione legalistica nei consociati coinvolgendo anzitutto “*young people and children as key actors in strengthening ethical behaviour*” (144). Non può senz'altro lesinarsi la promozione della cultura anti-corruzione in qualsiasi individuo, anche quando posto al di fuori del settore pubblico, “*such as civil society, non-governmental organizations and community-based organizations, the private sector and academia*” – tentando di aumentare fin dove possibile la “*public awareness*” su questo fenomeno (145).

Tuttavia, le considerazioni sin qui espresse dall'Assemblea Generale non hanno carattere propriamente innovativo. È proprio la Convenzione di Mérida che, all'art. 13, prescrive

che gli Stati debbano assumere impegni per stimolare i cittadini e altri *stakeholders* alla partecipazione nella prevenzione della corruzione (146), simultaneamente precettando trasparenza assoluta dell'agire pubblico (147). Senza dilungarsi sulle organizzazioni molto attive nel prevenire il fenomeno corruttivo (148), notevoli progressi della promozione della trasparenza sono tangibili oltreoceano, ove diversi paesi latinoamericani stanno facendo utilizzo di piattaforme *online* che consentono ai cittadini di monitorare costantemente lo status degli investimenti pubblici, disincentivando la corruzione (149). Ciononostante, accrescere la trasparenza soltanto relativamente alla prevenzione sarebbe inappropriato. Infatti, essa è anche utile per il corretto perseguimento dei pubblici ufficiali coinvolti in casi di corruzione (150), nonché cruciale per le istituzioni finanziarie che sono coinvolte nell'*asset recovery*, chiamate alla trasparenza e alla *due diligence* direttamente dall'art. 52 UNCAC. In tal senso, anche qui la Risoluzione non introduce alcun aspetto o contenuto propriamente innovativo, ma ricalca un'esigenza imprescindibile per la corretta implementazione del Titolo V della Convenzione ONU contro la corruzione.

In conclusione, è pacifico che gli Stati sviluppati, i quali tuttora stanno tentando di avviare importanti sviluppi legislativi (151), abbiano raggiunto un buon grado di progresso nell'*asset recovery*. Ciò posto, queste nazioni potranno comunque beneficiare delle indicazioni dell'Assemblea Generale per migliorare i risultati sinora prodotti. In particolare, saranno meritevoli d'attenzione gli sviluppi legislativi (e non) in seno all'UE ed al Consiglio d'Europa per comprendere quanto di questa Risoluzione sarà raccomandato ai rispettivi Stati Membri. Dall'altro lato, i paesi in via di sviluppo dovrebbero pedissequamente predisporre nuovi strumenti tecnici e di cooperazione per l'*asset recovery* e, soprattutto, fare in modo che emerga un sano *political will* (152). Su quest'ultimo aspetto, probabilmente, l'ONU si è soffermata in maniera troppo laconica, non eccessivamente persuasiva. Tuttavia, tale "persuasione" potrebbe scaturire dalla "condizionalità", ovvero escludere paesi non virtuosi nella lotta alla corruzione da progetti di sviluppo economico finanziati dal sistema delle Nazioni Unite. Ciò rappresenterebbe un valido incentivo per una seria attività di riforma. Ciononostante, è anche vero che la fissazione della condizionalità deve avvenire tramite un processo decisionale interno alla Nazioni Unite che non è logicamente auspicabile. Infatti, ricordando che l'organo è composto anche dagli Stati che subirebbero tale "condizionalità", dovrebbe essere la stessa Assemblea Generale ad approvare una Risoluzione di tale contenuto.

Se ci si dovesse interrogare circa il tempismo della Ris. 75/194, la risposta potrebbe coincidere con il fatto che l'atto è stato prodotto proprio per via del momento storico corrente. La pandemia ha cagionato una manifesta crisi economica e finanziaria che verrà limitata da progetti di rilancio rispondenti a Stati ed organizzazioni internazionali. Il considerevole ammontare di risorse destinate a questi progetti potrebbe aver allertato le Nazioni Unite. Il rafforzamento dell'anti-corruzione in vista della "ricostruzione" *post-COVID-19*, infatti, appare un obiettivo implicito della Risoluzione, posto per scongiurare un'indebita distrazione di risorse necessarie alla società.

References

- (1) Trattasi della Risoluzione 75/194 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Preventing and combating corrupt practices and the transfer of proceeds of corruption, facilitating asset recovery and returning such assets to legitimate owners, in particular to countries of origin, in accordance with the United Nations Convention against Corruption*, del 16 dicembre 2020, A/RES/75/194. La bozza di risoluzione è stata prodotta congiuntamente ed inviata il 17 novembre 2020 da parte di Antigua e Barbuda, Argentina, Armenia, Austria, Bangladesh, Cile, Colombia, Costa Rica, Costa d'Avorio, Ecuador, El Salvador, Francia, Giappone, Honduras, Irlanda, Italia, Kirghizistan, Malta, Marocco, Messico, Mongolia, Pakistan, Panama, Paraguay, Peru, Portogallo, Russia, Spagna e USA. Successivamente hanno provveduto a sponsorizzare la risoluzione Albania, Algeria, Arabia Saudita, Belgio, Bosnia-Erzegovina, Botswana, Brasile, Cipro, Croazia, Danimarca, Egitto, Filippine, Giamaica, Grecia, Guatemala, Guinea, India, Libia, Malawi, Mali, Montenegro, Nigeria, Norvegia, Palau, Polonia, Regno Unito, Repubblica Democratica del Congo, Ruanda, Serbia, Svizzera, Tailandia, Tunisia, Ungheria, Tanzania e Zambia. La Risoluzione è stata adottata a seguito di una relazione *ad hoc* da parte della Terza Commissione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (relatore speciale Myriam Oehri), *Crime prevention and criminal justice*, del 23 novembre 2020, A/75/479, par. II "A Draft resolution A/C.3/75/L.4/Rev.1".
- (2) J. BRUN, L. GRAY, C. SCOTT, K.M. STEPHENSON, *Asset Recovery Handbook*, Washington D.C., 2011, p. 5 ss.
- (3) Relazione della Commissione al Parlamento e Consiglio, *Recupero e confisca dei beni: garantire che "il crimine non paghi"*, del 2 giugno, 2020, COM/2020/217 final, par. 1.1: "La confisca dei proventi di reato è una componente essenziale della lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata, giacché priva i criminali dei loro introiti finanziari e garantisce che il crimine 'non paghi'".
- (4) Risoluzione 75/195 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Strengthening and promoting effective measures and international cooperation on organ donation and transplantation to prevent and combat trafficking in persons for the purpose of organ removal and trafficking in human organs*, del 16 dicembre 2020, A/RES/75/195; Risoluzione 75/196 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Strengthening the United Nations crime prevention and criminal justice programme, in particular its technical cooperation capacity*, 16 dicembre 2020, A/RES/75/196; Risoluzione 75/197 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *United Nations African Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, del 16 dicembre 2020, A/RES/75/197.
- (5) Come specificato da N.N. OKONJO-IWEALA, allora Direttore amministrativo della Banca Mondiale, e Y. FEDOTOV, allora Direttore esecutivo dell'UNDOC, nella prefazione di J. BRUN, L. GRAY, C. SCOTT, K.M. STEPHENSON, *op. cit.*
- (6) Relazione *Recupero e confisca dei beni: garantire che "il crimine non paghi"*, cit. I citati numeri, unitamente al contenuto della Relazione, hanno indotto le istituzioni europee a produrre la significativa Risoluzione del Parlamento europeo, *su una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo – Piano d'azione della Commissione e altri sviluppi recenti*, del 10 luglio 2020, 2020/2686(RSP) con la quale viene approvato il piano d'azione sulla lotta contro il *money laundering* ed *terrorism founding*, evidenziando i cambiamenti più urgenti per raggiungere un quadro europeo efficiente.
- (7) Il punto per esteso recita come segue: "[r]ealizing that the fight against corruption at all levels, including by facilitating international cooperation to achieve the purposes enshrined in the Convention, including on asset recovery and return, plays an important role in the promotion and protection of all human rights and in the process of creating an environment conducive to their full enjoyment and realization". L'ultima espressione coincide con il titolo "The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights" in comune a tre risoluzioni adottate dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, organo sussidiario dell'Assemblea Generale. Le risoluzioni, che riflettono sulla correlazione tra diritti umani e corruzione sia nell'ambito privato che pubblico. Tra le altre, v. le risoluzioni A/HRC/RES/23/9 del 13 giugno 2013; A/HRC/RES/29/11 del 2 luglio 2015; A/HRC/RES/35/25 del 23 giugno 2017.
- (8) Si allude alla *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, sottoscritta a New York il 31 ottobre 2003.
- (9) N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *federalismi.it*, n. 9, 2019, p. 4.
- (10) *Ibidem*. Tale affermazione è perfettamente inquadrabile in uno dei considerando della Ris. 75/194: "reiterating its concern about the seriousness of problems and threats posed by corruption to the stability

and security of societies, undermining the institutions and the values of democracy, ethical values and justice and jeopardizing sustainable development and the rule of law, in particular when an inadequate national and international response leads to impunity”. Cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 8 ss.

(11) Una panoramica generale sul rapporto tra corruzione e diritti umani è stata effettuata dal RAOUL WALLENBERG INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW, *The Nexus Between Anti-Corruption and Human Rights*, Lund, 2018. Per una disamina del rapporto tra diritti umani e corruzione nel contesto della giurisprudenza europea, v. A. ORIOLO, *Corruzione e diritti umani nella giurisprudenza di Strasburgo*, in A. ORIOLO, T. RUSSO (a cura di), *La lotta contro la corruzione nella legalità reticolare: il sistema penale multilivello*, Salerno, 2021, pp. 81-106.

(12) T. SØREIDE, *Democracy's Shortcomings on Corruption*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.D. CARRINGTON (eds.), *Anti-Corruption Policies. Can International Actors Play a Constructive Role?*, Durham, 2013, p. 132.

(13) Reiterata nel seguente considerando: “[r]eaffirming the importance of respect for human rights, the rule of law at the national and international levels, the proper management of public affairs and democracy in the fight against corruption”.

(14) Si pensi che nel caso del dittatore nigeriano Sani Abacha l’ammontare di fondi sottratti all’erario di Abuja era una cifra compresa tra i 3 ed i 5 miliardi di dollari, di cui solamente 500 milioni – depositati su conti elvetici – sono stati recuperati nel 2005 dalla Nigeria ed allocati in investimenti in favore delle fasce più povere della popolazione. E. MONFRINI, *The Abacha Case*, in M. PIETH (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Berna, 2008. Altri 321 milioni di dollari sono stati invece recuperati nel 2018 come riportato da C. ZEIER, *Restituzione dei fondi di Abacha ai Nigeriani*, in *EineWelt*, n. 2, 2018. O ancora, nel caso di Vladimiro Montesinos Torres, ex capo del Servizio nazionale d’informazione del Perù, nonché consigliere del presidente peruviano Alberto Fujimori, i fondi indebitamente sottratti (pari a 49,5 milioni di dollari e presenti anche qui su conti svizzeri) sono stati restituiti al Perù nel 2002 e reimpiegati in favore della popolazione. G. JORGE: *The Peruvian Efforts to Recover Proceeds from Montesinos's Criminal Network of Corruption*, in M. PIETH, op. cit.

(15) “Expressing concern over illicit financial flows, and related tax evasion, corruption and money-laundering, and their negative impact on the world economy”.

(16) “Noting with appreciation the ongoing efforts (...) to (...) strengthen international cooperation and promote public integrity and transparency in the fight against corruption, which fuels illicit trade and insecurity and is a tremendous barrier to economic growth and the safety of citizens”.

(17) Cfr., tra le altre, Risoluzione del Parlamento europeo, *Colmare il divario tra la legislazione contro la corruzione e la realtà*, del 15 settembre 2011, P7_TA(2011)0388, in GUUE C 51E, del 22 febbraio 2013, considerando F: “la corruzione mina lo Stato di diritto, conduce ad un uso improprio del denaro pubblico in generale e dei fondi UE forniti dai contribuenti e causa distorsioni del mercato che hanno svolto un ruolo nella crisi economica attuale”; Risoluzione del Parlamento europeo, *Criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere* (relazione intermedia), dell’11 giugno 2013 (2012/2117(INI)), in GUUE C 65, del 19 febbraio 2016, considerando AS: “la corruzione è percepita dal 74 % dei cittadini europei come un problema fondamentale nel proprio Paese nonché a livello sovranazionale e che fenomeni di corruttela si verificherebbero in tutti i settori della società; considerando che la corruzione mina la fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche e nell’efficacia dei governi eletti nel preservare lo Stato di diritto, perché crea privilegi e conseguentemente iniquità sociale; che la sfiducia nella classe politica si accentua nei periodi di grave crisi economica”.

(18) S. BONFIGLI, *L’Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, p. 109.

(19) Risoluzione 70/1 dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, del 25 settembre 2015, A/RES/70/1.

(20) Nel Piano d’Azione del G20 infatti si afferma: “[w]e further reaffirm our shared commitments under Goal 16 of the 2030 Agenda for Sustainable Development to ‘substantially reduce corruption and bribery in all their forms’ and ‘strengthen the recovery and return of stolen assets’”. Per maggiori informazioni sul G20 e le sue iniziative in opposizione al fenomeno corruttivo, v. G. TARTAGLIA POLCINI, *Il contrasto alla corruzione nell’attività dei fori multilaterali: la presidenza italiana del G20*, in A. ORIOLO, T. RUSSO (a cura di), *La lotta contro la corruzione nella legalità reticolare: il sistema penale multilivello*, Salerno, 2021, pp. 179-194. Un prodotto interessante dell’attività del G20 è la creazione di 9 principi benchmark per l’asset

recovery che poi sono stati declinati in base ad ogni singolo paese membro di questa pseudo-organizzazione: Gruppo di lavoro G20 contro la corruzione, *Nine Key Principles of Effective Asset Recovery Adopted*, 2011.

(21) Maggiori info disponibili al link <https://www.g20.org/measuring-corruption-importance-developments-and-added-value-of-anti-corruption-working-group-2021.html>.

(22) Dichiarazione congiunta del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione, *The New European Consensus on Development 'Our World, Our Dignity, Our Future'*, del 7 giugno 2017.

(23) È il caso della Spagna per G. TASCIONI, *La corruzione nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile: riflessioni sul caso spagnolo e le sue connessioni con il commercio di armi*, 2019, p. 21. Tale nazione, infatti, è restia ad implementare specifiche riforme sulla trasparenza, lasciando le procedure di esportazione delle armi in uno stato di opacità, più precisamente di “notevole mancanza di trasparenza e accountability”.

(24) Risoluzione 69/313 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development (Addis Ababa Action Agenda)*, del 27 luglio 2015, A/RES/69/313.

(25) Per maggiori informazioni, v. *infra*, par. 3 di questo contributo.

(26) Dichiarazione congiunta, *The New European Consensus on Development*, cit., parr. 3 e 50, ove è stabilito che “EU and its Member States will work with partner countries to promote progressive taxation, anti-corruption measures and redistributive public expenditure policies, and to tackle illicit financial flows so as to promote access to quality basic services for all”.

(27) Relazione *Recupero e confisca dei beni: garantire che "il crimine non paghi"*, cit. La Relazione descrive l'intento della Commissione armonizzare maggiormente i regimi di recupero dei beni vigenti nell'UE. Tale valutazione riguarderà sia la Direttiva 2014/42/UE del Parlamento e del Consiglio, *relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea*, del 3 aprile 2014, in GUUE L 127/39, del 29 aprile 2014, sia la Decisione 2007/845/GAI del Consiglio, *concernente la cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi*, del 6 dicembre 2007, in GUUE L 332/103, del 18 dicembre 2007.

(28) Risoluzione 70/174 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice*, del 17 dicembre 2015, A/RES/70/174.

(29) UNODC, *Achievements Report 2020*, 2021, disponibile al link www.viewer.joomag.com/network-achievements-report-2020/0170541001618327479?short&.

(30) Creato attraverso la Risoluzione 3/1 durante la terza sessione della COSP del 9-13 novembre 2009 a Doha, il Meccanismo consente di verificare il corretto adempimento degli obblighi convenzionali maturati in capo agli Stati Parte. I controlli vengono effettuati secondo la logica del *peer review*, ovvero secondo un giudizio prodotto da Stati Parte verso altri Stati Parte. È stabilita una vera e propria tabella di marcia che prevede cicli di cinque anni durante i quali vengono verificati di volta in volta due capitoli tematici della Convenzione, precisandosi che, caso per caso, vengono sorteggiati due Stati Parte che effettueranno il controllo sullo Stato da valutare. L. SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass. Pen.*, Vol. 52, n. 12, 2012, pp. 4272-4275. Nel caso dell'Italia, il primo ciclo di valutazione (2010-2015) ha riguardato i capitoli della repressione e della cooperazione internazionale, il secondo ciclo (2010-2020) quello della prevenzione e dell'*asset recovery*. Peraltro, questo secondo ciclo di valutazione si è concluso con esito ampiamente positivo e con beneficio per l'immagine e per la crescita del valore reputazionale dell'Italia.

(31) Esempi di disfunzionalità sono: la disponibilità *de facto* di un diritto di veto per lo Stato soggetto a valutazione circa alcuni aspetti della procedura; il ruolo di mera comparsa per la società civile al momento della valutazione e della stesura delle elazioni; nonché il regime pubblicitario della relazione finale assai ristretto, ovvero di “sostanziale natura confidenziale”. S. BONFIGLI, *op. cit.*, p. 111. Per maggiori informazioni sul GRECO, v. E. VANNATA, *La lotta alla corruzione in ambito “regionale”: il Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO)*, in T. RUSSO, A. ORIOLO, G. DALIA (eds.), “EU-Western Balkans Cooperation on Justice and Home Affairs”, 2nd Edition Essays, OPTIME, (in corso di pubblicazione) 2021.

(32) G. NICCHIA, *I meccanismi di monitoraggio istituiti dalle Convenzioni internazionali in tema di lotta alla corruzione*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova 2014, p. 451.

(33) Risoluzione 58/4 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione* (Convenzione di Mérida), del 31 ottobre 2003, A/RES/58/4.

(34) Legge 3 agosto 2009, n. 116, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonché norme di adeguamento interno e modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*, in G.U. n. 188, del 14 agosto 2009.

(35) N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, cit., p. 6.

(36) E. ZANIBONI, *Ordine internazionale e lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* n. 4, 2014, p. 1923.

(37) Un valido aiuto per comprendere la validità e portata dei singoli articoli è dato dall'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, 2012, il quale descrive le singole disposizioni chiarendone la portata alla luce dei lavori preparatori.

(38) S. BONFIGLI, *op. cit.*, p. 110; per una valutazione sul diritto di libera espressione rapportato al *whistleblowing*, v. T. RUSSO, *Il whistleblowing come strumento "multilivello" della lotta alla corruzione*, in A. ORIOLO, T. RUSSO (a cura di), *La lotta contro la corruzione nella legalità reticolare: il sistema penale multilivello*, Salerno, 2021, pp. 126-153.

(39) Il Titolo II riguarda le misure preventive, comprensive di meccanismi istituzionali, codici di condotta e politiche favorevoli al buon governo, allo stato di diritto, alla trasparenza e alla responsabilità. Il Titolo III attiene alle misure penali, istituendo in capo agli Stati Parte l'obbligo di conferire carattere penale a una grande diversità di infrazioni correlate ad atti di corruzione, laddove esse non siano già presenti nel diritto interno in qualità di illeciti penali. Elemento innovativo della Convenzione è indubbiamente l'ampliamento del campo di applicazione poiché non si limita a prendere in considerazione le sole forme elementari o "tradizionali" di corruzione, bensì anche quegli atti commessi allo scopo di facilitare la corruzione stessa (es., ostacolo al buon funzionamento della giustizia, ricettazione, riciclaggio di proventi della corruzione). Il Titolo IV si occupa di cooperazione internazionale, essenziale in tutti i momenti della lotta contro la corruzione: prevenzione, indagini, perseguimento dei responsabili, sequestro e restituzione dei beni illecitamente ottenuti. A differenza dei precedenti strumenti internazionali, la Convenzione prevede una mutua assistenza giudiziaria anche in assenza di doppia incriminazione, qualora tale assistenza non implichi misure coercitive. Il Titoli VI e VII comprendono articoli che riguardano rispettivamente l'uno l'assistenza tecnica e lo scambio di informazioni, l'altro i meccanismi applicativi della Convenzione. Le clausole finali del Titolo VIII riguardano, infine, l'attuazione della Convenzione, i meccanismi di composizione delle controversie e di denuncia della Convenzione. Per un'analisi sull'evoluzione della Convenzione, v. per tutti A.K. WEILERT, *United Nations Convention against Corruption (UNCAC) – After Ten Years of Being in Force*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, Vol. 19, n. 1, 2016, pp. 216-240.

(40) Il considerando in questione recita per intero: "[b]earing in mind the need to promote and strengthen measures to prevent and combat corruption more efficiently and effectively, that the return of assets is one of the main objectives, an integral part and a fundamental principle of the Convention, and recalling article 51 of the Convention, under which States parties shall afford one another the widest measure of cooperation and assistance with regard to asset return".

(41) L. BORLINI, *Linee evolutive della normativa internazionale in materia di asset recovery*, in *Dir.com.int.* n. 3, 2012, p. 585 ss. Cfr. anche L. BORLINI, G. NESSI, *International Asset Recovery: Origins, Evolution and Current Challenges*, in *Dir.com.int.* Fasc. 2, 2014, pp. 397-435.

(42) Altri trattati da segnalare sono, su tutti, la Convenzione OCSE del 1997 *on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. A livello regionale si segnalano, su tutte, le due Convenzioni del 1999 del Consiglio d'Europa, denominate *Criminal Law Convention on Corruption* e *Civil Law Convention on Corruption*; la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee adottata dal Consiglio dell'Unione europea nel 1995, completata da tre Protocolli, ovvero il primo (1996), relativo alla corruzione dei funzionari comunitari, il secondo (1997) in tema di responsabilità delle persone giuridiche e relative sanzioni, di riciclaggio e confisca, di cooperazione tra i servizi della Commissione europea e gli Stati nonché di protezione dei dati, il terzo (1996) sulla competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a interpretare la Convenzione tramite rinvio pregiudiziale; la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari comunitari o nazionali, adottata dallo stesso Consiglio dell'Unione del 1997; la Convenzione dell'Unione africana sulla prevenzione e sulla lotta contro la corruzione del 2003; la Convenzione Interamericana contro la Corruzione del 1996; Convenzione araba contro la corruzione del 2010 (Lega Araba). Una lunga e approfondita analisi delle singole fonti regionali è fornita da V. MONGILLO, *op. cit.*, p. 463 ss.

(43) Art. 12 UNTOC, intitolato "*Confisca e sequestro*". Il primo comma recita come segue: "[g]li Stati Parte adottano, nella più ampia misura possibile nell'ambito dei loro ordinamenti giuridici interni, le

misure necessarie a consentire la confisca di: a) proventi di reato derivanti da reati di cui alla presente Convenzione o beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi; b) beni, attrezzature e altri strumenti utilizzati o destinati ad essere utilizzati per la commissione di reati di cui alla presente Convenzione”. Per una rassegna su tutti questi strumenti quanto al diverso ambito di applicazione, v. N. PARISI, D. RINOLDI, *L'applicazione in Italia di strumenti giuridici internazionali contro la corruzione*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Milano, 2003, p. 221 ss.

(44) Cfr. R. RAZZANTE, G. POLCINI TARTAGLIA, *Prevenzione e repressione della corruzione a livello internazionale. La relativa fallacia degli indicatori di rating e le moderne strategie di contrasto*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, n. 1, 2017, pp. 5-11.

(45) Conferenza delle Parti della Convenzione ONU contro il Crimine Organizzato Transnazionale, *Celebrating the twentieth anniversary of the adoption of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and promoting its effective implementation*, del 12 ottobre 2020, CTOC/COP/2020/L.7/Rev.1. Attraverso la Risoluzione Falcone, viene potenziato il contrasto alla dimensione economica della criminalità, offrendo strumenti sempre più avanzati di prevenzione e di repressione delle nuove forme di criminalità. Vieppiù, nel documento si fa anche chiaro riferimento alla cooperazione globale avverso le conseguenze socio-economiche della pandemia da Covid-19, nonché l'infiltrazione mafiosa nel mondo imprenditoriale.

(46) A. BALSAMO, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, in *Sistema Penale*, 2020, p. 16.

(47) N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, cit., p. 2.

(48) Ad esempio, tra le altre, Risoluzione (97)24 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Twenty Guiding Principles against Corruption*, del 6 novembre 1997; Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *on Codes of Conduct for Public Officials*, dell'11 maggio 2000, R(2000)10; Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *on Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns*, dell'8 aprile 2003, R(2003)4.

(49) Raccomandazione del Consiglio OCSE, *on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*; del 25 maggio 2009; Raccomandazione del Consiglio OCSE, *for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, del 26 novembre 2009; Raccomandazione del Consiglio OCSE, *for Development Co-operation Actors on Managing the Risk of Corruption*, 16 novembre 2016; Raccomandazione del Consiglio OCSE, *on Bribery and Officially Supported Export Credits*, del 13 maggio 2019.

(50) Comunicazione della Commissione europea al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, *Politica globale dell'Unione europea contro la corruzione*, del 28 maggio 2003, COM(2003) 317 final; Risoluzione del Parlamento europeo del 15 settembre 2011, cit.; Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 giugno 2013, cit.; Risoluzione del Parlamento europeo, *Trasparenza, responsabilità e integrità nelle istituzioni dell'UE*, del 14 settembre 2017, P8_TA(2017)0358, in GUUE C 337/120, del 20 settembre 2018.

(51) F. FALATO, *Prescrizione, corruzione e processi internazionali di mutua valutazione*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2017, pp. 2-3.

(52) E. ZANIBONI, *op. cit.*, p. 1951. Invece, una differenziazione proposta da UNODC, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention Against Corruption*, Vienna, 2006, fa riferimento ai “mandatory requirements”, ovvero obblighi “to take legislative or other measure”; agli “optional requirements”, intesi come “obligations to consider”; nonché alle “optional measures”, ovvero “measures States parties may wish to consider”.

(53) Il riferimento è all'Allegato 1 della Risoluzione 55/61 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *An effective international legal instrument against corruption*, del 4 dicembre 2000, A/RES/55/61, ove si fornisce una lista indicativa “of international legal instruments, documents and recommendations against corruption”.

(54) Consiglio d'Europa, *Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo*, del 16 maggio 2005, STCE n°198, Preambolo. Il testo evidenzia che il rapido accesso alle informazioni relative ai finanziamenti o alle risorse delle organizzazioni criminali, inclusi i gruppi terroristici, è fondamentale per il successo delle misure preventive e repressive e, in ultima analisi, rappresenta il modo migliore per destabilizzare le attività di queste organizzazioni.

- (55) L. GRAY, K. HANSEN, P. RECICA-KIRKBRIDE, L. MILLS, *Few and Far. The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*, Washington D.C., 2014, p. 1.
- (56) “*Recognizing that States continue to face challenges in recovering assets owing to differences between legal systems, the complexity of multi-jurisdictional investigations and prosecutions (...)*”.
- (57) J. SMITH, M. PIETH, G. JORGE, *The Recovery of Stolen Assets: A Fundamental Principle of the UN Convention against Corruption*, in *U4Brief*, n. 2, febbraio 2007, pp. 1-4.
- (58) L. BORLINI, G. NESSI, *op. cit.*, p. 398.
- (59) Un contenuto analogo, ma non identico, va riconosciuto alla Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati, firmata nel 1995 ed entrata in vigore nel 1999. Infatti, essa mira ad ottenere una più ampia armonizzazione del diritto internazionale afferente alla restituzione di oggetti di valore storico-culturale che siano stati rubati (art. 1, lett. a).
- (60) La Ris. 75/194 afferma: “[r]ecognizing that those who engage in corrupt acts, whether natural or legal persons, should be held accountable and prosecuted by their domestic authorities, consistent with domestic law and the requirements of the Convention, and that all appropriate efforts should be made to conduct a financial investigation into assets illegally acquired by them and to recover such assets through domestic confiscation proceedings, international cooperation for purposes of confiscation or appropriate direct recovery measures”.
- (61) Ad esempio: “[w]elcoming the commitment of States parties to the Convention, in particular their determination to give effect to the obligations set out in chapter V of the Convention in order to prevent, detect, deter and recover in a more effective manner the international transfer of proceeds of crime and to strengthen international cooperation in asset recovery”; v. *supra*, nota 26. Al contrario, guardando alla Risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Prevention of corrupt practices and illegal transfer of funds*, del 22 dicembre 1999, A/RES/54/205, si può notare che, prima dell’UNCAC, la profondità e l’estensione del discorso da parte dell’ONU circa la corruzione – sull’asset recovery in particolar modo – fosse considerevolmente esiguo.
- (62) M. PIETH (ed.), *op. cit.*, p. 9. Del resto, la Risoluzione 56/260 dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Terms of reference for the negotiation of an international legal instrument against corruption*, del 31 dicembre 2002, A/RES/56/260, prescrive al punto 3 un “comprehensive and multidisciplinary approach” al Comitato formato *ad hoc* per la stesura della Convenzione.
- (63) “(...) recalling article 51 of the Convention, under which States parties shall afford one another the widest measure of cooperation and assistance with regard to asset return”.
- (64) L. BORLINI, G. NESSI, *op. cit.*, p. 404.
- (65) *Ibid*; l’art. 31, par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969) stabilisce: “[u]n trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo”.
- (66) Il considerando per intero recita: “[r]ecalling that the purposes of the Convention, as set out in article 1, are to promote and strengthen measures to prevent and combat corruption more efficiently and effectively, to promote, facilitate and support international cooperation and technical assistance in the prevention of and fight against corruption, including in asset recovery, and to promote the integrity, accountability and proper management of public affairs and public property”.
- (67) Al momento della ratifica italiana intervenuta nel 2009, il contenuto dell’art. 52 UNCAC era già previsto in Italia dalla Legge 5 luglio 1991, n. 197 del, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, recante provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio*, in G.U. n. 157 del 6 luglio 1991, la quale recepì nel nostro Paese il sistema antiriciclaggio delineato dalla Direttiva 91/308/CE del Consiglio, *relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite*, del 10 giugno 1991, in GUUE L 166, del 28 giugno 1991 (c.d. prima direttiva). La stessa mirava a tutelare la credibilità ed il corretto funzionamento dei sistemi finanziari dei Paesi membri, anche nel rispetto degli standard previsti dalle raccomandazioni del Gruppo d’Azione Finanziaria Internazionale.
- (68) J. BRUN, L. GRAY, C. SCOTT, K.M. STEPHENSON, *op. cit.*, p. 159 ss.
- (69) Per l’OCSE *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery – A Joint OECD-StAR Analysis*, 2012, p. 16, la confisca è “the permanent deprivation of assets by order of a court or other competent authority”. La confisca può quindi seguire una condanna penale, oppure presentarsi come di natura civile/amministrativa. Tuttavia, vi è parte della dottrina che ritiene che la confisca sia una forma di sanzione in sé, come B. HERPEL, *Toward a Constitutional Kleptocracy: Civil Forfeiture in America*, in *Michigan Law Review*, n. 96, 1998, pp. 1923-1926; M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra*

funzionalità e garantismo, Milano, 2001, p. 625 ss.; S.D. CASSELLA, *Asset Forfeiture Law in the United States 2nd ed.*, 2013, p. 3.

(70) L'Unione Europa, con il Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, del 14 novembre 2018, in GUUE L 303, del 28 novembre 2018, ha disposto direttamente sul riconoscimento di tali provvedimenti, eccezion fatta per quelli emessi nel quadro di un procedimento in materia civile o amministrativa (art. 1, par. 4).

(71) Si pensi al caso di Mobutu Sese Seko, dittatore della Repubblica Democratica del Congo (ai tempi Zaire) fino al 1997, i cui fondi illeciti depositati in Svizzera ammontavano a 4 milioni di dollari. Nonostante fossero state le autorità svizzere a fare richiesta presso le autorità congolese per identificare il titolare del conto bancario in questione, la Repubblica Democratica del Congo ritenne che il dispendio di risorse per il recupero della somma sarebbe stato sproporzionato rispetto al successivo ritorno economico. T. DANIEL, *Repatriation of Looted State Assets: Selected Case Studies and the UN Convention against Corruption*, in R. HODESS, T. INOWLOCKI., D. RODRIGUEZ, T. WOLFE (eds.), *The Global Corruption Report*, Londra-Berlino, 2004, pp. 100-107.

(72) In Italia, contestualmente alla ratifica dell'UNCAC nel 2009, furono introdotti gli Artt. 740-bis c.p.p., intitolato "Devoluzione ad uno Stato estero delle cose confiscate" e 740-ter c.p.p., intitolato "Ordine di devoluzione", i quali danno concreta esecuzione ad una delle parti più innovative della Convenzione.

(73) L. BORLINI, G. NESSI, *op. cit.*, p. 417. Cfr. J.B. WELD, *International Cooperation in the Recovery of Criminal Assets*, in UNAFEI 146th International Training Course Visiting Experts' Papers, Resource Material Series No.83, 2020, p. 29, nota 2, che invece ritiene che una tipica disposizione dei trattati multilaterali "often eliminates the ability to provide formal legal assistance in criminal tax matters because many countries, including the United States, do not provide for forfeiture or confiscation for tax crimes".

(74) Ivi, p. 418.

(75) Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, Divisione per la globalizzazione e le strategie di sviluppo, *Paper on the Promotion of international cooperation to combat illicit financial flows and strengthen good practices on assets return to foster sustainable development: Achievements, challenges and ways forward*, del 7 ottobre 2020, p. 13, disponibile al link www.unctad.org/system/files/official-document/webosg2021d1_en.pdf. È giusto far presente che la Risoluzione 75/206 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Promotion of international cooperation to combat illicit financial flows and strengthen good practices on assets return to foster sustainable development*, del 21 dicembre 2020, A/RES/75/206, nasce quale atto di trasposizione del Paper prodotto dall'UNCTAD. Tuttavia, per via del contenuto meno "fedele" alle conclusioni espresse dalla Conferenza, nonché una minore solennità che traspare nel testo, la Ris. 75/194 appare un miglior recipiente di tali conclusioni.

(76) Ris. 75/194, cit., punto 17.

(77) Art. 5(4) UNCAC: "Gli Stati Parte, quando necessario e conformemente ai principi fondamentali del loro sistema giuridico, collaborano gli uni con gli altri e con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti nella promozione e nella messa a punto delle misure di cui al presente articolo. Nell'ambito di tale collaborazione, essi possono partecipare a programmi e progetti internazionali volti a prevenire la corruzione".

(78) N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, cit., p. 26.

(79) Cfr. G. ABBATINO, N. PARISI, *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Padova, 2015; M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze di ANAC sui contratti pubblici*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017; N. PARISI, *ANAC and the Italian Model for the Prevention of Corruption. Best Practices, Challenges and Gaps*, in G. BELLANTUONO, F. LARA, *Legal Conservations Between Italy and Brazil*, Trento, 2018.

(80) Agence française anticorruption, *Global Mapping of Anti-Corruption Authorities*, maggio 2020.

(81) Quest'ultima è stata lanciata nel settembre 2007 in partnership dalla Banca Mondiale e UNODC con lo scopo di promuovere la ratifica ed implementazione del Titolo V UNCAC. La StAR è particolarmente significativa siccome ha avviato un'intensa produzione di linee guida, principi e relazioni sullo stato dell'arte utili al recupero dei proventi criminali. Un esempio è il *Tracking Anti-Corruption and Asset Recovery Commitments. A Progress Report and Recommendations for Action*, marzo 2011, pp. 2, 51 ss e Allegato A, che, patrocinato anche dall'OCSE, presenta delle conclusioni in sostanza assimilabili a quelle prodotte 10 anni dopo dall'Assemblea Generale nella risoluzione esaminata in questo contributo.

(82) S. BLEY, *INTERPOL's Asset Recovery Initiatives and Support*, 2018.

- (83) *Progress report* del Gruppo di lavoro intergovernativo sull'asset recovery, on the implementation of the mandates of the Working Group on Asset Recovery, del 20 marzo 2019, CAC/COSP/WG.2/2019/2, punto 80.
- (84) F. DESTERBECK, D. SCHANTZ, *Asset Recovery in the UNCAC Convention: Possibilities and Limitations*, in *eu crim*, n. 4, 2009, p. 168.
- (85) G20 Anti-Corruption Working Group, *2020 Accountability Report*, ottobre 2020, p. 19.
- (86) F. DESTERBECK, D. SCHANTZ, *op. cit.*, riporta che ad oggi il network consta di 45 membri per 39 Stati.
- (87) Risoluzione del Parlamento europeo, *Criminalità organizzata nell'Unione europea*, del 25 ottobre 2011, (2010/2309(INI)), in GUUE C 131E, dell'8 maggio 2013.
- (88) Istituiti con la Decisione 2007/845/GAI del Consiglio, *concernente la cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi*, del 6 dicembre 2007, in GUUE L 332, del 18 dicembre 2007.
- (89) Decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio, *relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge*, del 18 dicembre 2006, in GUUE L 386, del 29 dicembre 2006. Nel 2020, la loro centralità ed importanza viene ribadita nella Relazione della Commissione al Parlamento e Consiglio, *Recupero e confisca dei beni: garantire che "il crimine non paghi"*, cit. par. 4., intitolato "Identifying and tracing illegally acquired assets".
- (90) I tempi di risposta, invece, sono da taluni considerati "striking" in UE, in quanto pari a 8 ore dall'avvenuta di una richiesta di informazioni urgenti; mentre il limite standard è compreso tra una settimana e 14 giorni. F. DESTERBECK, D. SCHANTZ, *op. cit.* Cfr. M. MAUGERI, *Mutual Recognition and Confiscation of Assets: An EU Perspective*, in C. KING, C. WALKER, J. GURULÉ (eds.), *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*, Basingstoke, 2018; cfr. L. SAVASTANO, *Indagini patrimoniali all'estero: il network europeo dell'Asset Recovery Office*, in *Il Centauro*, n. 216, 2019, pp. 12-14.
- (91) Il gruppo rappresenta l'organismo globale delle Financial Intelligence Unit (FIU) ed è stato costituito nel 1995 per il supporto alle prassi operative e alla collaborazione internazionale. Le FIU aderenti sono rapidamente aumentate, superando nel corso degli anni le 150. La FIU italiana è membro del Gruppo Egmont dal 1996 (fino al 1° gennaio 2008 come Ufficio Italiano dei Cambi, successivamente come Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia).
- (92) B. IGE, *Abacha and the Bankers: Cracking the Conspiracy*, in *Forum on Crime and Society*, Vol. 2, n. 1, 2002, p. 111.
- (93) A. NKOYOCK, *United Nations Partnership with Financial Intelligence Unit Germany Highlights Innovative Software Tools Used to Combat Organized Crime*, in *UNGoPortfolio*, 27 settembre 2020: "(...) essential software solutions for Financial Intelligence Unit Germany, not only due to its workflow management system for suspicious transaction reports and other types of information, but also as the central interface with target systems, databanks and other sources of intelligence".
- (94) Ris. 75/194, cit., punto 50.
- (95) Ivi, punto 62.
- (96) Art. 60(2) UNCAC.
- (97) Risoluzione 67/189 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Strengthening the United Nations crime prevention and criminal justice programme, in particular its technical cooperation capacity*, del 27 marzo 2013, A/RES/67/189.
- (98) Ris. 75/194, cit., punto 62.
- (99) M.V. VLASIC, G. COOPER, *Beyond the Duvalier Legacy: What New "Arab Spring" Governments Can Learn from Haiti and the Benefits of Stolen Asset Recovery*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 10, n. 1, 2011, p. 25.
- (100) Ris. 75/19, cit., punto 15.
- (101) C. CETINA, *Policy Brief #8 – Tecnología para la integridad en tiempos del COVID-19*, 2020, pp. 3 e 9.
- (102) Ris. 75/19, cit., punto 24; da raccordarsi con il punto 56 che chiede agli Stati di "to make widely available information on their legal frameworks and procedures with regard to asset recovery under chapter V of the Convention", dunque ampliando lo spettro delle informazioni che dovrebbero essere condivise in ambito di cooperazione.
- (103) Ivi, punto 54. Un richiamo all'attuazione e promozione di prassi efficaci, anche inserite nel Titolo II "Misure preventive", è presente all'art. 5(2) UNCAC. Diversamente, un richiamo generico (ovvero non

legato alla prevenzione) alla condivisione delle migliori prassi è presente all'art. 61(2) UNCAC.

(104) Decisione 2007/845/GAI, cit., art. 6 (“*Exchange of best practices*”).

(105) T.S. GREENBERG, L.M. SAMUEL, W. GRANT, L. GRAY, *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, Washington D.C., 2009.

(106) Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale, *Best Practices Paper Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery*, ottobre 2012.

(107) Costituito nel 1989 in occasione del G7 di Parigi, il GAFI è un organismo intergovernativo che ha per scopo l'elaborazione e lo sviluppo di strategie di lotta al riciclaggio dei capitali di origine illecita e, dal 2001, anche di prevenzione del finanziamento al terrorismo. Nel 2008, il mandato del GAFI è stato esteso anche al contrasto del finanziamento della proliferazione di armi di distruzione di massa.

(108) Il mandato alla loro produzione venne conferito dalla stessa Assemblea Generale e dal COSP UNCAC nel 2013. Le Linee Guida di Losanna sostanzialmente illustrano quattro momenti fondamentali: 1) attività di Intelligence ed indagini preliminari; 2) attività di indagine effettiva; 3) comunicazione tra autorità; 4) cooperazione internazionale.

(109) L'iniziativa è stata promossa dall'ANAC e, oltre all'Italia, hanno firmato la dichiarazione d'intenti Francia, Danimarca, Azerbaigian, Bosnia, Croazia, Albania, Estonia, Grecia, Montenegro, Romania, Serbia, Ucraina, Slovacchia, Moldavia e Slovenia.

(110) Ris. 75/19, cit., punto 19.

(111) K.M. STEPHENSON, L. GRAY, R. POWER, J. BRUN, G. DUNKER, M. PANJER, *Barriers to Asset Recovery*, Washington D.C., 2011; v. anche K. STEPHENSON, L. GRAY, R. POWER, *Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action*, 2011.

(112) Precisamente si fa riferimento ad un “*lack of political will to identify asset recovery as a priority and failure to attend to anti-money laundering measures to prevent asset flight*” ed un “*lack of a comprehensive, sustained, and concerted policy or strategy to identify asset recovery as a priority and to ensure alignment of objectives, tools, and resources to this end*”, *ivi*, p. 2.

(113) J.B. WELD, *op. cit.*, p. 36: “*Recovery of corruption proceeds is fraught with barriers not necessarily present in other types of criminal cases. Differences in legal systems and the resources needed for endless court challenges by the prokleptocrat's family and associates increase the difficulty*”.

(114) P. MAURO, P. MEDAS, J. FOURNIER, *The Cost of Corruption*, in *Finance & Development*, Vol. 56, n. 3, 2019, p. 29: “[i]t starts with domestic political will, continuous strengthening of institutions to promote integrity and accountability, and global cooperation”.

(115) U. ZVEKIC, *Governare la corruzione globale le convenzioni dell'ONU contro il crimine: UNTOC ed UNCAC*, dicembre 2019, p. 23.

(116) M.C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999, p. 155; in tal senso anche E. ZANIBONI, *op. cit.*, p. 1949: “[i]n primo luogo, la possibilità di un contrasto efficace e di una definitiva messa al bando delle condotte di cui ci stiamo occupando è resa assai problematica e di difficile realizzazione a causa delle commistioni e collusioni che la corruzione crea tra attività pubbliche e private, tra controllori e controllati, e così via”.

(117) P. MASON, *Twenty Years with Anticorruption*, in *U4 Practitioner Experience Note*, 2020, parte 6, p. 4. Inoltre, la cooperazione è resa complessa dalla presenza, in taluni casi, di veri e propri “ricatti politici” per il rimpatrio dei fondi, come nel caso dell'Indonesia e di Hong Kong. Nel caso di specie, si fa riferimento ad 800 milioni di dollari del banchiere indonesiano, Hendra Rahardja, sottratti indebitamente dalla Bank of Indonesia Liquidity Support e depositati su un proprio conto ad Hong Kong. L'ex colonia britannica si è offerta nel 2007 di aiutare lo Stato indonesiano in cambio di una commissione del 20% e con un'equa ripartizione tra i due Stati del rimanente 80%. A. KHALIK, *RI Poised to Recover \$800m in Stolen Assets*, in *The Jakarta Post*, 5 settembre 2007.

(118) Mentre nel caso di Mohamed Abacha, figlio del dittatore nigeriano Sani Abacha, le immunità non sono state applicate ed è stato possibile recuperare 635 milioni di dollari e 75 milioni di sterline, in altri Stati in via di sviluppo l'asset recovery è sovente complicato dalla presenza di immunità riconosciute in capo ai propri leader politici e figure istituzionali vicine a questi. Un esempio pratico è offerto dal caso del presidente del Gambia, Yahya Jammeh, cui vari paesi dell'Africa Occidentale avevano offerto l'immunità nel 2017 a fronte di una indebita sottrazione da fondi pubblici di ben 975 milioni di dollari. In particolare, il blocco di paesi africani ECOWAS avviò una serie di incontri con l'interessato perché si autodestituisse, promettendo l'immunità ed un esilio sicuro nella Guinea Equatoriale. Peraltro, la Guinea Equatoriale è uno Stato che si è dimostrato particolarmente inquinato da politiche *ad personam*, visto che il proprio presidente, Teodoro Obiang Mbasogo, ha provveduto a nominare il proprio figlio, Teodoro Obiang Mangué, secondo vicepresidente del paese, in modo da “concedergli” l'immunità dalla

giurisdizione estera. E. MONFRINI, *op. cit.*, p. 44; *Anger in Gambia as the Extent of Jammeh-era Corruption and Brutality Surfaces*, in *DW*, 18 aprile 2019; cfr. B. TURNER, *Supporting Legislation and Action on Recovery of Stolen Assets and Money Laundering*, 2004.

(119) Si considerino le difficoltà (ben 60 sentenze) incontrate della Svizzera nel 1986 per congelare, confiscare e restituire alle Filippine i fondi del plenipotenziario Ferdinand Marcos. Dipartimento federale degli affari DFAE (Svizzera), *Il denaro pubblico alla luce del sole. L'esperienza della Svizzera nella restituzione dei fondi illeciti delle persone politicamente esposte*, luglio 2016, p. 9. Va ammesso che anche nell'Europa più progredita si sono registrate tali problematiche. Un valido esempio è il caso di corruzione di diversi parlamentari del Bundestag tedesco nel periodo 1969-1989, di cui un membro venne poi assolto dal Parlamento stesso. T. HOPPE, *Public Corruption: Limiting Criminal Immunity of Legislative, Executive and Judicial Officials in Europe*, in *ICL Journal*, Vol. 5, n. 4, 2011, p. 538, nota 3.

(120) Ris. 75/194, cit., punti 25 e 26.

(121) Si pensi soltanto al fatto che, innanzitutto, un paese “vittima” deve efficacemente riuscire ad individuare i beni o le somme indebitamente acquisite da un soggetto, sia questa persona fisica o giuridica (magari sulla base di informazioni non in proprio possesso). In secondo luogo, questo stesso paese “vittima” dovrà poi presentare una richiesta di cooperazione nei confronti delle autorità del paese ove questi proventi criminosi sono localizzati per ottenere un eventuale congelamento. Successivamente, un'azione legale per la confisca dovrà essere avviata, cui seguirà il rimpatrio. Procedure implicanti un gran numero di passaggi, richiedono uno sblocco tecnico-procedurale che discenderà dalla cooperazione tra gli Stati. K.M. STEPHENSON, L. GRAY, R. POWER, J. BRUN, G. DUNKER, M. PANJER, cit.

(122) A. FONTANA, *Fighting Corruption and Illicit Financial Flows*, in *Development Co-operation Report 2014 (OECD)*, 2014, p. 161.

(123) Ris. 75/194, cit., punto 21.

(124) T.S. GREENBERG, L.M. SAMUEL, W. GRANT, L. GRAY, *op. cit.*, p. 127.

(125) Un esempio virtuoso è quello della Banque National de Paris (BNP Paribas), che rifiutò nel 2006 di trasferire 45 milioni di dollari di fondi appartenenti Tommy Suharto, politico ed imprenditore indonesiano condannato per corruzione ma, anzi, ricorse spontaneamente al congelamento di questi; J. AGLIONBY, *Indonesia Closer to Suharto Millions*, in *Financial Times*, 23 gennaio 2007.

(126) G. USOROVA, H. CAMPBELL, *Full and Frank Disclosure: Too Heavy A Burden?*, in *Asset Recovery Magazine*, n. 3, 2019, pp. 38-39. Gli autori fanno notare che, nel Regno Unito, è emerso che l'obbligo di disclosure delle informazioni su conti bancari sospetti in favore degli inquirenti è stato disatteso dalle banche nei casi *Tugushev c. Orlov* (marzo 2019) e *Rogachev c. Goryanov* (giugno 2019).

(127) Ivi, punto 26. Per una panoramica sulle procedure previste in Italia, v. M. PANZAVOLTA, *Confiscating Dirty Assets: The Italian Experience*, in C. KING, C. WALKER, J. GURULÉ (eds.), *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*, Basingstoke, 2018.

(128) J. BOUCHT, *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, Oxford, 2017, cap. 2. Cfr. anche T. TRINCHERA, *Confiscation And Asset Recovery: Better Tools To Fight Bribery And Corruption Crime*, in *Criminal Law Forum*, n. 31, 2020, 49-79.

(129) L. BORLINI, G. NESSI, *op. cit.*, p. 412. È però da riconoscere che recentissimamente la Divisione per il crimine economico e la cooperazione del Consiglio d'Europa, *The Use of Non-Conviction Based Seizure and Confiscation*, aprile 2021, ha ravvivato il proprio interesse verso tale tipologia di confisca.

(130) Ris. 75/194, cit., punti 12 e 27.

(131) Ivi, punto 21.

(132) I. JIMU, *Managing Proceeds of Asset Recovery: The Case of Nigeria, Peru, the Philippines and Kazakhstan*, 2009, p. 11, nota 13, riporta che per l'estradizione del presidente cileno Alberto Fujimori sono state sopportate spese legali pari a 400.000 dollari.

(133) Z. LEI, *Il rimpatrio dei pubblici ufficiali responsabili di corruzione in Cina ed il recupero all'estero di valori patrimoniali di provenienza illecita: ostacoli e contromisure*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 3, 2017, p. 151: “alcuni paesi occidentali si sono rifiutati di riconoscere l'avanzamento del sistema penale cinese e il progresso registratosi in tema di tutela dei diritti umani, per cui è spesso difficile ottenere l'estradizione dei colpevoli o indagati”.

(134) U. ZVEKIC, *op. cit.*, p. 22.

(135) Per maggiori informazioni sul rapporto tra le convenzioni. v. ID., *Integrating the UNCAC and the UNTOC for Effective Prevention and International Cooperation*, in S. FORLATI, *The Palermo Convention at Twenty*, 2021.

(136) Ris. 75/194, cit., punto 41; v. anche ivi, punto 43.

(137) Ivi, punto 42.

- (138) Ris. 75/194, cit., punti 64 e 66. L'AFAR è un'iniziativa voluta dal G7, e dagli Stati Uniti in particolare, che è stata avviata nel 2012. È definibile un vero e proprio risultato della Primavera Araba. Infatti, l'AFAR si pone come un forum-piattaforma nato per unire i paesi arabi posti in uno stato di transizione verso la democrazia, la quale inevitabilmente richiede un'efficace lotta alla corruzione ed il recupero dei beni pubblici (in particolare) indebitamente sottratti.
- (139) Ris. 75/19, cit., punti 15, 18, 19, 26. Del resto, è la stessa UNCAC che prevede una vera e propria clausola di non ingerenza nella giurisdizione altrui all'art. 4, intitolato "Protezione della sovranità". E. ZANIBONI, *op. cit.*, p. 1951.
- (140) Ivi, punto 51. Per maggiori informazioni sulla criminalizzazione e l'attività del legislatore, v. L. MUZILA, M. MORALES, M. MATHIAS, T. BERGER, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, 2012.
- (141) Ris. 75/194, cit. punto 51. L'Unione europea, nella propria Relazione della Commissione al Parlamento e Consiglio, *Recupero e confisca dei beni: garantire che "il crimine non paghi"*, cit., par. 6, esprime il medesimo pensiero: "[l]'eventuale revisione della direttiva [2014/42/UE] e della decisione [2007/845/GAI] del Consiglio determinerebbe un vasto ammodernamento della legislazione dell'UE in materia di recupero di beni e rafforzerebbe ulteriormente la capacità delle autorità competenti di garantire che 'il crimine non paghi'".
- (142) Il paragrafo dell'articolo, intitolato "Misure concernenti i giudici ed i servizi inquirenti", dispone quanto segue: "[t]enuto conto dell'indipendenza dei magistrati e del loro ruolo cruciale nella lotta alla corruzione, ciascuno Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, prende le misure necessarie al fine di rafforzare la loro integrità e prevenire ogni possibilità di corromperli, fatta salva la loro indipendenza. Tali misure possono comprendere regole concernenti il loro comportamento". Per una disamina sull'importanza di una magistratura indipendente nella lotta alla corruzione, v. P. BERNASCONI (ed.), *Responding to Corruption: Social Defence and the Protection of the Public Administration and the Independence of Justice*, Napoli, 2000.
- (143) Una forte eterogeneità, che mina considerevolmente la collaborazione nell'area, si registra tra i paesi balcanici. La *Regional Anti-Corruption Initiative*, con il supporto di AIRE Centre ha pubblicato il proprio *Handbook on Effective Asset Recovery in Compliance with European and International Standards*, novembre 2020, p. 142, ove si chiarisce che "[s]ome jurisdictions (such as Serbia) adopted separate laws on the organisation of state authorities charged with these issues and governing the powers, rights and obligations of a number of entities in the context of actions related to financial investigations. In some cases, only specific authorities (e.g. the financial police in North Macedonia) are explicitly designated and entitled to take specific actions within investigations of specific categories of crime (e.g. money laundering). Some jurisdictions (Bosnia and Herzegovina, notably its entity the Republic of Srpska) have established specialised police units (Serbia has a similar solution) charged with taking actions within financial investigations. In other cases (Bosnia and Herzegovina, notably its entity the Federation of Bosnia and Herzegovina), only some institutions are designated as the prosecution offices' key partners in implementing financial investigations (...). Essentially, these approaches largely depend on the organisation of the state administrations and especially the judicial systems, and the achieved level of specialisation of the police and prosecutorial authorities for handling the above crimes. Specialisation of financial investigation duties is obviously a general trend that will continue in the forthcoming period".
- (144) Ris. 75/194, punto 33.
- (145) Ivi, punti 44 e 47-49. In particolare, gli Stati sono chiamati a reiterare il coinvolgimento delle imprese private, prescindendo dalle caratteristiche dimensionali di queste ("including small and large companies and transnational corporations"). Si fa riferimento alla promozione della "corporate responsibility and accountability" a qualsiasi livello occupazionale e dunque, tradotto in termini pratici, di incentivare la compliance aziendale verso quei modelli che la legge o le agenzie anti-corruzione prescrivono.
- (146) D. VLASSIS, J. PILGRIM, *The United Nations Convention against Corruption: A Framework for Addressing Common Challenges in Identifying Incentives for Private Sector Integrity*, in F. BONELLI, M. MANTOVANI, *Corruzione Nazionale e Internazionale*, Milano, 2014, pp. 253-268.
- (147) In particolare, agli artt. 7, 9 10, 12, 13 UNCAC. Invero, la Risoluzione si esprime anche su quest'ultimo concetto, richiedendo di urgentemente adempiere ai "principles of proper management of public affairs and public property, fairness, responsibility and equality before the law", Ris. 75/194, cit., punto 39, nonché di produrre uno sforzo per accrescere la "transparency in public administration and promoting the integrity and accountability of their criminal justice systems, ivi, punto 40.

(148) Si pensi al *Senior Public Integrity Officials Network* dell'OCSE che è il foro di elaborazione di criteri e principi in tema di trasparenza del settore pubblico o alla stessa Unione europea che vede scolpito il principio di trasparenza del settore pubblico nelle proprie norme di rango primario.

(149) P. MAURO, P. MEDAS, J. FOURNIER, *op. cit.*, p. 28: “*Colombia, Costa Rica, and Paraguay are using an online platform that allows citizens to monitor the physical and financial progress of investment projects. Our cross-country analysis shows that a free press enhances the benefits of fiscal transparency in curbing corruption*”.

(150) Ris. 75/194, cit., punto 29.

(151) Il riferimento è all'Unione europea ed, in particolare, alle modifiche previste in futuro per la Direttiva 2014/42/UE, cit. e la Decisione 2007/845/GAI. La Relazione della Commissione al Parlamento e Consiglio, *Recupero e confisca dei beni: garantire che "il crimine non paghi"*, cit., raccomanda tra l'altro una serie di obiettivi che sono in linea con la Risoluzione 75/194 dell'ONU, ovvero: i) “*l'estensione della sfera dei reati a cui si applica la direttiva*”, ii) “*l'introduzione di norme più efficaci in materia di confisca non basata sulla condanna*”, iii) “*una maggiore accuratezza nella gestione dei beni sottoposti a congelamento*”, iv) “*l'introduzione di disposizioni in materia di destinazione dei beni, compreso il riutilizzo per finalità sociali dei beni confiscati*”, v) “*l'elaborazione di norme sul risarcimento delle vittime di reato*”; vi) “*il rafforzamento della capacità degli uffici per il recupero dei beni di rintracciare e individuare i beni illeciti*”.

In particolar modo, l'Italia sarebbe considerabile “*all'avanguardia*” poiché vanta “*un'esperienza incomparabile nel contrasto patrimoniale alla criminalità economica mediante l'istituto della confisca in tutte le sue forme di manifestazione*” secondo R. RAZZANTE, G. POLCINI TARTAGLIA, *op. cit.*, p. 11.

(152) Ciò in parte è già in atto grazie agli impegni assunti da più paesi in via di sviluppo nel contesto della *Accra Agenda for Action*, predisposta dall'OCSE nel 2008 allo scopo di ridurre il gap tra paesi sviluppati e non sviluppati, e del *Busan Partnership Agreement*, del 2011, ugualmente sponsorizzato dall'OCSE allo scopo di favorire la cooperazione internazionale in favore dei paesi meno sviluppati (con un particolare riferimento alla lotta alla corruzione, quale inibitore della crescita economica).

CYBERCRIME REGULATIONS: NEED FOR A NEW INTERNATIONAL APPROACH?

Natasa Doneva*

*University “Goce Delčev” of Štip (Republic of North Macedonia), Faculty of Law
(natasa.doneva@ugd.edu.mk)

Abstract

Cybercrimes, cyber terrorism and cyber war are the pandemic of the 21st century. This problem existed before, but lately they have spread with a rapid speed, and have modified from their basic appearance, which makes them difficult to follow. The purpose of this paper is to show the need for a cyber convention of a new kind, and to explain the need for better international legal framework. The paper is “dealing “first with the European Convention of Cybercrime and its use. Also having in mind that the cyber field is not only consisted from cybercrimes/ offences but also with cyber terrorism and cyber wars, the second part of the paper is dedicated to the need of a new Digital convention. The last part is giving a brief overlook of the Macedonian legislation considering the cybercrimes.

Keywords: *Conventions, Cybercrimes, International Courts, Tallinn Manual.*

RREGULLORET E KRIMIT KIBERNETIK: NEVOJË PËR NJË QASJE TË RE NDËRKOMBËTARE?

Natasa Doneva*

*Universiteti “Goce Delčev” i Štip (Republika e Maqedonisë së Veriut), Fakulteti i Drejtësisë
(natasa.doneva@ugd.edu.mk)

Abstrakt

Krimet kibernetike, terrorizmi kibernetik dhe lufta kibernetike janë pandemia e shekullit 21. Ky problem ekzistonte përpara, por kohët e fundit ato janë shpërndarë me një shpejtësi marramendëse dhe kanë modifikuar pamjen e tyre fillestare, gjë që i bën më të vështirë për t'i ndjekur. Qëllimi i këtij punimi është të tregojë nevojën për një konventë kibernetike të llojit të ri dhe të shpjegojë nevojën për një kuadër ligjor ndërkombëtar më të mirë. Punimi “trajton” si fillim Konventën Evropiane të Krimit Kibernetik dhe përdorimin e saj. Gjithashtu, duke patur në mendje se fusha kibernetike nuk konsiston vetëm në krimet/kudravajtjet kibernetike, por edhe në terrorizmin kibernetik dhe luftat kibernetike, në pjesën e dytë punimi fokusohet në nevojën e një konvente të re digjitale. Pjesa e fundit përmban një panoramë të shkurtër të legjislacionit maqedonas lidhur me krimin kibernetik,

Fjalë kyçe: konventat, krimi kibernetik, gjykatat ndërkombëtare, Manuali i Tallinn-it.

1. Introduction

Cybercrime, cyber terrorism and cyber war, so far are still an enigma that has been studied by a different profile of experts. The tendency is to explain the more current cyber (information) war, the attitude of the world powers towards the new replacement for the conventional war, the preparation and formation of cyber centers by the states and the possible vision of a new army composed only of hackers armed with a single arsenal-the computer. Hence, it is inevitable to refer to the legal regulations that tries to deal with “cybermania” both nationally and internationally.

Lately, many more cybercrime activities are manifested and originated internationally than nationally. This only further indicates the weight and impact that this crime has worldwide.

From the huge constellation of international paperwork that refers precisely to the prevention and suppression of cybercrime, we will list a few, which are adopted by international organizations or at the initiative of some countries. There are a number of regional as well as international organizations that have already adopted documents related to cybercrime / security (1).

Among others, we would mention the following:

- The Council of Europe Convention on Cybercrime (2001) (2);
- The Shanghai Cooperation Organisation (SCO) – Shanghai Convention on Combatting Terrorism, Separatism and Extremism (2001) (3);

- The OECD Policy Guidance on Online Identity Theft (2008) (4);
- The Shanghai Cooperation Organisation (SCO) – Cooperation in the Field of Information Security (2008) (5);
- The League of Arab States Convention on Combating Information Technology Offences (2010) (6);
- HIPCAR – Harmonization of ICT Policies, Legislation and Regulatory Procedures in the Caribbean (2012) (7);
- The European Union Directive on attacks against information systems (2013) (8);
- UNODC Expert Group comprehensive study on cybercrime (9);

African Union African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection (2014) (10);

- The Commonwealth - Report of the Working Group of Experts on Cybercrime (2014) (11).

Primarily, the intention of these international treaties and conventions should be to help unify the legislations of different countries. Cybercrime and cyber terrorism as global problems are the same for all countries, with the same consequences for all economies, with the same repercussions for all individuals. Then why so many different regulations for the same issue? These criminal activities are gaining momentum across a number of countries, they are gaining international recognition and, as such, are seeking an international response. The most ideal solution is the cooperation of the states together. This means first ratification of the international conventions related to this matter, incrimination in the national legislation of the new crimes in the field of cybercrime, mutual assistance in the detection, suppression and prevention of this high-tech crime.

The specificity of this issue requires its elaboration at a higher level than the national one. Hierarchically there are the bilateral agreements, with which two countries regulate their relations for a certain issue. Afterwards, a step higher, multilateral agreements with which several countries are obliged to adhere to the rules and norms to which they have previously agreed. Regional agreements also offer their advantages and benefits, but none of these are enough to follow the "dark path" paved by the rapid rise of cybercrime. That is why there is a need for greater "intervention" of a greater force. So far this kind of legal, international protection is offered by the European Cybercrime Convention (also known as Budapest Convention) adopted in 2001 (12), which obliges the Council of Europe Member States and other non-Council Member States who participate in its drafting.

The European Convention on Cybercrime emphasizes the need for detailed regulation of computer crimes, that already have an international character. They are spreading with incredible speed, which "infects" all countries, without exception. Due to the transnational character, a special joint international cooperation is needed between the states and their bodies for effective action, prevention and detection of cybercrime.

The Convention consists of a preamble and four chapters:

1. use / explanation of terms;
2. substantive and procedural law;
3. international cooperation;
4. final provisions.

Certainly, Chapters II and III are the most fruitful in terms of computer incrimination of crimes. Starting with article 2, the Convention provides provisions for unauthorized access, unauthorized interception, intrusion (interference) in data, intrusion (interference) in the system, misuse of a device, computer-related forgery, computer-related fraud, acts related to child pornography, as well as works related to copyright and other related rights. This Convention regulates the effort and assistance, as well as the responsibility of legal entities. It is interesting that the Convention also pays attention to the need for expeditious saving of stored computer data, secrecy and caution in their storage, search or seizure. Article 35 of the Convention is interesting. It requires each signatory to designate a point of contact that will be made available 24 hours / 7 days a week, in order to carry out investigative and other procedural actions in relation to computer system and data-related crimes, gathering evidence in electronic form or simple simplified 24/7 network adaptation.

Also, the signatory states of the Convention should pay special attention to the way of collecting data because they should respect the basic human rights and freedoms, proclaimed in a number of international documents, such as the Universal Declaration of Human Rights and Freedoms (1948), the European Convention for Human Rights (1950), the International Covenant on Civil and Political Rights (1966).

2. The Need of New “Geneva” Convention?

The adoption of the Budapest Convention certainly has a number of benefits. It points to the alarm and awareness of the world public of the danger lurking in the crimes of the new age. It exposes the desire to cover as many aspects as possible in the precise legal regulation and placement of this crime in a well-established legal framework. However, it also has some shortcomings. Thus, it is not specified in detail how and with the use of which methods, the states should deal with this crime. The list that initially covers these crimes, must not be deemed definitive. On the contrary, it should always be open to the introduction, incrimination of new computer crimes, because they appear in a new form every day. Plus we must have in mind the danger of their modification. They change the form of manifestation or the manner of execution.

The Convention, it may be well established by content, but still is binding only on the member States of the Council of Europe and those who have participated in its preparation. But what about the other numerous countries where cybercrime is present - or rather said all other countries - because this crime is present in literally every country on the planet. So that is why, the need for the adoption / drafting of a universal Convention on Cybercrime on a international, global nature still exists. There is still a need to eliminate the “legal gap” in incriminating this crime in the same way in different countries, to establish the same methods in preventing these crimes and their recognition in another country (for example, it often happens that the state that seeks assistance for cybercrime from another country, does not recognize and does not allow the legality of gathering evidence. Or perhaps it may disagree with the stages of detection of this crime and the way in which the requesting state works).

In this context I would mention several profiles of firms and experts that insist on a new digital convention. For example: “[i]n February this year, Microsoft President and Chief Legal Officer Brad Smith took the stage at the RSA security conference in San Francisco to make the case for a ‘Digital Geneva Convention’ that protects civilians from state-

sponsored cyber-attacks. Given that main intent of the last Geneva Convention (1949) was to protect civilians and non-combatants during warfare, this call to action – a Geneva 5.0 – is both timely and welcome” (13).

According to Microsoft, the purpose of this Convention would be to “commit governments to protecting civilians from nation-state attacks in times of peace. And just as the Fourth Geneva Convention recognized that the protection of civilians required the active involvement of the Red Cross, protection against nation-state cyberattacks requires the active assistance of technology companies. The tech sector plays a unique role as the internet’s first responders, and we therefore should commit ourselves to collective action that will make the internet a safer place, affirming a role as a neutral Digital Switzerland that assists customers everywhere and retains the world’s trust” (14). The propose of this kind of a convention, consists of a series of principles like: exercise restraint in developing cyber weapons; no targeting of tech companies, private sector, or critical infrastructure; to assist private sector efforts to detect, contain, respond to, and recover in the face of cyberattacks; to agree to a clear policy for acquiring, retaining, securing, using, and reporting of vulnerabilities; to agree to limit proliferation of cyber weapons; to limit engagement in cyber offensive operations. “Microsoft has also called for the establishment of an independent organization to investigate and attribute state responsibility for attacks, similar to the International Atomic Energy Agency, with technical experts from relevant stakeholder groups” (15).

This is one way of how this new convention can be seen. But also, it can be a little bit different. Here are some suggestions of how this convention can be made, and what sort of new courts should and could be established.

Given the current alarming situation, the rapid rise of digital crime (here we would mention cybercrime, cyber terrorism and cyber-information warfare) and the future prognoses of its escalation, it is more than obvious the need of an international convention that will comprehensively regulate cyber matter. A Convention that would detail the rules for detecting, prosecuting and punishing cybercrime, that would implement incriminations for crimes that will be the same for all countries in the world, and not just for a certain region (not to allow small localization, but globalization of conventions that will be ratified anywhere in the world or even better-provide provisions that would have erga omnes effect and jus cogens norms). Of course, the convention would offer more general provisions, and it would be up to the states to find a way to implement those provisions in their domestic regulative. This thesis may seem strange, utopian, too ambitious, but still correct and achievable. Because the nature of virtual, digital crime requires such an approach. The transnational action of these crimes is a parameter that is very important and can have different effects. Thus, if left as before, cybercrime may not be properly punished because different countries criminalize and punish it differently. In some cases, certain crimes are not provided as crimes in a law-framework, or the punishments are not the same. And all this facilitate the environment in which criminals are free from the bonds of justice. But if there are the same-kind of incriminations and similar sanctions and there is an international cooperation, these problems would not exist and we would no longer be afraid of anonymous people who can steal our identity, hackers who are ruthless soldiers, cyber abuse that is a draconian general and announces terrible wars.

Our position on this issue, was partly created due to the "evasion" of the 2001 European Convention on Cybercrime. Although it is formal, theoretically well thought out, its real

implementation and application is still missing. Primarily designed to operate on European soil, *(this Convention is open for signature to all Council of Europe member states, as well as to other non-Council of Europe countries that have participated in its drafting, but there is a mechanism, and it is a country that is not a member of the Council of Europe, nor has participated in the drafting of the Convention, but at the invitation of the Council and with the prior consent of the member states, to be able to accede to the Convention)* does not show enviable results in the fight against digital crime. The reasons for (failure) may be numerous, of different nature, but all together only once again show that there is an enormous need for a new global convention that will fully regulate the cyber “issues”, and will be “mandatory literature” for all countries in the world, without exception.

Closest to our position on regulating and protecting against “cybermania” is the idea of introducing the so called Digital Geneva Convention. What does that mean and why exactly that name? The Digital Geneva Convention would be a digital copy of the famous Geneva Conventions (16) which are synonymous with the humanitarian law in the world. Namely, as a reminder, the first Geneva Convention protects the wounded and sick during armed conflicts, the second Geneva Convention protects the wounded at sea, the third Geneva Convention protects prisoners of war and introduces the rules for their conduct while the fourth Geneva Convention protects civilian populations, especially those in the occupied war zones. In fact, these Geneva Conventions are at the heart of international humanitarian law. The idea for the digital version of the Geneva Conventions once again further shows that the whole world fears cybercrime, cyber-attacks and cyber war. It means that the digital “fights” of the countries are no longer a joke or science fiction, on the contrary, they are a reality that is supported by the existence of cyber centers where “new soldiers” are trained. Therefore, the need for a Convention that will introduce international principles, rules, international tribunals to punish cybercriminals is more than a necessity.

Thus, the Digital Geneva Convention would protect citizens online in peacetime. It would greatly contribute to the efforts to make the Internet a safer place and to maintain confidence in the good side of technology. The nature of military conflicts has already changed, cyberspace is already rushing to rise to the first place in the war zones (besides war on land, sea, air ...). The world has already witnessed Stuxnet (17), Petya (18), WannaCry (19) attacks, and we can make the conclusion that cyberspace is a territory without laws, a territory without justice... and obviously the existing solutions for combating cybercrime did not live up to high expectations.

Our interest is especially focused in establishing an international court or cyber tribunal. To many, this seems very strange, perhaps illusory, because so far tribunals have been set up only for crimes against humanity, war crimes and crimes against peace. But these tribunals did not emerge until the end of the World War II, after the revelation of the Holocaust. So the question arise, should we wait for a cyber war to break out first, and only then to try to repair the unimaginable damage and start considering the opening of international tribunals for this kind of crimes? Why not prevent it while we can? The current cybercrime proceedings are conducted before courts that decide on “old” crimes. In most countries, there are usually no specialized courts with specialized staff to decide, rule on, or convict cybercrime. And this matter requires exactly that - specialization for work in the field of “cybermania”. Thus, within the domestic legislation, it is desirable to have special court instances that would work exclusively with this *materia*. While on the

international stage, there is a need for international courts that will deal exclusively with cyber/digital crime, and as a basic “tool” they would have the eventual Convention on Cybercrime or Digital Convention. Or to paraphrase former U.S. prosecutor Attorney Benjamin B. Ferencz “there can be no peace without justice, no justice without law and no meaningful law without a Court to decide what is just and lawful under any given circumstance” (20).

A solution for the possible establishment of an international tribunal intended only for cybercrime, which will be based on fair principles, and will also provide mechanisms for the protection of human rights and freedoms. These established now, if realized, may be a historic step taken to detect, prevent and reverse the far-reaching consequences of cybercrime/cyberterrorism.

In the context of international cybercrime tribunals and an appropriate new convention on this issue, Norwegian judge Stein Schjolberg (21) has some very interesting views, believing that without an international court to “deal” with cybercrime, many cyber-attacks will go unpunished. In his recommendation – Recommendations for Potential New Global Legal Mechanisms Against Global Cyberattacks and Other Global Cybercrimes (22) – he talks about the need for an international tribunal, the reasons why the 2001 Cybercrime Convention did not “come to life” outside Europe, for the (not) appropriate terminology, but also he writes about the new cybercrimes that are a product of the new millennium (meaning they exist after 2001 and are not covered by the previous Convention on Cybercrime) and are improperly regulated. This judge has accomplished significant achievements in the field of cybercrime (23) and has published a huge number of papers.

3. Tallinn Manuals

The fast rise and the international cross-bordering of cybercrimes, have alarmed the urgent need of new international approaches. In 2013 the world heard about something called Tallinn Manual 1.0. And a few years later, Tallin Manual 2.0 was released. As Goldsmith and Loomis try to point out the difference between them, they explain “[t]he first version, Tallinn Manual 1.0, published in 2013, proposed to describe international law on cyber operations involving the use of force and in armed conflict more generally. Tallinn Manual 2.0, published in 2017, builds on and supersedes the original. It covers peacetime cyber operations as well as ones related to armed conflict, and it revises some of its earlier rules” (24).

Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations provides 154 black letter rules detailing how international law applies to cyber operations during peacetime (25). As Jensen writes (26), both Tallinn Manuals were written by groups of international legal experts. The Tallin 2.0 included experts in human rights, space law, international telecommunications law). Also, members of the International Committee of the Red Cross were invited in the process (27). The “eternal dilemma” remains: can and should international law be applicable in the cyber sphere? If so, how and in which parts can international norms be mandatory for this kind of crime? So many questions arise and only few solutions to offer-in this way we can describe the current situation in this field!

4. Cyber Legal Framework in Macedonia

The Republic of Macedonia compared to other countries has a modest experience in the field of cybercrime and even more modest in terms of cyber security. In the archive of these crimes, which involve Macedonia, we can point out several cases of attacks on the websites of state institutions, disclosure of classified information and protection of personal data. Thus, in 2007, an analyst employed by the UBK (Security and Counterintelligence Directorate) stole secret documents from the digital archive and submitted them to a foreign country. However, the Ministry of Interior has never officially confirmed this case. In 2014, in Operation Spy (28), current and former members of the security sector were convicted of leaking classified information to foreign countries.

And when hacking websites is mentioned, there was a suspicious attack on the website of the President of the Republic of Macedonia (29), the Ministry of Transport and Communications, the Municipality of Veles (30) and several private portals (31) (32) (33). Although not all of the attacks cause material damage, they are still specific because they were the first to be attacked “digitally” in the country, and pointed out the major shortcomings that the security segments should have regulated. Given the fact that R. Macedonia signed the European Convention on Cybercrime in 2003, ratified it in 2004 (34) and entered into force in 2005, it is normal that it was infiltrated in the domestic legislation. It has found embodiment and application through a number of domestic regulations. Thus, the domestic legal framework for cybercrime is composed of several laws:

- Criminal Code (35);
- Law on Criminal Procedure (36);
- Law on Electronic Communications (37);
- Law on Interception of Communications (38);
- Law on Electronic Commerce (39);
- Law on Electronic Management (40);
- Law on Civil Procedure (41);
- Law on Electronic Data and Electronic Signature (42);
- Declaration for safer internet (43).

In the Macedonian legislation, the norms governing this matter, have been incorporated into existing laws, but still provided full incorporation of the Convention on Cybercrime. This move gave hope that Macedonia will deal much better and more efficiently with the challenge of cybercrime, that is rapidly changing and fluctuating, manifesting new forms every day.

In this context is the National Cyber Security Strategy 2018-2022 action plan (44) that was released in 2018. The purpose of this document is to define the steps in the implementation of the first National Cyber Security Strategy of the Republic of Macedonia 2018-2022. After the analysis of the cyber security capacities at the national level, a working group responsible for the development of strategic documents in the field of cyber security, was developed. It includes representatives of the three competent ministries for cyber security in the Republic of Macedonia - Ministry of Information Society and Administration, Ministry of Defense and Ministry of Interior.

There are three priority activities. One of the priority activities was the Establishment of the National Council for Cyber Security (45). The second one is forming a body with cyber operational capabilities security as a newly established independent body (agency, directorate) or as a newly formed organizational unit, i.e. body within existing authority. It's beginning was planned in 2019. And the third one was the preparation of a study for the identification of KII and VIS.

With this Strategy a few goals were set:

- cyber resistance;
- cyber capacity and culture for cyber security;
- dealing with cybercrime;
- cyber defense;
- cooperation and exchange of information.

The Macedonian legal framework considering cyber issues is still very “poor”. The efforts that the country is making, especially in the implementation of the Convention in the domestic legislation, is on good level. But beside that fact, something is missing. The number of cybercrimes in the country is increasing.

5. The Budapest Convention on Cybercrime: Comprehensive House Rules or Need for New Rulings?

Many authors are already talking about cyber law-internet law. And it can be defined like this: “[c]yber Law or IT Law is referred to as the Law of the Internet. The Cyber law definition says it is a legal system designed to deal with the Internet, computing, Cyberspace, and related legal issues. The apt introduction to Cyber Law is: It is ‘paper laws’ in the ‘paperless world’” (46).

In addition to cybercrime, fears of catastrophic war are spreading at an alarming rate in the digital world. But not a classic, conventional war, but a far more terrifying cyber-information/information war. This fear is justified by the fact that, although there are no classic soldiers on the front here, there are hacker geniuses behind the computer, which alone can cause far more consequences than an entire army. Although there are no conventional weapons or bombs, there is a single mechanism – a computer. A device that can replace an entire arsenal of weapons and make far-reaching repercussions. The views of many experts in this field are divided. Some predict the start of this war in the very near future, some already locate its beginning. There are dozens of examples that show “symptoms” and variations of information technology – cyber war. And not to mention the numerous cases of cyber-attacks.

For example, we will mention here some of the most exposed cyber-attacks so far. Most of these attacks occurred after 2001, after the Budapest Convention was released. So, there is a room for discussing the “absence” of the convention concerning this situation. *Stuxnet* is a malicious computer worm discovered in 2010, presumed to have been developed since 2005, with a primary purpose and target – Iran's nuclear program. Several media reports suggest that *Stuxnet* (47) was intended to sabotage the Natanz uranium enrichment facility. The damage done to Natanz could not initially point to the real problem until help was sought from experts who detected the *Stuxnet* virus in Iran's nuclear network.

Operation BugDrop is a cyber-attack that aims to penetrate critical infrastructure, media and scientific research. The intention is to collect sensitive information from the “targets” including recorded conversations, screenshots, documents, passwords. Most of the targets are located in Ukraine (48) and Russia, a smaller number in Austria and Saudi Arabia. The targets of this operation are primarily oil and gas companies; international organizations that monitor human rights, terrorism and cyber-attacks; engineering companies that design power plants, gas distribution, water supply; scientific research centers. The operation infects the victims through the so-called phishing attack.

Red October (49) is a malicious cyber espionage program discovered in October 2012, but it is assumed that it has successfully performed its task unnoticed for several years. The purpose of the operation was to record diplomatic secrets and even personal information, which was obtained from all devices, including mobile phones.

Guardian of Peace is the pseudonym under which a group of hackers published a series of protected data from the famous film studio Sony pictures. The hacked information included information about employees, their families, emails, copies of unreleased Sony movies. The hacker group asked the company not to play “The Interview” (50) a comedy film about the assassination of the North Korean leader. This request was taken very seriously because the threats referred to a terrorist attack in the cinemas where the film would eventually be shown (51). Sony has canceled the premiere of this movie and allowed only its download. Although many have linked the hacker group to North Korea, it has completely denied any involvement in the cyber-attack (52). Some theories point to a Sony insider or even go further accusing of a marketing campaign just to promote “The Interview”. But the cyber-attack still has sparked a series of political escalations between the United States and North Korea (53).

Shamoon (also known as W32.DisTrack) (54) is a computer virus discovered in 2012. It deviates from the “classic” behavior of other viruses due to its destructive nature, time and cost required to recover a damaged and attacked computer. The virus spreads very quickly, occupying the entire system and stealing specific information that it gives to attackers, and then deletes them. The virus has attacked Saudi Arabia's national oil companies, Saudi Aramco and Qatar's RasGAs.

TV5 Monde is a global television network, which in 2015 was the victim of a cyber-attack (55), carried out by a hacker group known as CyberCaliphate. They managed to penetrate the internal systems, thus taking them completely for three hours. Even the next day TV5 Monde did not manage to completely take matters back into their own hands. The Facebook and Twitter networks of the television were also hacked. For the French authorities, the cyber-attack was an attack on freedom of expression and freedom of information.

And what would computer crime and information warfare (56) be without the accompanying component that rounds off the dark side of the digital age – cyber terrorism. We have heard, witnessed terrorism, we can debate its beginnings, its targets and victims, but are we competent to discuss virtual terrorism? Maybe the goals, the ideology of terrorism remain the same, but they definitely got a new direction in the way of acting, spreading the ideology, recruiting members. Terrorism and war are gaining new momentum, far more than we can imagine.

Even though we already have the Budapest Convention on Cybercrime (and we can't deny the benefits from it), we have to be real about the situation: *rules versus praxis of*

the convention. And we need to be aware for Cybercrime regulations: the need for new housekeeping rules!

In this context the Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) should be mentioned. *Each year, Europol's European Cybercrime Centre (EC3) publishes the Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA), its flagship strategic report on key findings and emerging threats and developments in cybercrime – threats that impact governments, businesses and citizens in the EU* (57). In the next footnote, reference for all the IOCTA reports can be found, including the latest one from 2020 (58). For example, in the latest report there are pieces of information about cross-cutting crime facilitators and challenges to criminal investigations; cyber-dependent crime; child sexual exploitation online; payment fraud; criminal abuse of the Darkweb.

6. Conclusion

At the time of writing this paper, there is a possibility that new malwares, undercover information platforms, computer *sui generis* viruses, fortified spyware, and immunocompromised information weapons are being invented. The world is still having a hard time dealing with the current, detected and confirmed information crimes, and new ones are already in sight.

This paper is an attempt to delve deeper into the *materia* that was unimaginable in the past. It is currently very “popular”, but still insufficiently researched, and with a forecast that warns of further escalation. All this only indicating the fact that we are talking about a topic that will reach its zenith in near future. An issue that will become an increasing reality, with which countries risk being easy targets because in a short time anonymous hackers will be able to penetrate the core of the state security system and shape it as they wish, with a very low probability that someday their identity will be revealed. Thus, each country can become easy prey for another country, which has better information resources. In this way, the beginning of new wars is predicted, which instead of the conventional arsenals of weapons, will now have only a single computer, which is worth more than all the heavy artillery.

Therefore, there should be far more analysis for computer crimes, from the original forms of occurrence to today's new manifestations. In the meantime, the academy field and experts should address as much as possible to the legal regulations of states regarding this matter. Namely, not all countries deal with cybercrime equally. It has a different treatment in different countries. The presence of conventions, declarations and other international documents does not always have a drastic effect on the final concretization of all previous occurrences of computer crimes, nor on a unified fight against them. The need for new mechanisms with an international sign still exists.

References

- (1) S. SCHJOLBERG, *The History of Cybercrime*; Cybercrime Research Institute, Cologne, 2017.
- (2) Council of Europe's Convention on cybercrime, signed in Budapest on 23 November 2001, available at www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest_/7_conv_budapest_en.pdf.
- (3) Shanghai Cooperation Organisation's Shanghai Convention on Combating Terrorism, Separatism and Extremism, 15 June 2001, available at www.refworld.org/pdfid/49f5d9f92.pdf.

- (4) OECD Policy Guidance on Online Identity Theft, June 2008, www.oecd.org/sti/consumer/40879136.pdf.
- (5) Shanghai Cooperation Organisation's Agreement among the Governments of the SCO Member States on Cooperation in the Field of Ensuring International Information Security, 16 June 2009, available at www.ccdcoe.org/organisations/sco/.
- (6) League of Arab States' Arab Convention on Combating Information Technology Offences, 21 December 2012, available at www.asianlaws.org/gcld/cyberlawdb/GCC/Arab%20Convention%20on%20Combating%20Information%20Technology%20Offences.pdf.
- (7) *Enhancing competitiveness in the Caribbean through the harmonization of ICT Policies, Legislation and Regulatory Procedures*, in *International Telecommunication Union*, available at www.itu.int/en/ITU-D/Projects/ITU-EC-ACP/HIPCAR/Pages/default.aspx.
- (8) Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013, *on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA*, in OJ L 218 of 14 August 2013, pp. 8-14.
- (9) Sixth session of the Open-ended intergovernmental expert group to conduct a comprehensive study of the problem of cybercrime, Vienna, 27-29 July 2020, available at www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/open-ended-intergovernmental-expert-group-to-conduct-a-comprehensive-study-of-the-problem-of-cybercrime2020.html.
- (10) African Union's Convention on Cyber Security and Personal Data Protection, 27 June 2014, available at www.au.int/en/treaties/african-union-convention-cyber-security-and-personal-data-protection.
- (11) Commonwealth Secretariat, *Report of the Commonwealth Working Group of Experts on Cybercrime*, in *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 40, No. 3, 2014, pp. 502-561, available at www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03050718.2014.937068.
- (12) See the Budapest Convention and related standards, available at www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention.
- (13) J. GUAY, L. RUDNICK, *What the Digital Geneva Convention Means for the Future of Humanitarian Action*, in *unhrc.org*, 25 June 2017, available at www.unhcr.org/innovation/digital-geneva-convention-mean-future-humanitarian-action/.
- (14) Access Now, *A Digital Rights Approach to the Tech Accord and the Digital Geneva Convention*, September 2018.
- (15) More about this policy paper in Microsoft, *Establishing an International Cyberattack Attribution Organization to Strengthen Trust Online. Microsoft Policy Papers*, available at www.query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RW67QI.
- (16) Geneva Conventions (I, II, III, IV) of 12 August 1949 and Additional Protocols (I, II) of 8 June 1977, available at www.icrc.org/en/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm.
- (17) Stuxnet is a malicious computer worm (discovered in 2010) but thought to have been in development since at least 2005.
- (18) Petya is a family of encrypting malware that was first discovered in 2016.
- (19) WannaCry ransomware attack was a worldwide cyberattack in May 2017 by the WannaCry ransomware cryptoworm, which targeted computers running the Microsoft Windows operating system by encrypting data and demanding ransom payments in the Bitcoin cryptocurrency.
- (20) Benjamin B. Ferencz is an American lawyer. He was an investigator of Nazi war crimes after World War II and the chief prosecutor for the United States Army at the Einsatzgruppen Trial.
- (21) Stein Schjolberg is a Norwegian judge and international cybercrime expert. In 2007 he was appointed Chairman of the High-Level Experts Group (HLEG) on cybersecurity, which includes more than 100 experts from around the world.
- (22) S. SCHJOLBERG, *An International Criminal Tribunal for Cyberspace (ICTC). Recommendations for potential new global legal mechanisms against global cyberattacks and other global cybercrimes. A paper for the EastWest Institute (EWI) Cybercrime Legal Working Group*, March 2012.
- (23) S. SCHJOLBERG, *The History of Global Harmonization on Cybercrime Legislation-The Road to Geneva*, December 2008.
- (24) J. GOLDSMITH, A. LOOMIS; *"Defend Forward" and Sovereignty*, in *Hoover Working Group on National Security, Technology and Law. Aegis Series Paper No. 2102*, 29 April 2021.
- (25) P. COLIN, *Debugging the Tallinn Manual 2.0's Application of the Due Diligence Principle to Cyber Operations*, in *Washington International Law Journal*, No. 58, 2019, p. 581 ff.

- (26) Eric Talboat Jensen was member of both International Groups of experts for Tallin Manual 1.0 & Tallin Manual 2.0.
- (27) E.T. JENSEN, *The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights*, in *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 48, No. 3, 2017, pp. 735-778.
- (28) For more information about this case see *Шпион*, in *akademik.mk*, 11 March 2014, available at <https://akademik.mk/sudenje/shpion-2/>.
- (29) *Хакирана веб страницата на Претседателот*, in *mk.tv21.tv*, 27 February 2017, available at www.mk.tv21.tv/hakirana-veb-stranitsata-na-pretседателot/.
- (30) Veles is a city in the central part of North Macedonia.
- (31) A. TOMIC, *Анализа со Митрески: Сајбер напад од 35 милиони IP адреси е многу скап. Кој е мотивот?*, in *faktor.mk*, 24 July 2020, available at www.faktor.mk/analiza-so-mitreski-sajber-napad-od-35-milioni-ip-adresi-e-mnogu-skap-koj-e-motivot.
- (32) K. OZIMEC, *Паднати веб-сајтовите на повеќе македонски медиуми - технички проблем или напад?*, in *Deutsche Welle*, 19 November 2016.
- (33) *Сајбер нападите во предизборието може да имаат сериозни политички импликации*, in *fokus.mk*, 6 February 2020, available at www.fokus.mk/ordanoski-sajber-napadite-vo-predizborieto-mozhe-da-imaat-seriozni-politichki-implikatsii/.
- (34) Закон за ратификација на Конвенцијата за компјутерски криминал; available at www.rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa41e.
- (35) Кривичен законик, available at www.slvesnik.com.mk/Issues/90E0B29D702D49A48DBCC2239374B927.pdf.
- (36) Закон за кривична постапка; Службен весник на РМ, бр.150 од 2010, available at www.jorm.gov.mk/wp-content/uploads/2016/03/Zakon_za_Krivicna_postapka_150_18112010-2.pdf.
- (37) Available at www.mioa.gov.mk/sites/default/files/pbl_files/documents/legislation/Zakon%20za%20elektronskite%20komunikacii.pdf.
- (38) Закон за следење на комуникациите, available at www.mvr.gov.mk/Upload/Documents/Zakon%20za%20sledenje%20na%20komunikaciiite.pdf.
- (39) Закон за електронска трговија, available at <https://www.pravdiko.mk/zakon-za-elektronska-trgovija/>.
- (40) Закон за електронско управување и електронски услуги, available at www.mioa.gov.mk/sites/default/files/pbl_files/documents/legislation/zakon_za_elektronsko_upravuvanje_i_elektronski_uslugi_0.pdf.
- (41) Закон за парнична постапка.
- (42) Available at www.mioa.gov.mk/sites/default/files/pbl_files/documents/legislation/zededu.pdf.
- (43) Декларација за побезбеден интернет, www.dejure.mk/zakon/deklaracija-za-pobezbeden-internet.
- (44) National Cyber Security Strategy, December 2018, available at www.mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/AP%20v1_13MK.pdf.
- (45) See decision to form this Council available at www.dejure.mk/zakon/odluka-za-formiranje-na-nacionalen-sovet-za-sajber-bezbednost.
- (46) I. UPADHYAY, *Cyber Law: A Comprehensive Guide For 2021*, in *jigsawacademy*, 13 September 2020, available at www.jigsawacademy.com/blogs/cyber-security/what-is-cyber-law/.
- (47) M. HOLLOWAY, *Stuxnet Worm Attack on Iranian Nuclear Facilities*, in *large.stanford.edu*, 16 July 2015, available at www.large.stanford.edu/courses/2015/ph241/holloway1/.
- (48) P. PAGANINI, *Operation BugDrop – Hackers Siphoned 600GB Taking Control of PC Microphones*, in *securityaffairs*, 21 February 2017, available at www.securityaffairs.co/wordpress/56517/intelligence/operation-bugdrop-ukraine.html.
- (49) Global Research & Analysis Team – Kaspersky Lab, *“Red October” Diplomatic Cyber Attacks Investigation*, in *securelist.com*, 14 January 2013, available at www.securelist.com/red-october-diplomatic-cyber-attacks-investigation/36740/.
- (50) K. GROW, *Sony Cancels ‘Interview’ New York Premiere Amid Terror Threats*, in *RollingStones*, 17 December 2014, available at www.rollingstone.com/movies/movie-news/sony-cancels-interview-new-york-premiere-amid-terror-threats-194486/.
- (51) D. McNARY, *Sony Has ‘No Further Release Plans’ for ‘The Interview’*, in *variety.com*, 17 December 2014, available at www.variety.com/2014/film/news/sony-has-no-further-release-plans-for-the-interview-1201382167/.

- (52) *Who are the Guardians of Peace? A New Hacker Group Is on the Loose*, in pandasecurity.com, 8 January 2015, available at www.pandasecurity.com/en/mediacenter/news/guardians-peace-new-hacker-group-loose/.
- (53) *North Korea Berates Obama over The Interview Release*, in BBC, 27 December 2014, available at www.bbc.com/news/world-asia-30608179.
- (54) E. SHEIN, *Incident Of The Week: Shamoon Virus Cripples Hundreds Of Computers*, in CyberSecurityHub, 14 December 2018, available at www.cshub.com/attacks/news/incident-of-the-week-shamoon-virus-cripples-hundreds-of-computers.
- (55) *'Phishing email' the key to hacking of TV5Monde*, in thelocal.fr, 14 April 2015, available at www.thelocal.fr/20150414/how-the-french-channel-tv5-was-hacked/.
- (56) M. HADJI-JANEV, M. BOGDANOSKI, *Handbook of Research on Civil Society and National Security in the Era of Cyber Warfare*, 2015.
- (57) Europol, *Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) - Strategic, Policy and Tactical Updates on the Fight Against Cybercrime*, available at www.europol.europa.eu/iocta-report.
- (58) IOCTA reports, available at www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment#fndtn-tabs-0-bottom-2.

LA LOTTA ALLA CORRUZIONE IN AMBITO “REGIONALE”: IL GRUPPO DI STATI CONTRO LA CORRUZIONE (GRECO)

Emanuele Vannata*

* University of Salerno (Italy), Department of Legal Sciences (School of Law)
(evannata@unisa.it)

Abstract

The article aims to retrace the role of the Council of Europe (CoE) in the fight against corruption.

The analysis focuses on the institution of the Group of States against Corruption (GRECO), mandated to monitoring and evaluating the implementation of CoE instruments in subiecta materia, according to the standards contained in it, through the peer review evaluation mechanism.

A particular attention will be pledge to the corruption risks linked to the public health emergencies, in the light of the recent GRECO guidelines on preventing and managing corruption in the context of COVID-19 pandemic.

Keywords: *Corruption, Council of Europe, COVID-19, GRECO.*

LUFTA KUNDËR KORRUPSIONIT NË NIVEL “RAJONAL”: GRUPI I SHTETEVE KUNDËR KORRUPSIONIT (GRECO)

Emanuele Vannata*

****Universiteti i Salernos, Departamenti i Shkencave Ligjore (Shkolla e së Drejtës)
(evannata@unisa.it)**

Abstrakt

Artikulli synon të rishikojë rolin e Këshillit të Europës (KiE) në luftën kundër korrupsionit.

Analiza fokusohet në institucionin e Grupit të Shteteve kundër Korrupsionit (GRECO), i mandatuar të monitorojë dhe vlerësojë zbatimin e instrumentave të KiE-së në këtë temë, sipas standardeve që përmbahen në të, nëpërmjet mekanizmit të vlerësimit të dyfishtë. Në vëmendje të veçantë do të jetë zotimi për rreziqet e korrupsionit lidhur me emergjencat e shëndetit publik, në linjë me udhëzimet e fundit të GRECO-s për parandalimin dhe menaxhimin e korrupsionit në kontekstin e pandemisë së COVID-19.

Fjalë kyçe: *Korrupsioni, Këshilli i Europës, COVID-19, GRECO.*

1. Cenni introduttivi

Il fenomeno corruttivo, nelle sue polimorfe manifestazioni, ha assunto da ben più di una decade una dimensione sovra-nazionale tale da giustificare l’elaborazione di tutta serie di strumenti giuridici con l’obiettivo di contrastare, in maniera più efficace e coordinata, i fenomeni corruttivi, nella loro ricaduta tanto interna quanto internazionale (1).

È ben noto, ormai, che la corruzione costituisca una seria minaccia al principio di legalità, alla democrazia e ai diritti umani, oltre che alla buona amministrazione, alla correttezza e all’uguaglianza sociale, senza considerare l’impatto significativo sullo sviluppo economico, sulla competizione e la crescita. Il costo economico e sociale della corruzione, pagato a caro prezzo dalla società civile, anche in termini di stabilità delle organizzazioni democratiche e di fiducia nelle pubbliche istituzioni, è figlio di una criminalità economica che trascende sempre più le geometrie statuali, cui le principali istituzioni sovra-nazionali hanno tentato di porre rimedio, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, attraverso strumenti tanto di c.d. *soft law* quanto di c.d. *hard law*.

Lo spazio giuridico europeo offre un apparato strumentale variegato, precipuamente indirizzato alla lotta alla corruzione e che, chiaramente, trova innanzitutto nell’Unione europea una sponda particolarmente felice (2), date le ormai ben note caratteristiche peculiari di tale Organizzazione, che fanno di essa “il fenomeno di regionalizzazione più ‘riuscito’ del sistema globale” (3).

Tuttavia, risulta al pari rilevante – nel quadro degli strumenti giuridici “regionali” specificamente dedicati alla corruzione (4) – il contributo del Consiglio d’Europa

(*Council of Europe/CoE*) (5), la più risalente organizzazione intergovernativa europea, nata nel 1949 allo scopo di “attuare un’unione più stretta fra i Membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale” (6), in particolare la triade diritti umani-democrazia-stato di diritto.

All’ampio impegno internazionale nel contrasto a tale fenomenologia criminosa, in termini di risposta normativa, vuoi sul piano universale che regionale, si accompagna una non sempre uniforme scelta dell’approccio impiegato, spesso altalenante tra logiche meramente repressive e caratteri più marcatamente preventivi (7).

In tale ampio contesto, si colloca l’attività del Consiglio d’Europa, improntata anzitutto ad una certa dinamicità e multidisciplinarietà dell’approccio strategico (8), a partire dall’istituzione del Gruppo Multidisciplinare sulla Corruzione (GMC) nel 1994 e dall’adozione – nel 1996 – del Programma d’Azione contro la Corruzione (9), che costituisce essenzialmente l’architettura su cui poggiano le attività del Consiglio e la loro successiva articolazione. Accanto alla promozione e alla stipula di accordi o convenzioni tra Stati membri (ma a cui sovente partecipano anche Stati terzi), improntate ad un’ottica di complementarità, quali la Convenzione penale sulla corruzione del 1999 (10) (e il successivo Protocollo addizionale del 2003 (11)) e la Convenzione civile sulla corruzione (12) del medesimo anno, il Consiglio ha ritenuto anche di affiancare un organo di controllo – il Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO) (13) – al fine di monitorare e valutare il rispetto degli obblighi giuridici da essi derivanti (14).

Il presente lavoro mira, infatti, a ripercorrere il contributo del CoE nella lotta alla corruzione in ambito “regionale”, a partire innanzitutto dall’istituzione del GRECO e dal suo funzionamento, per poi soffermarsi sui rischi corruttivi nel contesto dell'emergenza sanitaria causata dalla pandemia di COVID-19 e sull’apporto del Gruppo alla prevenzione della corruzione attraverso l’emanazione delle *guidelines* del 15 aprile 2020 (15).

2. La strategia *anti-corruption* del Consiglio d’Europa

La dimensione “pan-europea” del Consiglio d’Europa (16), che le consente di operare in uno spazio giuridico che ingloba tutti gli Stati membri dell’Unione europea e che conta attualmente 47 Stati membri, è senz’altro un aspetto da salutare con favore. Infatti, se si considera, da un lato la già evidenziata e crescente transnazionalità del fenomeno corruttivo e, dall’altro, la questione culturale sottesa alle pratiche corruttive – che mettono a repentaglio alcuni dei principi ordinatori della stabilità del sistema interstatuale e delle comunità nazionali (17) – allora appare quasi evidente che ritrovarsi dinanzi ad una “geografia che trascende quella dei geografi” (18) può contribuire al buon esito delle azioni (comuni) contro la corruzione nell’area europea.

Sulla scorta di quei valori spirituali e morali condivisi da tutti gli Stati membri “che sono patrimonio comune dei loro popoli e fondamento dei principi di libertà personale, libertà politica e preminenza del Diritto, dai quali dipende ogni vera democrazia” (19), inevitabilmente a rischio compromissione dalle condotte corruttive, il CoE ha assunto un ruolo di primo piano nella lotta alla corruzione. A partire dal settembre del 1994 (20), infatti, raccogliendo l’*input* proveniente dai Ministri europei riuniti alla Conferenza di La Valletta (21) di “*set up a multi-disciplinary Group on Corruption within the Council of Europe, under the responsibility of the European Committee on Crime Problems (CDPC) and the European Committee on Legal Co-operation (CDCJ), and entrust the Group with*

the task of examining what measures might be suitable to be included in a programme of action at international level against corruption" (22), il Comitato dei Ministri del CoE istituì il Gruppo Multidisciplinare sulla Corruzione (*Multidisciplinary Group on Corruption - GMG*), il quale predispose il Programma d'Azione contro la Corruzione del 1995, che venne definitivamente adottato nel novembre del 1996. Tale Programma, da cui già emergeva la consapevolezza del fenomeno "*as a problem of society*" (23) e rispetto cui "*no system of government and administration is immune (...) by those intent on the abuse of power*" (24), risulta essere il punto di svolta per l'acquisizione del decisivo impulso politico (ma anche normativo) atto a traghettare la lotta alla corruzione tra gli obiettivi prioritari ed essenziali del CoE. Da un punto di vista normativo, infatti, il Programma si pone esattamente all'origine (e a fondamento) dei sei strumenti adottati negli anni a seguire e che costituiscono l'ossatura della strategia *anti-corruption* del CoE. A distanza di soltanto un anno dalla definitiva adozione del Programma, seguì, difatti, l'emanazione della Risoluzione "sui Venti Principi Guida per la Lotta alla Corruzione" del 1997 (25), tra i quali "*to ensure co-ordinated criminalisation of national and international corruption*" (26), "*to promote the specialisation of persons or bodies in charge of fighting corruption and to provide them with appropriate means and training to perform their tasks*" (27), "*to ensure that the organisation, functioning and decision-making processes of public administrations take into account the need to combat corruption*" (28), nonché "*to develop to the widest extent possible international co-operation in all areas of the fight against corruption*" (29). Tali principi si inquadrano in una prospettiva general-preventiva e, allo stesso tempo, aspirano alla promozione di *good practices* etiche, prendendo in particolare considerazione la libertà di informazione, la trasparenza dei meccanismi decisionali, il controllo dei conti, i codici di buona condotta dei funzionari, il finanziamento dei partiti e delle campagne elettorali (30), con un marcato valore politico e di indirizzo, pur nella consapevolezza della sua del tutto esigua portata perentoria.

Permanendo in tale ambito, in un quadro di più marcata *soft law*, si sono poi susseguite, nel nuovo millennio, la Raccomandazione sui Codici di Condotta dei Pubblici Ufficiali del 2000 (31) e la Raccomandazione sulle Regole Comuni contro la Corruzione nel Finanziamento ai Partiti Politici e alle Campagne Elettorali del 2003 (32).

La prima è essenzialmente volta a raccomandare agli Stati membri di promuovere l'adozione di codici di condotta nazionali per i dipendenti pubblici sulla base del modello delineato dal *Model Code* annesso alla Raccomandazione, nella prospettiva di definire le regole comportamentali dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, costruendo una cornice deontologica entro la quale esercitare il servizio pubblico (33). La seconda, invece, detta le regole comuni, riprodotte nell'Appendice alla Raccomandazione, destinate ad orientare i governi degli Stati membri nell'adozione, nei loro rispettivi ordinamenti, di norme in materia di finanziamento pubblico dei partiti e delle campagne elettorali.

Tuttavia, è ben noto che buona parte dell'attività del CoE è teleologicamente finalizzata alla conclusione di accordi o convenzioni tra gli Stati membri (ma aperte anche a Stati terzi). Difatti, gli sforzi del CoE si sono tradotti soprattutto nell'adozione delle due convenzioni sulla corruzione, in materia penale ed in materia civile, ambedue aperte alla firma nel 1999, nonché del Protocollo addizionale alla Convenzione penale del 2003.

In particolare, la Convenzione penale sulla corruzione del 1999, anticipata, soltanto di un paio di anni, dalla Convenzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo

Economico (OCSE) sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997 (34), rappresenta senz'altro uno dei primissimi strumenti multilaterali posti in essere nella materia in esame a livello internazionale. La sua portata, alquanto vasta, copre entrambe le forme di corruzione attiva e passiva (35), rispetto ad una vasta gamma di attori (e.g., pubblici ufficiali nazionali e stranieri, membri dei parlamenti nazionali e stranieri, membri di assemblee parlamentari internazionali, funzionari internazionali, giudici nazionali, stranieri ed internazionali), nonché le forme di comportamento corrotto considerate normalmente come tipi specifici di corruzione, quali il traffico di influenze attivo e passivo, il riciclaggio dei proventi della corruzione, i reati contabili connessi con reati di corruzione. La Convenzione, inoltre, prende in considerazione anche la corruzione nel settore privato, richiedendo agli Stati di prevedere sanzioni e misure efficaci e dissuasive, anche nei confronti delle persone giuridiche, le quali dovranno essere, anch'esse, penalmente responsabili per i reati commessi a proprio vantaggio e destinatarie di efficaci sanzioni penali o civili. Invece, il Protocollo addizionale è intervenuto a distanza di sei anni dalla sua Convenzione "madre" a scopo estensivo, ampliandone sostanzialmente la portata agli arbitri in questioni commerciali, civili e di altra natura e ai giurati.

La prospettiva di affrontare il fenomeno corruttivo in maniera "globale" ha condotto gli Stati membri del CoE e gli altri Stati firmatari, "*convinced of the importance for civil law to contribute to the fight against corruption, in particular by enabling persons who have suffered damage to receive fair compensation*" (36), a pervenire all'adozione di uno strumento giuridico convenzionale in grado di definire norme comuni internazionali anche con gli strumenti propri del diritto civile (ad esempio, in termini di risarcimento del danno, responsabilità civile, validità dei contratti, *whistleblowing* (37), formazione della prova, misure cautelari), obbligando le Parti Contraenti a prevedere nelle loro legislazioni nazionali "rimedi giudiziali efficaci a favore delle persone che hanno subito un danno risultante da un atto di corruzione, al fine di consentire alle medesime di tutelare i propri diritti ed interessi, ivi compresa la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni" (38).

2.1 Il GRECO

Affianco alle sue fonti legali, senz'altro volte a migliorare la capacità degli Stati di incidere sul fenomeno corruttivo sia a livello nazionale che internazionale, il CoE, come già anticipato, si è dotato di un organo di controllo (39), destinato "*to improve the capacity of its members to fight corruption by following up, through a dynamic process of mutual evaluation and peer pressure, [in] compliance with their undertakings in this field*" (40). Già a partire dal 1997, i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri del CoE, in occasione del secondo *Summit* di Strasburgo (41), avevano sollecitato il Comitato dei Ministri "*to establish without delay an appropriate and efficient mechanism for monitoring observance of the guiding principles and implementation of the said international legal instruments*" (42). Tale indirizzo era stato poi accolto dal Comitato nel novembre 1997, durante la sua 101esima Sessione, con la Risoluzione 97/24, attraverso la quale i Ministri affidarono al GMC il mandato a definire, al più presto, un *draft text* finalizzato all'istituzione del meccanismo richiesto. Nel marzo del 1998 è in seguito intervenuta l'approvazione del *Draft Agreement* da parte del GMC, a cui è seguita la Risoluzione 98/7 del Comitato che ha autorizzato l'istituzione del GRECO (43). La

definitiva istituzione dell'organo è intervenuta nel maggio 1999 con la Risoluzione 99/5 (44).

Tale organismo, con sede a Strasburgo, si pone il ragguardevole obiettivo di vigilare sull'osservanza dei Principi Guida per la lotta alla corruzione, nonché di monitorare l'implementazione di tutti gli strumenti giuridici testé evidenziati ed è stato dotato di uno Statuto (45), che ne disciplina l'organizzazione ed il funzionamento, a cui si accompagnano le Regole di procedura adottate dall'organo medesimo in seno alla sua prima Sessione plenaria (46).

L'adesione al GRECO è aperta a tutti gli Stati, ancorché non membri del CoE, ma che hanno partecipato all'*Enlarged Partial Agreement*, ovvero a Stati che aderiscono agli strumenti internazionali adottati dal CoE (47). Inoltre, è anche conferito al Comitato dei Ministri del CoE, nella sua composizione ristretta agli Stati membri dell'*Enlarged Partial Agreement*, il potere di invitare all'adesione uno Stato non membro, anche se non rientrante tra le ipotesi poc'anzi citate (48). Lo Stato aderente, a seguito dell'invito, è però tenuto ad accettare, con dichiarazione separata, l'applicazione dei Principi Guida (49). È bene considerare anche che ogni Stato che ratifichi tanto la Convenzione penale quanto quella civile sulla corruzione diviene automaticamente membro del GRECO e accetta le sue procedure di valutazione (50).

Attualmente, il Gruppo comprende 50 Stati membri, di cui 48 di area geografica europea e 2 extra-europea (Kazakhstan e Stati Uniti). Gli Stati operano nel GRECO attraverso la propria delegazione, composta da due rappresentanti da essi nominati (51), con diritto di voto nell'Assemblea plenaria, ma forniscono anche una lista di cinque esperti disponibili a prendere parte ai procedimenti di valutazione (52). La struttura del GRECO si articola, inoltre, in un *Bureau* (53), composto dal Presidente e dal Vicepresidente e da altre cinque persone elette dal Gruppo tra i rappresentanti degli Stati "*entitled to vote*" (54), e in una *Statutory Committee* (55), in cui siedono i rappresentanti degli Stati membri del CoE nel Comitato dei Ministri che sono anche membri del GRECO e i rappresentanti all'uopo designati dagli altri membri del Gruppo. A chiudere, infine, il quadro strutturale è il *Secretariat*, che ha funzioni di assistenza e supporto amministrativo del GRECO (56).

Al netto dell'apparato organigrammatico, appare senz'altro di indubbio interesse il funzionamento del sistema sotteso ai processi valutativi e di controllo che stanno alla base della *mission* del Gruppo. Anzitutto, secondo quanto stabilito dallo Statuto, il procedimento di valutazione opera in cicli (*Evaluation Round*) (57), ognuno relativo ad uno o più temi specifici. Sovrintende al procedimento il principio della mutua valutazione o valutazione reciproca (*mutual evaluation*) e di mutua pressione (*peer pressure*), a cui si ispirano il monitoraggio e la valutazione (58), composto di due parti: una valutazione reciproca e una procedura di conformità, indistintamente applicati a tutti gli stati membri in ogni Round di Valutazione.

Il meccanismo della *peer review* rappresenta, difatti, un processo dinamico di valutazione, condotto da pari (ovvero gli esperti degli stessi Stati membri) sulla base degli elementi raccolti dalla compilazione di questionari, dai colloqui effettuati nel corso delle visite (*on-site visits*), oltre che dai commenti e dalle osservazioni forniti dallo Stato valutato. Alla base della valutazione reciproca vi è, infatti, la raccolta di informazioni mediante la compilazione di un *Questionnaire*, adottato dal GRECO per ogni Round e sottoposto a tutti gli Stati membri, i quali sono tenuti a fornire le risposte al Segretariato entro i termini fissati dal Gruppo (59). È proprio in questa fase della procedura che il GRECO ha la possibilità di inviare *in loco* un'*équipe* di esperti "*for the purpose of seeking additional*

information concerning its law or practice, which is useful for the evaluation” (60), subordinatamente ad una notifica allo Stato coinvolto di almeno due mesi e sulla scorta di un programma definito con quest’ultimo (61).

Se lo scopo del questionario è sostanzialmente quello di rilevare la situazione di fatto esistente in uno Stato, attraverso le informazioni – sotto forma di risposta al questionario – che tale Stato ha fornito, non è difficile immaginare la *one-site visit* come uno strumento che, in una certa misura, è in grado *anche* di consentire un riscontro sulle informazioni pervenute, per quanto il sistema appaia comunque pensato *de iure condito* in un’ottica marcatamente dialogica. Inoltre, la visita è l’occasione soprattutto per instaurare tavoli di incontro con le realtà istituzionali, gli *stakeholders*, gli organi di informazione coinvolti nella lotta alla corruzione, cercando di raccogliere, pertanto, dalla visita una visione globale e complessiva ai fini della redazione del progetto di rapporto di valutazione. Infatti, *ex art.* 14 dello Statuto, il team di esperti ha il compito di redigere tale progetto preliminare di rapporto di valutazione “*on the state of the law and the practice in relation to the provisions selected for the evaluation round*” (62), con la collaborazione del *Secretariat*, il quale normalmente ne cura la parte descrittiva (basata sulle risposte al questionario e su altre informazioni raccolte), mentre è affidata al *pool* di esperti la redazione della parte analitica, che include invece le osservazioni e le raccomandazioni motivate.

Le Regole di Procedura prevedono che gli esperti sottopongano innanzitutto le proprie osservazioni individuali al Segretariato – entro un termine che differisce a seconda della inclusione o meno di una *country visit* nel Round di Valutazione (63) – al fine di provvedere alla stesura del primo *Preliminary Draft Mutual Evaluation Report* (c.d. P1), il quale sarà reso nella disponibilità degli esperti per eventuali osservazioni da far pervenire entro 14 giorni. All’esito di tali commenti, il Segretariato appronta il *Preliminary Draft* (c.d. P2), destinato non solo agli esperti ma anche allo Stato membro interessato dalla valutazione, al fine di ricevere per iscritto le sue osservazioni. I commenti espressi saranno oggetto di vaglio da parte degli esperti “*with a view to determining which of them are acceptable*” (64), al fine di giungere alla versione rivista del *Draft Report* (c.d. P3), la quale è inviata a tutti i rappresentanti che siedono nel GRECO almeno due settimane prima della Sessione Plenaria di discussione ed approvazione. La discussione in sede di *Pléniaire* è espressione evidente di quella mutualità più volte già sottolineata che permea non solo il procedimento di valutazione ma anche il controllo degli impegni assunti, attraverso il confronto diretto con tutti i membri del GRECO in ordine alle rispettive situazioni nazionali (65). Durante le plenarie, difatti, i Paesi hanno la possibilità di monitorare le situazioni e i progressi degli altri Stati, determinando le modifiche che dovessero emergere dalla discussione, ma riuscendo in qualche misura anche a valutare in un’ottica comparatistica la propria realtà domestica. All’esito della discussione, viene adottato il Report ed è data facoltà ai rispettivi Paesi interessati dalle valutazioni all’ordine del giorno della Plenaria di esprimere il loro assenso o meno alla pubblicità del rapporto (66).

Come si anticipava, il procedimento di valutazione si caratterizza per una seconda fase, in cui il GRECO, in buona sostanza, valuta se le raccomandazioni espresse nel Rapporto di Valutazione – a prescindere dalla sua pubblicazione – siano state efficacemente attuate. Tale procedura di conformità si finalizza in un rapporto sulla situazione nazionale (*Compliance Report*) che trae origine dal *Situation Report* che ogni Stato valutato è tenuto a trasmettere, in conformità all’art. 15, par. 6 dello Statuto, entro una data stabilita e

soggetto all'approvazione dell'Assemblea plenaria, al fine di dar conto delle misure adottate per ottemperare alle raccomandazioni contenute nell'*Evaluation Report* (67).

La prassi ci conduce a poter affermare che le raccomandazioni (68) – il più delle volte consistenti nell'individuazione di una strategia piuttosto che nell'orientamento verso il rafforzamento di taluni istituti od organi ma anche nell'indicazione di un percorso legislativo di riforme – risultano tendenzialmente prese in considerazione dagli Stati, sebbene a ciò non (sempre) corrisponda un fedele e pedissequo allineamento alle indicazioni ricevute. D'altro canto, il sistema di risposta all'inadempimento delle raccomandazioni (69), pur previsto, può condurre *in extremis* all'adozione di un *Public Statement* che denunci la condotta dello Stato rispetto agli impegni assunti, il quale sia rimasto passivo o abbia adottato misure non sufficienti ("*remains passive or takes insufficient action*" (70)), il cui indiscusso valore politico fa da contraltare alla sua efficacia concreta.

3. COVID-19 e rischi corruttivi

Larga parte dell'operato del Gruppo si sostanzia nel supportare gli Stati ad identificare le lacune nelle *national anti-corruption policies*, suggerendo gli indirizzi correttivi e gli orientamenti risolutivi più appropriati. Ancor più in costanza di una fase emergenziale straordinaria – quale quella legata alla diffusione pandemica del virus SARS-CoV-2 (71) – il GRECO ha avvertito l'esigenza di richiamare gli Stati sulla necessità di non sottovalutare i rischi corruttivi ad essa connessi (72).

L'attuale contingenza economica e sociale a livello globale è eziologicamente influenzata dall'ancora persistente emergenza sanitaria internazionale. La risposta al virus ha aperto inevitabilmente nuovi spazi ed opportunità per la corruzione (73), dovuti ad un certo indebolimento dei controlli e ad una trasparenza inadeguata, distogliendo finanziamenti nel momento in cui le persone ne hanno maggiormente bisogno, all'interno di un quadro emergenziale in cui gli Stati si trovano ad agire con estrema rapidità (*rectius* fretolosità). A ciò, si aggiunge – come evidenziato anche dallo stesso Segretario Generale delle Nazioni Unite (74) – anche la collusione diffusa tra coloro che controllano le catene di fornitura, causando un innalzamento intollerabile dei costi di beni necessari, che distorce il mercato e inibisce spesso l'accesso a terapie salvavita. Inoltre, la pandemia in rapido sviluppo e la conseguente recessione economica hanno portato ad una forte concorrenza per le risorse essenziali. La ingente e rapida mobilitazione di risorse e fondi pubblici (vuoi per l'assistenza sanitaria vuoi per la conseguente ripresa economica) ha generato notevoli opportunità di proliferazione dei fenomeni corruttivi. Di conseguenza, la mancanza di trasparenza, la scarsa supervisione ed implementazione di misure anti-corruzione idonee e funzionali (che inevitabilmente comportano un dilatamento dei tempi vs. la tempestività necessaria dettata dall'emergenza sanitaria) hanno esacerbato tale proliferazione, creando il terreno idoneo per una *wave of corruption-related incidents*, e le misure pubbliche contro questi reati non hanno tenuto il passo con l'evoluzione della crisi (75).

Invero, bisogna anche considerare la inevitabile urgenza nello sviluppare ed assicurare un'affidabile, sicura ed efficace produzione vaccinale su scala mondiale, che ha condotto alla rapida approvazione di una serie di vaccini, saltando o riducendo il canonico *iter* di approvazione. La rapida corsa degli Stati, anche nella fase della ricerca e dello sviluppo, prima ancora che in quella dell'approvvigionamento, ha creato anche qui ulteriori opportunità per la criminalità corruttiva *latu sensu* intesa. Basti pensare, ad esempio, a

tutti i potenziali conflitti di interesse legati ai finanziamenti della ricerca, nel processo di acquisto e di distribuzione di un vaccino per il COVID-19 (76).

Ebbene, in tale contesto, il GRECO ha enfatizzato la centralità degli *anti-corruption and governance tools* – a partire dalle due Convenzioni (civile e penale) sulla corruzione e dai Principi Guida sviluppati nel quadro del CoE – quantomai decisivi nell'affrontare i diversificati spazi per la criminalità corrutiva nell'ampio quadro dei *pandemic-related processes*. Infatti, con le *guidelines* a firma del Presidente (77), il Gruppo ha inteso affrontare tali questioni, sia in termini di analisi dei rischi strettamente connessi alla contingenza emergenziale, che in termini di raccomandazioni specifiche per gli Stati, sulla scorta di una serie di aree specifiche di intervento ove maggiori sono individuati i relativi rischi.

In un tempo di straordinarie circostanze legate al COVID-19, in cui è il settore sanitario – maggiormente esposto (si pensi soltanto al bisogno rapido di forniture mediche vs. semplificazione degli appalti pubblici) – ad essere individuato come il destinatario bisognoso delle “cure”, il GRECO pone l'accento su tre pilastri fondamentali su cui ruota l'intero assetto politico/giuridico dell'anticorruzione: *accountability, oversight e transparency* (78).

In particolare, il GRECO evidenzia le aree (corruzione nel sistema di approvvigionamento, servizi medici e di ricerca e sviluppo di nuovi prodotti, conflitti di interesse e *lobbying*, frodi), dove i rischi sono maggiormente presenti e dove, pertanto, si ritiene necessario intervenire adeguatamente.

Il rafforzamento della trasparenza nel quadro dei sistemi di approvvigionamento, quale uno degli aspetti essenziali, in termini soprattutto di prevenzione, nella lotta alla corruzione, è più volte richiamato dal GRECO, indirizzando gli Stati alla necessità di applicare con fermezza il principio-guida n. 14 dei *Guiding Principles* in tema di trasparenza delle procedure pubbliche di appalto (79), senza trascurare il profilo delle garanzie di un rimedio effettivo e del risarcimento per le persone fisiche e giuridiche che hanno subito un danno da un atto di corruzione (80).

Tuttavia, i rischi corruttivi possono annidarsi soprattutto nei *medical-related services*, laddove, con le strutture sanitarie in affanno, tra esigenze di forniture e di personale e bisogni legati all'emergenza, spesso confliggenti, la corruzione “*may become part of the equation*” (81). In tale precipuo ambito, il GRECO richiama gli Stati alla criminalizzazione della corruzione attiva e passiva nel settore privato, che, nel quadro della Convenzione penale sulla corruzione, comprende anche gli operatori della sanità privata (82). L'analisi del GRECO prende anche in considerazione la micro-corruzione (*petty bribery*) – “*an issue that has emerged again in the pandemic context*” (83) – in tale settore particolarmente presente, ad esempio, per l'accesso ai servizi medici, ai test e alle attrezzature, alle procedure di raccolta e sepoltura del corpo, per la quarantena, anche in quei Paesi dove tale tipologia di corruzione era sinora davvero residuale.

Come già anticipato, terreno fertile risultano essere anche i notevoli investimenti in *research and development*, dovuti alla corsa alla cura e al vaccino, rispetto cui il GRECO enfatizza la necessità di incrementare la “*capacity, authority and public accountability of State institutions*” (84), incaricate di quelle funzioni di controllo e regolamentazione la cui implementazione è ancor più determinante in un contesto emergenziale di tale portata. Il rafforzamento di tali funzioni può avere un ruolo decisivo anche rispetto ai conflitti di interesse inevitabilmente generati in un tale contesto. Infatti, il GRECO affronta tale tema attraverso il richiamo alle sue raccomandazioni sul reclutamento e la promozione *merit-*

based di funzionari apicali e personale nonché sui codici di condotta (85) e i meccanismi di prevenzione/integrità del conflitto di interesse (86). Anche qui, inoltre, il richiamo del GRECO si proietta verso l'essenzialità della *trasparency*, al fine di garantire il corretto funzionamento dei processi decisionali, ponendosi al riparo dalle attività lobbistiche, anche sotto il profilo della disseminazione delle informazioni (87).

Non da ultimo, il GRECO evidenzia i rischi collegati alle frodi e al conseguente riciclaggio dei proventi, con la proliferazione delle falsificazioni di prodotti sanitari, indispensabili non solo per le strutture ospedaliere e di cura, ma anche per i privati cittadini, dato l'incremento straordinario della domanda di dispositivi di protezione individuale come di altre forniture mediche, a cui è corrisposto un aumento dell'offerta di tali prodotti su falsi siti web, *shop online*, *social accounts*, emails (*phishing*) (88). Riguardo tali aspetti, l'appello del GRECO è di rinvio alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla contraffazione dei prodotti medicali e reati simili che implicano una minaccia alla salute pubblica (c.d. Convenzione MEDICRIME) del 2011 (89), quindi alla criminalizzazione di quelle fattispecie di produzione, fornitura, offerta e traffico di prodotti contraffatti, nonché di falsificazione di documenti e di altri reati affini (90).

È interessante notare che il citato documento, emanato dal Presidente del GRECO, non dimentica – sebbene attraverso un cenno marginale – la rilevanza dell'impatto sui diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto (91), al cui rispetto gli Stati sono sempre chiamati, a maggior ragione nel contesto di una legislazione emergenziale e delle conseguenti forme di *devolution of powers*. In particolare, il GRECO porta l'attenzione degli Stati verso la protezione delle persone che segnalano le condotte corruttive (92) e il cui valore è, pertanto, essenziale “*in deterring and preventing wrongdoing, and in strengthening democratic accountability and transparency*” (93).

L'attenzione del documento è, infine, dedicata al settore privato, dove pure i rischi corruttivi possono trovare ampi spazi fertili (e.g., tangenti per facilitare la progressione di processi bloccati a causa della carenza di personale o chiusura di uffici pubblici, falsificazione di documenti per soddisfare le condizioni dei regimi di aiuti di Stato per le misure di sollievo dalla pandemia, scavalco dei requisiti di certificazione dei prodotti, donazioni, mancanza di risorse per supervisionare la cattiva condotta da parte dei dipendenti), e sui cui il quadro di riferimento cui ispirarsi, nelle indicazioni del GRECO, è rappresentato dagli artt. 7 e 8 della Convenzione penale sulla corruzione, nonché il principio-guida n. 5 dei *Guiding Principles* (94), oltre alle raccomandazioni per il settore privato contenute nel Secondo *Evaluation Round*.

4. Osservazioni conclusive

Il contributo del CoE alla lotta alla corruzione ha dimostrato, nel tempo, di possedere quei caratteri di multidisciplinarietà, poliedricità e complementarità tali da fornire all'intero spazio giuridico europeo una serie di strumenti – siano essi di carattere perentorio o incardinati piuttosto in forme di *moral suasion* – idonei a costruire un sistema organico di norme internazionali a disposizione degli Stati per incidere positivamente su quel “fenomeno criminale e immorale” (95) della corruzione, che “mette alla prova le nostre società e le nostre economie” (96) e, inoltre, “ostacola la crescita economica sostenibile, distorce la concorrenza sul mercato, mina lo stato di diritto e la fiducia tra cittadini e governi” (97).

Inoltre, la creazione di un sistema di reciproca valutazione, quale quello che ruota intorno al GRECO – che è innanzitutto uno strumento di confronto e di dialogo interstatale ed interordinamentale, prima ancora che un meccanismo “giudicante” – si è dimostrata una felice intuizione. Nel tempo, esso ha dato prova della sua attitudine a tradurre obiettivi in realizzabilità concreta, anche tra contesti normativi sovente assai diversi fra loro.

Certamente, è necessario tener presente che il sistema dipende anche (e soprattutto) dalla effettiva ricettività degli Stati agli impulsi raccomandatori derivanti da Strasburgo, non essendo il GRECO dotato di un sostanziale meccanismo di reazione agli inadempimenti statali, tale da poter intervenire sulla reticenza in maniera performante. Tuttavia, l’esperienza dopo cinque Round valutativi ha, nel complesso, offerto un quadro di *compliance* soddisfacente, potendo registrare un *trend* positivo per molti Stati verso lo sviluppo, l’implementazione e l’innovazione delle misure anticorruzione nei rispettivi ordinamenti (98).

La lotta alla corruzione, quale minaccia globale, riveste senz’altro un ruolo cruciale, che si avvale del positivo apporto del Consiglio d’Europa, ma che necessita quanto mai di un rinnovato multilateralismo efficiente e di un’efficace cooperazione internazionale al fine di rafforzare i sistemi giuridici nazionali, messi a durissima prova dalla pandemia di COVID-19, che ha fatto precipitare la comunità internazionale nella peggiore crisi globale dal dopoguerra. Come ha, difatti, evidenziato anche il GRECO nel suo ultimo rapporto annuale (99), ormai da oltre un anno i governi hanno dovuto istituire misure di emergenza che hanno implicato la concentrazione di poteri e deroghe ai diritti fondamentali, misure che vanno di pari passo con rischi di corruzione da non sottovalutare. Perciò, è fondamentale che, in situazioni di emergenza, tutte le decisioni e le procedure si ispirino ai principi di trasparenza, integrità e responsabilità, divenendo cruciale un’intensificazione degli sforzi per assicurare che tutte le politiche e le azioni volte ad affrontare le crisi in ambito economico e sanitario rispettino le norme anticorruzione.

Dall’analisi dei rischi corruttivi, emersi dalla necessità di adottare misure straordinarie per combattere la pandemia da COVID-19, tra cui fra tutte l’iniezione di grandi quantità di denaro nell’economia per affievolirne l’impatto economico e sociale, traspare un quadro senz’altro preoccupante, rispetto cui non solo si rende necessaria l’adozione di adeguati interventi legislativi, soprattutto sul fronte preventivo, per contrastare la corruzione ma diventa essenziale che tali norme siano effettivamente applicate nella pratica e i governi agiscano con trasparenza e senso di responsabilità. Prevenire la corruzione di fronte alla crisi e tenerla sotto controllo, è tanto arduo quanto essenziale, onde evitare che essa paralizzi l’efficacia delle risposte all’emergenza (soprattutto in quei Paesi dove non sono già stati predisposti solidi meccanismi di anticorruzione) (100).

Dunque, con un occhio attento alle nuove aree di rischio, come lo è quella delle crisi, occorre misurarsi con la corruzione come un fenomeno sofisticato e variegato, che vive in una sua dimensione sempre più fluida, diffusa, interconnessa e che necessita di una risposta globale.

La decisione di tenere una Sessione speciale dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite contro la corruzione (101), dalla quale sono scaturiti una serie importanti ed ambiziosi impegni “*to effectively addressing challenges and implementing measures to prevent and combat corruption and strengthen international cooperation*”, sintetizzati nella Dichiarazione politica in seno ad essa adottata (102), unitamente alla spinta dell’agenda globale anticorruzione del G20 (103) (a presidenza italiana) verso una nuova

era di *enforcement*, cui sta lavorando il Gruppo di lavoro anticorruzione (ACWG) del G20 (104), sono forse il segno di un rinnovato approccio verso un'azione rafforzata e coordinata per prevenire e contrastare la corruzione soprattutto attraverso l'elaborazione di politiche e strategie comuni e condivise nei *fora* multilaterali.

In tale prospettiva, ben si colloca la *mission* e il ruolo del GRECO, come sede elettiva di confronto e di discussione, ma anche di promozione ed attuazione concreta di misure idonee ed efficaci, che possano contribuire in maniera determinante all'indebolimento del fenomeno corruttivo.

References

(1) Per un inquadramento generale, sulla corruzione v. G. TARTAGLIA POLCINI, *Il contrasto alla corruzione nell'attività dei fori multilaterali: La Presidenza italiana del G20*, in T. RUSSO, A. ORIOLO, (a cura di), *La lotta contro la corruzione nella legalità reticolare: il sistema penale multilivello*, Salerno, (in corso di pubblicazione) 2021; L. BORLINI, "Not such a retrospective": riflessioni sull'origine, sviluppo e conseguimenti della cooperazione internazionale anti-corruzione, in *DPCE online*, Vol. 38, n. 1, 2019; N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2019; N. PARISI, G.L. POTESTÀ, D.G. RINOLDI (a cura di), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Napoli, 2018; N. PARISI, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 2-3, 2016, pp. 185-210; M. ARNONE, L. BORLINI (eds.), *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham-Northampton, 2014; A. SARAVALLE, *Corruzione internazionale e "ne bis in idem"*, in F. BONELLI, M. MANTOVANI (a cura di), *Corruzione nazionale e internazionale*, Milano, 2014; E. ZANIBONI, *Ordine internazionale e lotta alla corruzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2014; L. BORLINI, *Corruzione. Impatto sistemico e normativa internazionale*, in C. D'ARGENTINE BERIA (coord.), *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Milano, 2013; V. MONGILLO, *La corruzione fra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012; L. BORLINI, P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale. Dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Diritto del commercio internazionale*, Vol. 21, Issue 1, 2007, pp. 15-127; N. PARISI, D.G. RINOLDI, *Pluralità di strumenti pattizi internazionali di lotta alla corruzione e adattamento dell'ordinamento italiano*, in G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, Milano, 2003, pp. 254-273. Sotto il profilo più marcatamente italiano, si veda N. PARISI, *L'attività di contrasto alla corruzione sul piano della prevenzione. A proposito di appalti, ma non solo...*, in R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla "Riforma Severino"*, Padova, 2016, pp.91-136; M. NINO, *L'applicazione delle convenzioni internazionali in materia di contrasto alla corruzione internazionale nell'ordinamento italiano*, in *La Comunità internazionale*, Vol. LXVIII, n. 3, 2013, pp. 489-515; N. PARISI, D.G. RINOLDI, *L'applicazione in Italia di strumenti giuridici internazionali contro la corruzione*, G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003, pp. 191-231.

Sul piano interno, più squisitamente penalistico, v. L. FOFFANI, *La nuova dimensione internazionale ed economica della lotta alla corruzione: dal settore pubblico al settore privato*, in A. ORIOLO, T. RUSSO (a cura di), op. cit., p.; G. DALIA, *L'esperienza italiana nella lotta alla corruzione: prevenzione, sanzione penale, contrasto processuale e performance*, in *Iura and Legal Systems*, Vol. 6, 2019, pp.1-31; R. CANTONE, *Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018; A. SESSA, *Sistema penale e "legalità reticolare": opzioni di valore nella più recente normativa anticorruzione*, in *Le Corti Salernitane*, Vol. 1-2, 2017, pp. 261-293; G.B. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013.

(2) Sul piano comunitario, si veda L. BORLINI, *Regulating Criminal Finance in the EU in the Light of the International Instruments*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 36, 2017, pp. 553-598; L. BORLINI, F. MONTANARO, *The Evolution of the EU Law Against Criminal Finance: The "Hardening" of FATF Standards Within the EU*, in *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 48, 2017, pp. 1009-1062; V.

MONGILLO, *op. cit.*, p. 463 ss.; C.R. CALDERONE, *La lotta alla corruzione in campo comunitario ed internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, Vol. 14, Fasc. 3, 2001, 607-619; S. MANACORDA, *Corruzione internazionale e tutela penale degli interessi comunitari*, in *Diritto penale e processo*, Vol. 7, Fasc. 4, 2001, pp. 410-428.

(3) F. LONGO (a cura di), *L'Unione Europea e il "cerchio di amici". Sicurezza europea e politica di vicinato*, Milano, 2008, p.XIII.

(4) Di strumenti giuridici "regionali", ne abbiamo contezza diffusamente anche in ambito extra-europeo. È bene, tra questi, menzionare, in una elencazione certamente non esaustiva: la Convenzione interamericana contro la corruzione, adottata il 29 marzo 1996 dall'Organizzazione degli Stati americani (OAS), ed entrata in vigore il 6 marzo 1997; il Protocollo contro la corruzione adottato dalla Comunità di Sviluppo dell'Africa Meridionale (SADC) il 14 agosto 2001; il Protocollo sulla lotta alla corruzione della Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale (*ECOWAS Protocol*), firmato il 21 dicembre 2001; la Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla corruzione emanata dall'Unione Africana l'11 giugno 2003, ed entrata in vigore il 5 agosto 2006.

(5) Istituito con il Trattato di Londra (Statuto del Consiglio d'Europa, STE n. 001), aperto alla firma il 5 maggio 1949 ed entrato in vigore il 3 agosto 1949, i cui Paesi fondatori furono Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Norvegia, Svezia e Regno Unito.

(6) Art. 1(a), Statuto del Consiglio d'Europa.

(7) Cfr. le interessanti considerazioni di N. PARISI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione. Una prospettiva sistematica in disaccordo con la vulgata opinio*, in *DPCE online*, 2020/4, pp. 4631-4667, specific. p. 4632, la quale evidenzia come "gli Stati hanno anzitutto preso atto dell'inadeguatezza e dell'insufficienza di una strategia organizzata sul solo terreno delle norme di diritto penale sostanziale e procedurale", aggiungendo, inoltre, che "la repressione si era nei fatti dimostrata insufficiente a evitare che si radicesse il fenomeno, diffuso e pervasivo". Perciò, secondo l'A., "di fronte a un fenomeno il diritto penale non è lo strumento adatto al suo contrasto: esso - rappresentando l'*extrema ratio* in uno Stato di diritto e in questo manifestando la propria sussidiarietà - deve essere riservato a casi eccezionali".

(8) V. G. LOCATI, *Le convenzioni del Consiglio d'Europa in materia di lotta alla corruzione e gli adempimenti nazionali di alcuni stati ad esse aderenti*, in *Liuc Papers*, n. 123, 2003.

(9) Gruppo Multidisciplinare sulla Corruzione, *Programme of Action Against Corruption*, doc. GMC (95) 49, 25-27 settembre 1995. Il Programma è stato, poi, successivamente, adottato dal Comitato dei Ministri al suo 578esimo *meeting* (doc. CM (96) 133 and Addendum), tenutosi dal 18 a 21 novembre 1996.

(10) Convenzione penale sulla corruzione, STE n. 173, aperta alla firma il 27 gennaio 1999 ed entrata in vigore il 1° luglio 2002 con 14 ratifiche. Vale la pena precisare che il Trattato era aperto alla firma tanto degli Stati membri quanto degli Stati non membri i quali avevano comunque partecipato alla sua elaborazione ed era, inoltre, aperto all'adesione degli altri Stati non membri e dell'Unione europea.

(11) Protocollo addizionale alla Convenzione penale sulla corruzione, STE n. 191, aperto alla firma il 15 maggio 2003 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2005. Il Protocollo vanta attualmente soltanto 5 ratifiche, rispetto al numero ben maggiore di Stati che hanno firmato il relativo Trattato.

(12) Convenzione civile sulla corruzione, STE n. 174, aperta alla firma il 4 novembre 1999 ed entrata in vigore il 1° novembre 2003 con 14 ratifiche. Anche in questo caso, la firma e l'adesione erano aperte in maniera analoga alla "sorella" penale.

(13) V. W. RAU, *Group of States Against Corruption (GRECO)*, in S. SCHMAHL, M. BREUER (eds.), *The Council of Europe. Its Law and Policies*, Oxford, 2017, pp. 444-460; B. RAZAVI FARD, H. HASSANPOUR, *Reviewing the Strategies of Dealing with Corruption in the Europe Union Countries with Regulatory System of the Group of States Against Corruption (GRECO)*, in *Journal of Politics and Law*, Vol. 9, No. 5, 2016, pp. 47-58; W. RAU, *The Group of States Against Corruption (GRECO) – Operation and Results from its Current Third Evaluation Round*, in L. ACHATHALER, D. HOFMANN, M. PÁZMÁNDY (eds.), *Korruptionsbekämpfung als globale Herausforderung*, Wiesbaden, 2011, pp. 19-36.

(14) Non vogliano dimenticarsi, tra le fonti, anche i Venti Principi Guida contro la Corruzione (Risoluzione 97/24 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Twenty Guiding Principles Against Corruption*, del 6 novembre 1997); La Raccomandazione sul Codice di Condotta per i funzionari pubblici (Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *on Codes of Conduct for Public Officials*, dell'11 maggio 2000, R(2000)10); la Raccomandazione sulle regole comuni sulla Corruzione nel finanziamento ai partiti e nelle campagne elettorali (Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *on Common Rules Against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns*, dell'8 aprile 2003, R(2003)4).

- (15) Gruppo di Stati contro la Corruzione, *Corruption Risks and Useful Legal References in the Context of COVID-19*, del 15 aprile 2020, Greco(2020)4.
- (16) H. FURRER, *La dimensione paneuropea del Consiglio d'Europa*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 64, No. 4, 1997, pp. 510-534.
- (17) N. PARISI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione. Una prospettiva sistematica in disaccordo con la vulgata opinio*, cit., p. 4633.
- (18) H. FURRER, *op. cit.*, p. 511.
- (19) Preambolo, Statuto del Consiglio d'Europa.
- (20) Invero, già a partire dal 1981, con la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, on *Economic Crime*, del 25 giugno 1981, R(81)12, il Comitato aveva iniziato a compulsare gli Stati nell'intraprendere azioni ed iniziative nei confronti della criminalità economica, inclusa la corruzione.
- (21) 19esima Conferenza dei Ministri della Giustizia europei, La Valletta (Malta), 14-15 giugno 1994. V. Risoluzione n. 1 della Conferenza dei Ministri della Giustizia europei, on *Civil, Administrative and Criminal Law Aspects of Corruption*, del 14-15 giugno 1994.
- (22) Ivi, par. 1.
- (23) *Programme of Action Against Corruption*, cit., p.14.
- (24) Ivi, p.15.
- (25) Risoluzione 97/24 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, cit., nota 14.
- (26) Ivi, Principio n. 2.
- (27) Ivi, Principio n. 7.
- (28) Ivi, Principio n. 9.
- (29) Ivi, Principio n. 20.
- (30) V. G. LOCATI, *op.cit.*
- (31) Raccomandazione R(2000)10, cit., nota 14.
- (32) Raccomandazione R(2003)4, cit., nota 14.
- (33) In tal senso, l'art. 3 della Raccomandazione R (2000) 10 definisce chiaramente che “*the purpose of this Code is to specify the standards of integrity and conduct to be observed by public officials, to help them meet those standards and to inform the public of the conduct it is entitled to expect of public officials*”.
- (34) Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997, entrata in vigore il 15 febbraio 1999, firmata e ratificata dai 38 Stati membri dell'OCSE, oltre che da 6 Stati non membri (Argentina, Brasile, Bulgaria, Perù, Russia e Sudafrica).
- (35) È bene evidenziare che tale distinzione attiene alle dinamiche dell'illecito corruttivo in riferimento ai soggetti agenti, per cui la prima si configura con il fatto del privato (*extraneus*) che dà o promette un'utilità al soggetto pubblico quale corrispettivo per un atto d'ufficio, mentre la seconda si ha qualora il soggetto pubblico (*intraneus*) accetti dal privato un'utilità non dovuta, o comunque ne accetta la promessa, al fine di compiere, omettere o ritardare l'atto.
- (36) Preambolo, Convenzione civile sulla corruzione.
- (37) Per una panoramica sul *whistleblowing*, v. T. RUSSO, *Il whistleblowing come strumento “multilivello” nella lotta alla corruzione*, in T. RUSSO, A. ORIOLO (a cura di), *op. cit.*; D.G. RINOLDI, N. PARISI, G. FRASCHINI (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania, 2011.
- (38) Art. 1, Convenzione civile sulla corruzione.
- (39) Tale esperienza è stata già preceduta, nel quadro OCSE, dall' *OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions*, fondato nel 1994 e responsabile del monitoraggio dell'implementazione e dell' *enforcement* della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997, oltre che della Raccomandazione del Consiglio OCSE, *for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, del 26 novembre 2009. Inoltre, si rammenta anche il più recente *peer review process* che, in ambito onusiano, è stato creato per monitorare l'applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC) del 2003, ovvero l'*UNCAC Review Mechanism*, istituito con la Risoluzione 3/1 della Conferenza degli Stati parte della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, 3-6 novembre 2009. A tale ultimo proposito, si veda S. BUSILLO, *Asset recovery: nuova enfasi da parte delle nazioni unite nella lotta alla corruzione*, in T. RUSSO, A. ORIOLO, G. DALIA (eds.), “EU-Western Balkans Cooperation on Justice and Home Affairs”, 2nd Edition Essays, OPTIME, (in corso di pubblicazione) 2021.
- (40) Art. 1, Statuto del GRECO.

- (41) Secondo *Summit* del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 10-11 ottobre 1997.
- (42) Secondo *Summit* del Consiglio d'Europa, *Action Plan*, dell'11 ottobre 1997, sez. III, par. 2.
- (43) Risoluzione 98/7 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Authorising the Partial and Enlarged Agreement Establishing the "Group of States against Corruption – GRECO"*, del 5 maggio 1998.
- (44) Risoluzione 99/5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Establishing the "Group of States Against Corruption – GRECO"*, del 1° Maggio 1999.
- (45) Risoluzione 99/5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Appendix to Resolution (99) 5, Statute of the Group of States Against Corruption (GRECO)*, del 1° Maggio 1999.
- (46) Gruppo di Stati contro la Corruzione, *Rules of Procedure*, Prima Sessione plenaria, Strasburgo, 4-6 ottobre 1999. Tali Regole sono poi state successivamente emendate ben dieci volte. Da ultimi, vi sono gli emendamenti adottati durante la 76esima Sessione plenaria del 19-23 giugno 2017 a Strasburgo.
- (47) Art. 4, par. 1-2-3, Statuto del GRECO.
- (48) Una norma *ad hoc*, invece, regola l'adesione della (allora) Comunità europea, la quale è ammessa all'adesione soltanto attraverso una Risoluzione-invito del Comitato dei Ministri, che ne deve esprimere anche le modalità di partecipazione (Art. 5, Statuto del GRECO; Regola n. 2, Regole di Procedura del GRECO). Attualmente, vale la pena precisare che l'Unione europea, dal 10 luglio 2019, gode del mero stato di Osservatore.
- (49) Art. 4, par. 4, Statuto del GRECO.
- (50) Artt. 32-33 di entrambe le Convenzioni citate.
- (51) In particolare, l'art. 6 dello Statuto del GRECO si esprime nel senso che *"each member shall appoint a delegation to the GRECO consisting of not more than two representatives"*, aggiungendo poi che *"one representative shall be appointed as head of the delegation"*.
- (52) Art. 10, par. 4, Statuto del GRECO.
- (53) Il *Bureau*, ai sensi dell'art.9 dello Statuto, ha il compito di: i) preparare la bozza preliminare del programma annuale di attività e la bozza del report annuale delle attività; ii) formulare proposte al GRECO riguardo la bozza di budget preliminare; iii) organizzare le visite nei Paesi sulla base delle decisioni prese dal GRECO; iv) formulare proposte al GRECO sulla composizione dei teams di valutazione ad hoc; v) preparare l'agenda delle Sessioni del GRECO, incluse quelle in cui saranno discussi i report di valutazione; vi) formulare proposte al GRECO con riguardo alle regole da stabilire per la procedura di valutazione ex art.10, par.3, dello Statuto; vii) formulare proposte al GRECO con riguardo alla nomina degli esperti scientifici e dei consulenti; viii) svolgere ogni altra funzione ad esso specificamente assegnata dal GRECO.
- (54) Art. 9, par. 1, Statuto del GRECO.
- (55) La *Statutory Committee* è sostanzialmente l'organo "economico-finanziario" del GRECO e ha, invece, il compito di determinare ogni anno l'ammontare del contributo economico obbligatorio dovuto, oltre che di approvare il budget, secondo le modalità definite dall'art.18 dello Statuto del GRECO. Tuttavia, l'organo ha un rilevante peso perché lo Statuto gli affida talune decisioni rilevanti nel quadro del funzionamento del GRECO (art. 8, par. 1 e 6; art. 16; art. 17, par. 4) oltre al fatto che un suo rappresentante siede anche nel GRECO.
- (56) Art. 19, Statuto del GRECO; Regola n. 10, Regole di Procedura del GRECO.
- (57) L'art. 10, par. 2, dello Statuto del GRECO ne esprime nitidamente la definizione, descrivendo un ciclo di valutazione come *"a period of time determined by the GRECO, during which an evaluation procedure shall be conducted to assess the compliance of members with selected provisions contained in the Guiding Principles and in other international legal instruments adopted in pursuance of the Programme of Action against Corruption"*.
- (58) Art. 1, Statuto del GRECO; Regola n. 22, par. 2, Regole di Procedura del GRECO.
- (59) Art.11, Statuto del GRECO; Regola n. 24, Regole di Procedura del GRECO.
- (60) Art. 13, Statuto del GRECO.
- (61) È opportuno precisare che la Regola n. 27 delle Regole di Procedura del GRECO definisce più nel dettaglio il quadro operativo e regolamentare entro il quale deve avere luogo la visita. In esso, si prescrive, in particolare, la necessità che la visita non abbia luogo prima di 3 mesi dalla ricezione delle risposte al questionario da parte del Segretariato (par. 2) e, inoltre, che la sua lunghezza non superi i 4 giorni (con possibilità di estensione *"in special cases"* da parte del *Bureau* o del *Secretariat*), secondo un cronoprogramma ben definito (par. 5).
- (62) Art. 14, Statuto del GRECO.
- (63) Il termine *de qua* è di 14 giorni dalla fine della visita nel Paese, mentre, in assenza di visita, lo stesso decorre invece dal ricevimento della bozza contenente la parte descrittiva redatta dal Segretariato.
- (64) Regola n. 28, par. 8, Regole di Procedura del GRECO.

(65) G. LOCATI, *op. cit.*, p. 7.

(66) Art. 15, par. 5, dello Statuto del GRECO: “*Evaluation reports shall be confidential. Unless otherwise decided, access to these reports shall be restricted to members of the team which has carried out the evaluation, in addition to members of the GRECO, of the Statutory Committee and of the Secretariat of these bodies*”. Di norma, alla chiusura della seduta plenaria, gli Stati valutati non si esprimono subito a favore della pubblicazione del rapporto che li riguarda, ma l’autorizzazione alla pubblicazione interviene in un momento successivo.

(67) Regola n. 30, par. 2, Regole di Procedura del GRECO: “*In conformity with article 15, paragraph 6, of the Statute members shall, within 18 months after the adoption of the evaluation report, address to GRECO a situation report (...) indicating the measures taken to follow the recommendations in the evaluation report. GRECO will examine these reports and decide whether or not the recommendations have been complied with*”.

(68) Il GRECO è attualmente giunto al quinto Round di Valutazione (ancora in corso), lanciato il 20 marzo 2017 e avente ad oggetto il tema della prevenzione della corruzione e della promozione dell’integrità nei Governi e nelle forze di polizia.

(69) A tal proposito, la Regola n. 31 delle Regole di Procedura prevede che in caso di non ottemperanza parziale o totale alle raccomandazioni del GRECO i membri dello stesso, riuniti in seduta plenaria, alla luce di tali rilievi, possano adottare misure volte a convincere lo stato a conformarsi a quanto previsto, innanzitutto sollecitando la produzione di un rapporto ulteriore e scadenzato (c.d. RC2) da parte dello stato *de quo*, a cui può seguire la richiesta di ulteriori rapporti sullo stato di avanzamento. Qualora permanga la situazione di *non-compliance*, Il GRECO (alternativamente o congiuntamente) informa *manu propria* dell’inadempienza il Capo delegazione dello Stato interessato (Regola n. 32, par. 2 (ii), lett. (a)) oppure invita il Presidente del Comitato statutario a scrivere al Rappresentante permanente dello Stato interessato presso il CoE (Regola n. 32, par. 2 (ii), lett. (b)) oppure, ancora, invita il Segretario generale del CoE ad inviare una lettera al Ministro degli Affari Esteri di quello Stato (Regola n. 32, par. 2 (ii), lett. (c)). Inoltre, in qualsiasi fase della procedura di *non-compliance*, il GRECO può inviare ex Regola n. 32, par. 2 (iii) delle Regole di Procedura presso lo Stato inadempiente una missione composta da funzionari di alto livello – come il Presidente stesso del GRECO, il Segretario esecutivo, il Direttore generale degli affari giuridici e alcuni capi delegazione dei Paesi membri – “*with a view to reinforcing the importance of complying with the relevant recommendations*”. In ultima istanza, se ancora lo Stato non intende adeguarsi alle richieste, il GRECO si rivolge nuovamente al Comitato statutario affinché valuti l’adozione del *Public Statement* di cui all’art. 16 dello Statuto.

(70) Art.16, Statuto del GRECO.

(71) La sindrome respiratoria acuta grave Coronavirus-2 (SARS-CoV-2) è il nome dato al nuovo coronavirus del 2019, che causa la malattia associata conosciuta globalmente col nome di COVID-19. Tale nuovo ceppo di coronavirus, che non è stato precedentemente identificato nell’uomo, ha iniziato a destare interesse a livello internazionale, soltanto a seguito della notifica da parte della Cina, alla fine del dicembre 2019, dell’esistenza di una polmonite da causa sconosciuta. L’Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato il nuovo coronavirus quale emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, ai sensi degli artt. 12 e 43 del Regolamento Sanitario Internazionale, il 30 gennaio 2020, riconoscendone il carattere pandemico l’11 marzo 2020.

(72) Il riferimento è, in particolare, alle *guidelines* del 15 aprile 2020 (v., *supra*, nota 15), ma anche agli *anti-corruption trends, challenges and good practices* emergenti dal 21esimo *General Activity Report* del GRECO, pubblicato nell’Aprile 2021, disponibile al link <https://rm.coe.int/21st-general-activity-report-greco-2020/1680a2173c>.

(73) La dottrina, sul punto, è alquanto scarna. Si veda V. TEREMETSKYI, Y. DULIBA, V. KROITOR E AA, *Corruption and Strengthening Anti-Corruption Efforts in Healthcare During the Pandemic of Covid-19*, in *Medico-Legal Journal*, Vol. 89, Issue 1, 2021, pp. 25-28.

(74) Nazioni Unite, Dichiarazione del Segretario Generale sulla corruzione nel contesto del COVID-19, 15 ottobre 2020.

(75) V. S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Covid-19*, in *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 20, 2021, pp. 16-36.

(76) Per un maggiore approfondimento generale, v. Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC), *COVID-19 Vaccines and Corruption Risks: Preventing Corruption in the Manufacture, Allocation and Distribution of Vaccines*, disponibile al link https://www.unodc.org/documents/corruption/COVID-19/Policy_paper_on_COVID-19_vaccines_and_corruption_risks.pdf.

- (77) GRECO, *Corruption Risks and Useful Legal References in the Context of COVID-19*, cit.
- (78) Ivi, p. 1.
- (79) Venti Principi Guida per la Lotta alla Corruzione, *supra*, nota 14, principio-guida n. 14: “to adopt appropriately transparent procedures for public procurement that promote fair competition and deter corruptors”.
- (80) Il riferimento evidente qui è, invece, alla Convenzione civile sulla corruzione.
- (81) GRECO, *Corruption Risks and Useful Legal References in the Context of COVID-19*, cit., p. 2.
- (82) Artt. 7-8, Convenzione penale sulla corruzione.
- (83) GRECO, *Corruption Risks and Useful Legal References in the Context of COVID-19*, cit., p. 3.
- (84) GRECO, *Corruption Risks and Useful Legal References in the Context of COVID-19*, cit., p. 5.
- (85) V., *infra*, par. 2.
- (86) Si veda, da ultimo, il 21esimo *General Activity Report* del GRECO, cit., nota 72. Si veda, inoltre, la Raccomandazione R (2000), cit., nota 14.
- (87) V., in particolare, Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, *Legal Regulation of Lobbying Activities in the Context of Public Decision Making*, del 22 marzo 2017, R(2017)2.
- (88) È possibile leggere ed approfondire i rischi di finanza illecita, anche in materia di terrorismo, emergenti dalle sfide poste dal COVID-19 anche attraverso la lente d’ingrandimento di altri organismi internazionali, quali il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI) e l’Organizzazione Internazionale della Polizia Criminale (INTERPOL), cui si rimanda. V. GRUPPO DI AZIONE FINANZIARIA INTERNAZIONALE, *Update: COVID-19-related Money Laundering and Terrorist Financing*, Parigi, Dicembre 2020; ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DELLA POLIZIA CRIMINALE, *COVID-19 Pandemic Interpol Recommendations for Law Enforcement*, novembre 2020; ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DELLA POLIZIA CRIMINALE, *Cybercrime: COVID-19 Impact*, agosto 2020; GRUPPO DI AZIONE FINANZIARIA INTERNAZIONALE, *COVID-19-related Money Laundering and Terrorist Financing. Risks and Policy Responses*, Parigi, maggio 2020; GRUPPO DI AZIONE FINANZIARIA INTERNAZIONALE, *Statement by the FATF President: COVID-19 and Measures to Combat Illicit Financing*, del 1° aprile 2020.
- (89) Convenzione del Consiglio d’Europa sulla contraffazione dei prodotti sanitari e reati affini che rappresentano una minaccia per la salute pubblica, n. 211, aperta alla firma il 28 ottobre 2011, entrata in vigore il 1° gennaio 2016.
- (90) In dottrina, si veda C.M.R. CASABONA, A.U. MORA, P.N. JIMÉNEZ, Ó. ALARCÓN-JIMÉNEZ, *International Strategies in Fighting Against Medicaments Fraud and Other Similar Offences. The MEDICRIME Convention*, in *Crime Law and Social Change*, Vol. 68, Issue 1-2, 2017, pp. 95-122; S. NEGRI, *The Medicrime Convention: Combating Pharmaceutical Crimes Through European Criminal Law and Beyond*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 3, 2016, pp. 350-367.
- (91) Per un approfondimento sul rapporto tra corruzione e diritti umani, si veda A. ORIOLO, *Corruzione e diritti umani nella giurisprudenza di Strasburgo*, in T. RUSSO A. ORIOLO (a cura di), *op. cit.*; M. MARZANO, *La corruzione come violazione dei diritti umani*, in *Diritto penale della globalizzazione*, Fasc. 4, 2020; K. OLANIYAN, *Towards a Human Rights Approach to Corruption*, in A. VON ARNAULD, K. VON DER DECKEN, M. SUSI (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights. Recognition, Novelty, Rhetoric*, Cambridge, 2020, pp. 531-538; K.E. DAVIS, *Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters*, in *European Journal of International Law*, Vol. 29, 2019, pp. 1289-1296; A. PETERS, *Corruption as a Violation of International Human Rights*, in *European Journal of International Law*, Vol. 29, No. 4, 2019, pp. 1251-1287; C. ROSE, *The Limitations of a Human Rights Approach to Corruption*, in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, 2016, pp. 405-438; Z. PEARSON, *An International Human Rights Approach to Corruption*, in P. LARMOUR, N. WOLANIN (eds.), *Corruption and Anti-Corruption*, Canberra, 2013, pp. 30-61; J. BACIO TERRACINO, *Linking Corruption and Human Rights*, in *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Vol. 104, 2010, pp. 243-246. Si veda, inoltre, Segretario Generale del Consiglio d’Europa, *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights in the Framework of the COVID-19 Sanitary Crisis. A Toolkit for Member States*, del 7 aprile 2020, SG/Inf(2020)11.
- (92) In dottrina, v., *supra*, nota 37. Si veda, inoltre, Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, *on the Protection of Whistleblowers*, del 30 aprile 2014, R(2014)7.
- (93) GRECO, *Corruption Risks and Useful Legal References in the Context of COVID-19*, cit., p. 2.
- (94) Venti Principi Guida per la Lotta alla Corruzione, *supra*, nota 14, principio-guida n. 5: “to provide appropriate measures to prevent legal persons being used to shield corruption offences”.
- (95) Nazioni Unite, Dichiarazione del Segretario Generale sulla corruzione nel contesto del COVID-19, cit.

- (96) Intervento del Ministro della Giustizia italiana, Prof.ssa Marta Cartabia, all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Sessione Speciale sulla Corruzione, New York, 2-4 giugno 2021.
- (97) *Ibidem*.
- (98) Basta guardare ai rapporti valutativi di Paesi quali l'Albania, la Bosnia-Erzegovina, la Macedonia, la Slovacchia, la Slovenia, che sono sintomatici delle dinamiche evolutive dei loro ordinamenti e legislazioni.
- (99) V., *supra*, nota 72.
- (100) V. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption Perception Index 2020*, 2021, pp. 8-10.
- (101) Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Sessione speciale contro la corruzione, 2-4 giugno 2021. V. Risoluzione 73/191 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Special Session of the General Assembly Against Corruption*, del 17 Dicembre 2018, A/RES/73/191.
- (102) Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Report of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption on its Preparatory Work for the Special Session of the General Assembly on Challenges and Measures to Prevent and Combat Corruption and Strengthen International Cooperation. Note by the Secretary-General. Addendum*, del 17 maggio 2021, A/S-32/2/Add.1.
- (103) Per un'analisi più approfondita del contributo delle c.d. *soft international organisations* nel processo di creazione e di sviluppo del diritto internazionale, v. A. DI STASI, *About Soft International Organizations: An Open Question*. in R. VIRZO, I. INGRAVALLO (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden-Boston, 2015, pp. 44-69; A. DI STASI, *Il contributo del G20 e del G8 alla definizione di nuove regulae dell'ordine internazionale tra effettività pseudo-istituzionale e partnership di gruppo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, Vol. 12, 2009, pp. 20-57.
- (104) L'Anti-corruption Working Group (ACWG) è stato istituito, in occasione del summit di Toronto del 2010, dai Leaders del G20 per analizzare l'impatto fortemente negativo della corruzione sulla crescita economica, sul commercio e sullo sviluppo. V. G. TARTAGLIA POLCINI, *op. cit.*

Student Research and Report Writing

CRIMMIGRATION: VERSO UNA NUOVA FORMA DI DISCRIMINAZIONE?

Andrea Memoli*

* Law student at the University of Salerno (Italy), Department of Legal Sciences (School of Law)
(andrea.memoli@libero.it)

Abstract

The paper deals with the theme of immigration from the point of view of the application of criminal sanctions as a result of the violation of the rules governing it. The analysis begins with the demonstration of the inadequacy of the system of reception of migrants prepared by the European Union (Dublin Regulation), with the critical issues related to its effectiveness within the national legal systems and the configuration of a legislation that does not take into account the different organizational and economic capacities of the States. It then goes on to define the phenomenon of crimmigration, focusing on the use of coercive measures, especially detention, highlighting its massive and systematic use. The text carefully concentrates on the negative effects of detention, and on the living conditions forced upon migrants during the period of restriction as well, in an effort to determine the violation of fundamental human rights, by underlining the lack of a proper distinction between irregular migrants and asylum seekers. Some practical cases are also examined in order to clarify and exemplify the thesis put forward. All of this is done by emphasising the discriminatory drifts of the policy of rejection and repression adopted by European states. In conclusion, the author provides personal views on the issues addressed and a possible resolution of the problems encountered.

Keywords: *Crimmigration, Detention, Discrimination, Human Rights, Reception.*

KRIMIGRACIONI: DREJT NJË FORME TË RE DISKRIMINIMI?

Andrea Memoli*

* Student i Drejtësisë në Universitetin e Salernos, Departamenti i Shkencave Ligjore (Shkolla e së Drejtës)
(andrea.memoli@libero.it)

Abstrakt

Punimi trajton temën e imigracionit nga pikëpamja e zbatimit të sanksioneve penale si një rezultat i shkëljes së rregullave që e qeverisin atë. Analiza fillon me demonstrimin e papërshtatshmërisë së sistemit të pritjes së migrantëve të përgatitur nga Bashkimi Evropian (Rregullorja e Dublinit), me çështjet kritike që lidhen me efektivitetin e tij brenda sistemeve ligjore kombëtare dhe konfigurimin e një legjislacioni që nuk merr parasysh kapacitete të ndryshme organizative dhe ekonomike të shteteve. Më pas vijon me përcaktimin e fenomenit të krimit, duke u ndalur në përdorimin e masave shtrënguese, veçanërisht të ndalimit, duke vënë në pah përdorimin masiv dhe sistematik të tij. Teksti përqendrohet me kujdes në efektet negative të ndalimit, si dhe në kushtet e jetesës që u janë garantuar migrantëve gjatë periudhës së kufizimit, në një përpjekje për të përcaktuar shkëljen e të drejtave themelore të njeriut, duke nënvizuar mungesën e një dallimi të saktë midis migrantëve të paligjshëm dhe azilkërkuessve. Janë shqyrtuar edhe disa raste praktike për të sqaruar dhe ilustruar tezën e paraqitur. E gjithë kjo bëhet duke theksuar lëvizjet diskriminuese të politikës së dëbimit dhe represionit të adoptuar nga shtetet evropiane. Në përfundim, autori jep pikëpamjet personale për çështjet e trajtuara dhe një zgjidhje të mundshme të problemeve të hasura.

Fjalë kyçe: krimigracion, ndalimi, diskriminim, të drejtat e njeriut, pritje

1. Introduzione: il sistema di accoglienza dell'Unione europea

“Siamo tolleranti e civili, noi italiani, nei confronti di tutti i diversi. Neri, gialli, rossi. Specie quando si trovano lontano, a distanza telescopica da noi”.

Con una celebre frase, molto semplice, ma altrettanto efficace, Indro Montanelli esprimeva un concetto che non attiene esclusivamente alla cultura italiana, ma che può essere esteso al modo di pensare dell'intera Europa.

Emblematica, in tal senso, è la strategia elaborata dall'Unione europea (UE) volta a fronteggiare il problema dell'immigrazione, sempre più dilagante negli ultimi decenni. Si tratta, orbene, di un piano politico riassumibile sinteticamente nei termini di “readmissions and returns”, e cioè riammissioni e rimpatri, un piano quindi incentrato non sull'accoglienza e l'integrazione dei migranti, bensì sul loro ritorno nel Paese d'origine, o comunque in un Paese diverso. Si percepisce la sensazione di un pericolo imminente derivante dalla presenza dello straniero sul proprio territorio. E questa

sensazione è ulteriormente amplificata dai media che, ad esempio, non omettono mai di specificare la nazionalità o la provenienza di coloro che commettono i crimini, come se facesse differenza. Un crimine è un crimine.

L'esigenza di creare una differenziazione, del tipo "noi e loro", non ha un risultato diverso se non quello di alimentare l'odio, e l'odio porta sempre alla discriminazione. È il semplice riesame di corsi e ricorsi storici.

Il sentimento di paura e di diversità sembra avvolgere e giustificare l'atteggiamento dell'UE a tal punto da aver indotto le istituzioni a realizzare una strategia di contenimento e di gestione dell'immigrazione, come in parte già accennato, basata non sul principio di implementazione, bensì su quello di difesa da un'invasione, come fosse minacciata da una potenza straniera, in netta controtendenza con l'apertura mostrata verso il riconoscimento dei diritti civili e fondamentali dell'uomo.

Il sistema di accoglienza dei migranti è delineato dal Regolamento di Dublino (1), le cui disposizioni permettono di determinare lo Stato membro competente a ricevere la domanda di protezione internazionale, presentata dal cittadino di un Paese terzo o apolide. Esso presenta però, una problematica di particolare rilevanza che attiene alla sua efficacia ed effettività. Il meccanismo ideato infatti, non considera le importanti differenze che intercorrono tra gli stessi Stati membri, differenze che riguardano sia le capacità organizzative, sia e soprattutto le capacità economiche. Non va dimenticato che, lo Stato identificato quale competente, deve provvedere alla risoluzione della situazione sottoposta alla sua attenzione con risorse esclusivamente proprie. La conseguenza di quanto esposto, è che circostanze analoghe vengono affrontate in maniera diversa, senza un medesimo filo conduttore, così che, chi va a rimetterci sono coloro che richiedono protezione.

L'inefficienza è tale, che capita che vengano violate le stesse disposizioni del Regolamento, anche quelle contenute al Capo II, attributive delle garanzie, come il diritto all'informazione. Esemplificativo dell'argomento è il caso *M.S.S. c Grecia e Belgio*, sul quale si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo il 21 gennaio 2011. M.S.S. era un cittadino afgano richiedente asilo in Belgio, che aveva invece individuato quale Stato competente la Grecia, chiamata quindi ad intervenire. In virtù delle condizioni di vita dovute subire in Grecia, M.S.S. si era rivolto alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Pertanto, la Corte aveva emanato una sentenza dichiarando che la Grecia non aveva un sistema d'asilo effettivamente operante, e che le condizioni degradanti alle quali il ricorrente era stato sottoposto erano così gravi, da determinare la violazione dell'articolo 3 della Convenzione sulla tutela dei diritti umani. Veniva inoltre denunciato che lo Stato aveva negato a M.S.S. l'opportunità di una effettiva determinazione della sua richiesta di asilo. Altrettanto interessante è la condanna nei confronti del Belgio, il quale era pienamente consapevole delle carenze del sistema d'asilo greco e della reale possibilità di sottoposizione a torture e trattamenti inumani del cittadino afgano, ma aveva ugualmente proceduto al suo trasferimento (2). Venivano così violate, da parte del Belgio, le garanzie enunciate all'articolo 3, paragrafo 2 del Regolamento di Dublino (3), ed anche il principio di *non-refoulement*, contenuto nella Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati (4).

Un ulteriore tentativo di ottimizzazione del sistema di accoglienza e rimpatrio dei migranti, è stato effettuato con gli EURAs, cioè gli accordi bilaterali di riammissione, previsti dalla stessa direttiva del 2008 (5), stipulati tra i Paesi membri e gli Stati terzi, al fine di instaurare un rapporto più amichevole tra Stati che consentisse di rendere il

rimpatrio effettivo, e che assicurasse la tutela dei diritti dei migranti. Tuttavia, come spesso accade, le cose non sono andate come prospettato e la conclusione dei predetti accordi è risultata in molti casi difficoltosa.

La procedura di stipulazione degli Eura consta di una fase iniziale di negoziazione, seguita poi dal consenso del Parlamento europeo circa la loro conclusione. Succede però, che la fase della negoziazione non si esaurisca positivamente o addirittura che non si esaurisca affatto, come ad esempio nel caso del Marocco, dove i negoziati vanno avanti dal 2000; o il caso della Cina, dove i negoziati non sono stati ancora formalmente aperti. Spesso la difficoltà sta nel fatto che gli Stati terzi vogliano qualcosa in cambio, così che l'UE debba ricorrere ad incentivi o facilitazioni economiche; oppure che ad essi venga richiesto di riammettere persone con cittadinanza diversa, cosa che non sempre sono disposti a fare (6).

Nonostante gli sforzi eseguiti in questa direzione, la strategia adottata pecca sempre sul piano della effettività. È infatti possibile che il Paese terzo non sia in grado di assicurare ai migranti i diritti fondamentali, non impedendo però ciò, la conclusione ed esecuzione dell'accordo.

Uno dei casi più eclatanti è quello che vede coinvolte, nel 2009, l'Italia e la Libia. Nella fattispecie, le motovedette italiane avevano intercettato 223 migranti in fuga dalla Libia, e li avevano rispediti proprio sulle coste dalle quali erano provenuti. Qui, erano stati sottoposti a condizioni di vita disumane, comportanti anche la tortura e la riduzione in schiavitù, senza nessuna considerazione anche per chi possedesse lo status di rifugiato o la protezione internazionale. Il governo italiano era a conoscenza di queste circostanze, ma l'obiettivo principale, secondo quanto detto dal ministro Maroni, era "impedire che arrivino".

A seguito di ricorso presentato nello stesso anno da ventiquattro dei migranti costretti a ritornare in Libia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ammonito l'Italia (7) che, a sua difesa, si era avvalsa proprio degli accordi bilaterali stipulati con lo Stato libico nel 2008, con i quali Tripoli si impegnavano a rispettare le convenzioni in materia di diritti umani.

2. La “*crimmigration*”

2.1 Nozione

Il fenomeno dell'immigrazione verso l'Europa non segue certo la capacità di quest'ultima di elaborare un sistema in grado di controllarla, avendo continuato a raggiungere picchi impressionanti negli ultimi anni.

La presente situazione di emergenza ha pertanto indotto l'Unione a perseguire un nuovo trend, definito “*crimmigration*”.

Il termine “*crimmigration*” allude alla sovrapposizione o intersezione tra il diritto penale e il diritto dell'immigrazione, ed è alla base di una strategia politica incentrata sull'applicazione di sanzioni penali e amministrative, nonché di misure restrittive della libertà, la cui attuazione risulta necessaria ogni qual volta vengano violate le norme relative all'immigrazione (8).

Si tratta dunque di un sistema repressivo che ha come scopo la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, in alcune circostanze realizzate a qualsiasi costo. Non è ahimè

inusuale che i provvedimenti assunti dagli Stati travalichino i limiti imposti dai diritti inviolabili dell'uomo.

L'accostamento del diritto penale alle vicende riguardanti i migranti, ha fatto sì che essi venissero percepiti come criminali. La legge penale si applica, del resto, ai criminali. Invero, si è diffusa una concezione che identifica l'immigrato con il nemico, il "nuovo nemico" (9), che costituisce un pericolo per l'ordine sociale e quindi deve essere combattuto.

La situazione di avvertito pericolo ha legittimato gli Stati europei ad adottare misure repressive, spesso eccessive, e alle volte in maniera sistematica. Capita infatti che i migranti vengano trattenuti semplicemente per aver oltrepassato il confine territoriale del Paese ospitante, senza che venga eseguita alcuna indagine circa il loro status di rifugiato o richiedente asilo, o viceversa, essa venga eseguita solo dopo il trattenimento.

2.2 La detenzione: uso ed abuso

Lo strumento simbolo della politica di *crimmigration* è la detenzione. Essa è una forma coercitiva di restrizione della libertà abbastanza invasiva, poiché obbliga i soggetti che la subiscono a rimanere rinchiusi in un luogo per un tempo imprecisato, spesso in condizioni difficili.

Testimone di quanto affermato è la Risoluzione 1707 del 2010 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa in materia di "Detenzione dei richiedenti asilo e degli immigrati irregolari in Europa", che riconosce l'incremento della pratica della detenzione e il suo ruolo svolto nella politica di durezza applicata dall'Europa verso i migranti. Ciò che colpisce è la realizzazione, da parte dell'Assemblea, dell'insufficienza ed inefficienza dei centri detentivi che, in molti casi, non hanno la capacità di contenere tutti i migranti che vi sono destinati e che non assicurano agli stessi i requisiti minimi di detenzione. Non è quindi inusuale che essi vengano trattenuti in strutture alternative, quali stazioni di polizia, hotel, prigioni, non adatte alla funzione assegnatagli (10). Tutto ciò determina l'assenza delle garanzie basilari dei detenuti, i quali si trovano dunque a vivere in condizioni disastrose, nella sporcizia, senza letto o assistenza sanitaria, senza poter uscire all'aria aperta o potersi dedicare ad alcuna attività, senza che vengano evitati abusi o violenze nei loro confronti. A tutto questo si aggiunge l'indeterminatezza della durata della detenzione, per via di quella discrezionalità attribuita agli Stati, ed anche dove sono imposti dei limiti di durata, essi non impediscono agli Stati di utilizzare espedienti per aggirarli, ad esempio ordinando il rilascio dei richiedenti asilo per detenerli di nuovo subito dopo (11).

Ciò che genera maggiore preoccupazione è, che è la stessa Assemblea a ribadire l'applicazione del criterio della necessità, riconoscendo tuttavia una vaghezza normativa e l'inesistenza di un preciso sistema legale, tali da garantire il rispetto dei diritti umani e dei diritti dei rifugiati. Terminata la dissertazione esplicativa della situazione internazionale, il Consiglio d'Europa si concentra nel fornire tutte una serie di principi da seguire, riferiti agli Stati, in grado di determinare le circostanze di adozione della misura detentiva e le condizioni standard da assicurare ai detenuti (12).

La tendenza all'uso massivo della detenzione si contrappone decisamente alla linea tracciata dalle istituzioni europee nell'ultimo decennio. Infatti, proprio la Risoluzione del 2010 sostiene che è "universalmente accettato che la detenzione deve essere utilizzata come ultima risorsa" (13) e che il suo uso eccessivo sta portando a degli effetti negativi.

Dalla suddetta affermazione si desume che esistano e, anzi, che debbano essere assunte misure limitative delle libertà alternative e meno invasive della detenzione. Un siffatto riferimento è contenuto anche nella direttiva sui rimpatri, che dispone il trattenimento “salvo se nel caso concreto posso essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive” (14).

Significative in tema di adozione di misure alternative sono le Linee guida dell’Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) del 2012. Qui è invero stabilito che, perché ricorra l’applicazione della detenzione, devono essere considerati tre requisiti: la necessità, la ragionevolezza e la proporzionalità.

Il primo attiene alla valutazione del fine della detenzione; il secondo alla sua adeguatezza rispetto alle circostanze concrete; il terzo all’equilibrio tra il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona e l’interesse pubblico alla loro limitazione (15).

Soltanto dopo l’esecuzione del test della necessità e di quello della proporzionalità potrà essere definita la misura più efficace e congeniale al caso concreto, senza sfociare in alcun eccesso di privazioni.

L’alternativa si pone dunque come la regola, e la detenzione come l’eccezione. La scelta di una soluzione piuttosto che di un’altra deve essere incentrata su dei criteri valutativi, e su delle precise leggi e regolamentazioni che facciano in modo di evitare la configurazione di un qualche arbitrio da parte degli Stati. Il tutto deve avvenire nel rispetto dei diritti umani e deve essere garantito che le misure alternative siano “*accessible in practice*” (16).

Particolare attenzione deve essere prestata, inoltre, nei casi in cui siano coinvolte persone vulnerabili, come bambini o donne, facendo riferimento al principio del “*minimum intervention*” (17).

Nella linea guida n. 4.1 L’Alto Commissario, dopo aver affermato che la detenzione può essere utilizzata solo se legittima, indica i principali fini che con essa si sottendono perseguiti, quali l’ordine pubblico, la salute pubblica e la sicurezza nazionale (18).

Si considera applicabile la detenzione, al fine di tutelare l’ordine pubblico, quando si configura il rischio di fuga del migrante, o se questi rifiuta di cooperare con le autorità, valutate le circostanze di fatto. La detenzione è giustificata anche nel caso di richiesta d’asilo manifestamente infondata o chiaramente abusiva; o ancora per la determinazione dell’identità dell’individuo o per i controlli di sicurezza nei casi in cui l’identità non sia stata determinata o sia in dubbio. È possibile tuttavia che il richiedente possa avere delle difficoltà nel reperimento della documentazione attestante le sue generalità, pertanto è sempre necessario che vengano effettuate delle indagini allo scopo di una corretta valutazione della fattispecie e della comminazione di una misura proporzionale. L’ultimo caso analizzato è uno di quelli che giustifica il protrarsi per un tempo lungo o indefinito della detenzione (19).

Infine, non può essere tralasciata la detenzione volta all’ottenimento delle informazioni relative alla richiesta della protezione internazionale che però, ai sensi del paragrafo 28, sembra essere limitata solo all’intervista iniziale, e non prorogabile per tutta la durata della procedura d’asilo.

Per quanto riguarda la salute pubblica, essa legittima la detenzione qualora sussista il rischio di trasmissione di malattie o dello scoppio di una epidemia, ma la legittimazione deriva esclusivamente dalla decisione del personale medico qualificato (20).

In merito alla sicurezza nazionale, vengono adottate le misure ritenute necessarie dal Governo, nel rispetto delle norme di diritto internazionale (21).

Tra le linee guida vengono posti in risalto anche dei casi in cui la detenzione non è consentita. In particolar modo ci si riferisce alla detenzione applicata per punire l'ingresso irregolare o come deterrente per i richiedenti asilo, in violazione altresì dell'articolo 31 della Convenzione del 1951; e alla detenzione dei richiedenti asilo motivata da ragioni di espulsione, eccezion fatta per la richiesta mirante a ritardare o evitare il provvedimento, interpretata come tentativo di fuga (22).

2.3 La detenzione indiscriminata degli immigrati irregolari e dei richiedenti asilo

Alla luce di quanto messo in evidenza, si deduce che gli Stati europei adottano sistematicamente la detenzione, preferendola a eventuali soluzioni alternative e non tenendo conto delle reali circostanze di fatto. Talvolta, la valutazione circa l'opportunità di applicare una misura piuttosto che un'altra non viene affatto eseguita, non operando alcuna distinzione, quindi, tra i migranti coinvolti, senza controllare se questi siano immigrati regolari oppure rifugiati o richiedenti asilo. Di conseguenza, si verifica la violazione delle norme di diritto internazionale in materia di rifugiati.

Questa tendenza alla detenzione indiscriminata, come unica forma di tutela, è stata percepita anche dal Consiglio d'Europa che, nella Risoluzione 1707 dispone:

“The Assembly particularly concerned about the detention of asylum seekers who should be distinguished from irregular migrants. Under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees there are only specific and narrow exceptions to their right of freedom and movement. According to the Convention asylum seekers should not be detained solely on the basis of lodging a claim of asylum, nor for their illegal entry or presence in the country where they lodge a claim for asylum”.

Alla base della distinzione di trattamento tra migranti irregolari e richiedenti asilo, vi è dunque la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato, che all'articolo 31 paragrafo 1 sancisce:

“Gli Stati Contraenti non prenderanno sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'articolo 1, per quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari”.

Al paragrafo 2 del medesimo articolo, vengono indicati i casi in cui le restrizioni sono praticabili ai danni dei rifugiati:

“Gli Stati Contraenti limitano gli spostamenti di tali rifugiati soltanto nella misura necessaria. Tali limitazioni devono essere mantenute solo fintanto che lo statuto di questi rifugiati nel paese che li ospita sia stato regolato o essi siano riusciti a farsi ammettere in un altro paese. Gli Stati Contraenti concedono a tali rifugiati un termine adeguato e tutte le facilitazioni necessarie affinché possano ottenere il permesso d'entrata in un altro paese”.

L'importanza di questa distinzione, che attiene al piano delle garanzie e limitazioni imponibili, è sancita anche dalla Conclusione n. 44 del 1986 dell'UNHCR, sulla “Detenzione dei rifugiati e richiedenti asilo”, che alla lettera d) dispone:

“Stressed the importance for national legislation and/or administrative practice to make the necessary distinction between the situation of refugees and asylum seekers, and that of the other aliens”.

Una così marcata propensione legislativa e regolamentare, da cui scaturisce l'esigenza di continuare a riaffermare il medesimo principio, non ha, al contrario, molta fortuna nella prassi, ed è probabilmente questa la ragione che spinge le istituzioni europee a insistere sempre sullo stesso punto.

Sicuramente interessante al riguardo è l'opinione espressa da Pinto De Albuquerque che, tra gli altri, parla della detenzione dei richiedenti asilo. Egli, infatti ritiene che la misura detentiva trovi delle importanti limitazioni nei diritti di cui i richiedenti siano titolari, tra i quali i diritti umani e, in particolare, i diritti accordati a costoro dalle norme sullo status di rifugiato. Pertanto, per il giurista, da questo punto di vista, la politica di *crimmigration* è inammissibile.

Opera in seguito una dissertazione sulle circostanze in cui sarebbe lecito o meno applicare la detenzione, con riferimento alla *guidelines* dell'UNHCR del 2012. Si concentra poi sulla scelta di misure alternative meno coercitive. La presente precisazione rileva ai fini delle argomentazioni precedenti, in quanto De Albuquerque parla di un principio di "*gradation of the measures*", in stretta connessione con il principio di necessità, e che determina quindi una gradualità delle misure da applicare a seguito della valutazione delle risultanze dell'esame del singolo caso.

2.4 Il criterio della necessità

Altrettanto significativa è la analisi effettuata da De Albuquerque sull'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di detenzione dei richiedenti asilo. Emblematico in tal senso sarebbe il caso *Saadi*, in cui la Corte non solo non riesce ad invertire il *trend* della detenzione di massa, ma decreta che lo Stato possa detenere il richiedente asilo per prevenire l'ingresso non autorizzato e per accelerare la richiesta d'asilo, non essendo rilevante che la detenzione sia necessaria per prevenire quell'ingresso irregolare. La Corte preferisce l'efficienza alla libertà (23).

Infatti, sostiene il giurista, la *Grand Chamber* legge nell'articolo 5, paragrafo 1, lettera f), la prevalenza del requisito della non arbitrarietà su quello della necessità. Il primo si differenzia dal secondo per l'esistenza di un legame stretto tra la detenzione e le ragioni che ne determinano l'applicazione. Tuttavia, il requisito della non arbitrarietà consente una più ampia interpretazione delle norme da parte degli Stati, titolari quindi di maggiore discrezionalità, che non assicura una protezione sufficiente ai soggetti che subiscono la pena.

In conclusione, il giurista sostiene l'esigenza dell'attuazione del test della necessità, per cui la tutela del diritto alla libertà deve essere compatibile con i "*social need*", quali la tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale e della salute pubblica (24). Indica inoltre i requisiti necessari perché si possa concretizzare il principio della necessità (25). Per un'analisi completa dell'argomento trattato è necessario spostarsi dalla teoria alla pratica, attraverso l'esame di casi concreti, che meglio permettono di comprendere le asserzioni formulate.

3. I casi pratici

3.1 Il caso *Abdullahi Eelmi e Aweys Abubakar v. Malta*

Abdullahi Elmi ha fatto irregolarmente ingresso a Malta via mare, il 16 agosto 2012. È stato subito registrato dalle autorità locali, alle quali ha fornito le sue generalità, specificando di avere sedici anni, grazie anche all'aiuto degli altri migranti che ivi si trovavano, non essendogli stato fornito un interprete. Sono stati poi emanati nei suoi confronti, una decisione di rimpatrio e un ordine di allontanamento. Il primo, era incentrato sulla considerazione che egli si trovasse a Malta “senza mezzi di sussistenza e passibile di diventare un peso per i fondi pubblici”; mentre il secondo, informava il richiedente del rigetto della richiesta di partenza volontaria e che sarebbe rimasto in custodia fino all'esecuzione dell'allontanamento; inoltre veniva rilasciato un divieto di ingresso nei suoi confronti. Il tutto, comunicatogli in una lingua che non conosceva.

Pertanto, in accordo con la legge maltese sull'immigrazione, Elmi veniva messo in detenzione. Costretto in *Warehouse 2*, a Safi Barracks, è stato poi spostato nel Blocco B, nel 2013. Alcuni giorni seguenti, faceva richiesta d'asilo.

Nell'agosto 2012 veniva sottoposto ad una procedura specifica di determinazione dell'età. Nell'ottobre dello stesso anno veniva verbalmente informato che era stato riconosciuto come minore e sarebbe stato rilasciato di lì a breve. Tuttavia, ricevette la decisione scritta attestante l'esito della procedura, solo otto mesi dopo il suo arrivo, mesi tutti trascorsi in detenzione.

Il 19 aprile 2013, Elmi veniva rilasciato e ospitato in un centro per minori non accompagnati. Egli andava via da Malta poco dopo e, non avendo più contatti con l'ufficio per i rifugiati, la sua richiesta d'asilo veniva ritirata. Ritrovato in Germania e considerato un fuggitivo, veniva trattenuto dalle autorità tedesche che chiedevano a quelle maltesi di riaccoglierlo, secondo le disposizioni del Regolamento di Dublino.

Aweys Abubakar è entrato irregolarmente a Malta via mare, il 31 agosto 2012, all'età di diciassette anni. La sua vicenda è estremamente simile a quella del primo ricorrente. Anche in questo caso, infatti, lo sfortunato protagonista ha ricevuto una decisione di rimpatrio e un ordine di allontanamento dal contenuto analogo a quelli ricevuti da Elmi, persistendo sempre la problematica attinente alla lingua di stesura dei documenti. Anch'egli è stato poi detenuto, ai sensi dell'articolo 14 dell'*Immigration Act*, e trasferito poi da *Warehouse 2* al Blocco B, nel gennaio del 2013.

Ha eseguito poi la richiesta d'asilo, ed è stato sottoposto alla procedura di determinazione dell'età, ottenendo i risultati per iscritto solo ad otto mesi dal suo arrivo, tutti trascorsi in restrizione.

Il 24 aprile del 2013 è stato rilasciato e spostato in un centro per minori non accompagnati.

Il 14 settembre successivo, gli è stata garantita la protezione sussidiaria.

Un iter, quello che ha coinvolto i due minori, estremamente travagliato, che ha raggiunto i suoi picchi più deplorabili con riguardo alle condizioni di detenzione a cui sono stati obbligati a sottostare. Entrambi lamentano per vero, l'assenza dei beni di necessità primaria, quali vestiti e scarpe; l'impossibilità di svolgimento di attività ricreative o comunque di attività fisica. Rileva altresì la mancanza di attività di istruzione, la carenza di informazioni, l'assenza di comunicazione con il mondo esterno. Non si può evitare di menzionare l'assenza di assistenza sanitaria, che ha coinvolto in prima persona Abubakar, e l'incapacità delle autorità maltesi di assicurare protezione all'interno della medesima struttura contenitiva. Ambo i ricorrenti, infatti, raccontano di episodi di violenza tra detenuti avvenuti dinanzi ai loro occhi, e che Elmi ha sperimentato sulla propria pelle (26).

Condizioni dunque al limite della sopportazione umana e che hanno fondato le basi per il ricorso presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ed avente ad oggetto la violazione degli articoli 3, 5 paragrafi 1,2 e 4 (27).

La Corte ha accolto il ricorso riscontrando le violazioni lamentate, ad eccezione del paragrafo 2 dell'articolo 5, obbligando anche lo Stato a risarcire le parti offese.

Appare sicuramente sconcertante la reiterazione e la facilità con cui lo Stato contravvenga alle norme di diritto internazionale, noncurante delle possibili conseguenze alle quali sarebbe potuto andare incontro. Specificamente, si concretizza la violazione, innanzitutto, dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali dell'uomo, ma allo stesso tempo, vengono violate anche le norme sull'immigrazione. Orbene, la direttiva sui rimpatri stabilisce una serie di garanzie a tutela dello straniero, in particolare l'articolo 14, rubricato "Garanzie prima del rimpatrio", in cui si afferma che:

"(...) b) siano assicurate le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie; c) che sia garantito l'accesso al sistema educativo di base per i minori, tenuto conto della durata del soggiorno; d) che si tenga conto delle esigenze particolari delle persone vulnerabili".

L'articolo 16 dispone invece circa le "Condizioni di trattenimento":

"1. Il trattenimento avviene di norma in appositi centri di permanenza temporanea. Qualora uno Stato membro non possa ospitare il cittadino di un paese terzo interessato in un apposito centro di permanenza temporanea e debba sistemarlo in un istituto penitenziario, i cittadini di paesi terzi trattenuti sono tenuti separati dai detenuti ordinari; 2. I cittadini di paesi terzi trattenuti hanno la possibilità — su richiesta — di entrare in contatto, a tempo debito, con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti; 3. Particolare attenzione è prestata alla situazione delle persone vulnerabili. Sono assicurati le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie".

È possibile notare come il testo presti molta attenzione alla salvaguardia dei soggetti "vulnerabili" (28), definite all'articolo 3, numero 9 e tra i quali rientrano i minori, a tal punto da dedicare al tema diversi paragrafi, inclusi quelli citati, tra cui il considerando n. 22, e persino alcuni articoli. Ci si riferisce agli articoli 5, 10 e 17. In quest'ultimo è finanche sancito che:

"I minori non accompagnati e le famiglie con minori sono trattenuti solo in mancanza di altra soluzione e per un periodo adeguato il più breve possibile".

Alla luce di quanto esposto, Malta sarebbe colpevole di più di una violazione poiché, nella esecuzione delle misure di sicurezza, avrebbe dimenticato che "I cittadini di paesi terzi che sono trattenuti dovrebbero essere trattati in modo umano e dignitoso, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e in conformità del diritto nazionale e internazionale" e che bisogna dare la precedenza all' "interesse superiore del bambino" (29), inteso come minore.

Proseguendo, non è da dimenticare che i protagonisti della vicenda avevano presentato richiesta d'asilo e, dunque, non potevano essere considerati e trattati come semplici immigrati irregolari, secondo le disposizioni della Convenzione di Ginevra (30).

Un atteggiamento che non è ammissibile in una società così evoluta come quella odierna, e che si professa garante dei diritti dell'uomo, con un personalismo e un solidarismo affermatosi anche all'interno degli ordinamenti nazionali. Tuttavia, tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare, e, in alcuni casi, letteralmente purtroppo. La distanza, non solamente geografica, con coloro che giungono nel Vecchio Continente in cerca d'aiuto, mescolata

con la tendenza repressiva e ciecamente incriminatrice rappresentata dalla *crimmigration*, suscitano sempre maggiore diffidenza nei confronti di questi stranieri che, per definizione, non si conoscono. Ed è risaputo che il timore più grande dell'uomo è rivolto all'ignoto. Quindi, lo sbarco nei propri confini del nuovo nemico, legittima gli Stati a non curarsi delle norme e ad andare oltre le stesse, sull'onda anche dell'approvazione da parte della società. Il risultato non può che essere disastroso, con la rinascita di situazioni che sembravano ormai debellate, quali la tortura e la riduzione in schiavitù, lo sfruttamento e la privazione delle libertà. Il passato storico non dissimile vissuto da molti dei Paesi che prestano accoglienza, non ha fruttato alcun insegnamento. La discriminazione e l'odio prevalgono, e forse prevarranno sempre, nonostante siano continuamente condannate a parole. Stiamo probabilmente assistendo alla confutazione del brocardo latino "*verba volant, scripta manent*", perché, in conclusione, di quanto scritto, nulla viene reso. Del resto, se forme discriminatorie sono presenti nei singoli Stati, come, ad esempio, quella razziale e sociale negli USA, o quella religiosa nei territori islamici, con quale forza si può pretendere che essa non ci sia per chi è alieno alla propria cultura ed al proprio territorio?

Pertanto, casi come *Elmi e Abubakar v. Malta* sono all'ordine del giorno, e continueranno ad esserlo se il mondo non cambierà i principi in cui credere.

3.2 Il Caso Sea Watch 3

Desta un certo interesse, ai fini del discorso, il caso che vede coinvolta la nave Sea Watch 3 e che annovera tra i suoi protagonisti, l'Italia.

La vicenda si è verificata nell'estate del 2019. La nave Sea Watch 3, facente capo ad una ONG e capitanata da Carola Rackete, ha soccorso, in data 12 giugno, 53 migranti che si trovavano su un gommone a largo delle coste di Zawiya, in Libia. Non costituendo quest'ultimo un porto sicuro, il capitano ha fatto rotta verso Lampedusa, il porto sicuro più vicino. La Guardia Costiera Italiana è poi salita a bordo della nave, mentre si trovava in acque internazionali, e soltanto il giorno dopo, ha fatto la sua comparizione la Guardia di Finanza, che ha notificato al capitano il D.L. n. 53 del 2019 (31).

Passavano dunque i giorni, ma l'imbarcazione non aveva il permesso di entrare nelle acque territoriali, così, il 24 giugno, l'equipaggio ha fatto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale però si è pronunciata con una decisione di rigetto. Il capitano, constatando che la situazione non migliorava, ha quindi fatto entrare la Sea Watch nelle acque territoriali italiane, arrivando fino a poche miglia dal porto di Lampedusa. Nonostante ciò, lo sbarco è stato vietato, ma la nave ha raggiunto ugualmente il porto speronando una motovedetta della Guardia di Finanza. I migranti sono stati fatti scendere e il capitano è stato arrestato. I capi di accusa erano due: i) favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ai sensi dell'articolo 12 del D.lgs. 286/98 (32); ii) violazione del divieto di ingresso imposto dal D.L. n. 53 del 2019.

Il processo che ne è conseguito, si è concluso con l'assoluzione dell'imputata, il cui comportamento è stato ritenuto conforme alle norme di diritto internazionale.

Il caso in questione ha avuto una grande risonanza mediatica, poiché in ballo vi erano delle vite umane. Lo Stato italiano, infatti, almeno in prima battuta, si è opposto all'ingresso dei migranti, aggravandone sempre di più le condizioni, anche se coloro che versavano nello stato peggiore sono stati prontamente soccorsi. Il punto è che si è preferito aprire un dibattito politico, invece di tutelare chi ne aveva bisogno.

È innegabile che quanto accaduto è stato l'apice di una strategia politica basata sul respingimento e sulla discriminazione, manifestata apertamente con il D.L. n. 113 del 2018 (33), pertanto, si è convogliata maggior concentrazione su come impedire lo sbarco, rispetto alla salvaguardia del diritto alla vita e all'ottemperamento alle norme internazionali in materia. È ugualmente incontrovertibile che l'Italia non possieda le strutture e un sistema idoneo all'implementazione e accoglienza dei migranti, o almeno, non in tutta la sua estensione territoriale e comunque in maniera non proporzionata al numero delle persone da ospitare. Non è dunque inusuale che gli arrivati dimorino in alloggi di fortuna, o, talvolta, per strada, in condizioni igieniche precarie e senza i beni di prima necessità. Pertanto, per sopravvivere, in tanti si dedicano a furti o atti di microcriminalità che mal li dipingono agli occhi della popolazione abitante. Spesso, i migranti che sbarcano sulle coste italiane, non hanno intenzione di rimanere sul suolo d'approdo, ma desiderano recarsi in altri Stati, come la Francia e la Germania; tuttavia non sempre gli è consentito e, soprattutto, i tempi di distribuzione dei medesimi tra i vari Paesi membri sono molti lenti. Per questo motivo, si verificano situazioni come quelle di Ventimiglia, dove pur di passare il confine, la gente è disposta ad attraversare le gallerie ferroviarie durante la notte, con i morti all'ordine del giorno, e dove sono frequenti anche episodi di violenza, tra locali e stranieri, dovuti proprio alla miseria di cui si è prima discusso.

3.3 Gli altri casi: cenni

Il *trend* del blocco dell'immigrazione tra prendendo una piega notevole tra i Paesi europei, ed anche quelli dell'Unione. L'Italia è soltanto uno degli esempi, anche se tra i più sconcertanti considerando che si tratta di uno degli Stati maggiormente evoluti. Tante altre situazioni analoghe si sono verificate e si stanno ancora verificando nel continente. Un esempio estremo è costituito dall'Ungheria, che nel 2015 ha sollevato un vero e proprio muro, al confine con la Serbia, e poi con la Croazia. 170 chilometri di filo spinato e una rete alta quattro metri, ideati per “proteggere il nostro Paese allo stesso modo di come proteggeremmo la nostra casa o il nostro allevamento”, a detta di Lazlo Torockzai, sindaco di Asotthalom, alla frontiera con la Serbia. Egli avrebbe altresì affermato, in una intervista alla BBC, la indispensabilità della “difesa della nostra cultura”, e che il flusso migratorio “non porterà diversità ma una società uniformata, senza il colore europeo”.

Un episodio particolarmente recente è avvenuto in Marocco, il 18 maggio 2021, su suolo spagnolo. Infatti, nel giro di un paio di giorni, ben ottomila migranti hanno varcato il confine marocchino, approdando a Melilla e Ceuta, enclaves della Spagna. Si tratta di due piccole cittadine già da tempo luoghi di passaggio delle rotte migratorie, divise dal territorio marocchino da una doppia barriera metallica, che svolge proprio il compito di impedire il transito ai migranti. Il luogo è sorvegliato dalla polizia spagnola da un lato, e da quella marocchina dall'altro. Tuttavia, alla data sopra indicata, le autorità nordafricane hanno omesso di svolgere i loro compiti di vigilanza, così che un'imponente ondata di persone provenienti dal Marocco e dall'Africa subsahariana, ha varcato la frontiera di Ceuta. Il sindaco della città ha parlato di “invasione”, mentre il primo ministro iberico ha affermato che “difenderà le frontiere nazionali”, e Madrid ha subito schierato soldati e blindati a Tajaral. 5.600 migranti sono stati già rimpatriati. Un evento senza precedenti la cui causa avrebbe origine nell'assistenza sanitaria fornita dalla Spagna a Brahim Ghali, capo del Fronte Polisario, la guerriglia secessionista che contende al Marocco il Sahara

occidentale. Intrighi politici, dunque, che si traducono nella noncuranza di che è costretto a fuggire in cerca di una vita migliore, e che ha ripercussione solo ed esclusivamente sulle sorti di questi ultimi.

In merito si è pronunciata anche l'Unione Europea. Il Presidente Von der Leyen ha infatti presentato delle dichiarazioni, manifestando l'intenzione di creare un nuovo "patto sull'immigrazione" e costruire un sistema *ad hoc*.

Il futuro è quindi incerto, bisogna fare affidamento sulle buone intenzioni dell'Unione e sperare che venga raggiunto un punto di svolta verso la concretizzazione di una organizzazione funzionale ed efficiente, che garantisca la tutela dei diritti fondamentali e che redima l'Europa agli occhi dell'opinione pubblica internazionale.

4. Conclusioni

L'immigrazione è uno dei problemi più antichi che il mondo si sia mai trovato a fronteggiare, dagli indiani che attraversarono lo stretto di Bering ai fenici che si stanziarono sul suolo nordafricano, fino alle grandi migrazioni di inizio XX secolo verso gli Stati Uniti. Ciò che spingeva le popolazioni a lasciare il proprio luogo d'origine erano la fame, la povertà e la guerra, a testimonianza che l'umanità, con la sua complessità, è resistente anche al tempo. Nonostante i numerosi esempi forniti dal passato, e l'esperienza diretta vissuta dalla maggior parte dei Paesi odierni, l'approccio verso questo fenomeno resta sempre lo stesso: "la difesa", che spesso si traduce in un atteggiamento aggressivo e violento, come nel caso del massacro dei "dago" a New Orleans. Si parla di invasione e di minaccia per l'ordine sociale, suscitando spavento tra la popolazione e astio nei confronti dello straniero. In risposta, dunque, all'attacco che l'Europa sta subendo negli ultimi anni, l'Unione ha elaborato una strategia di chiusura e respingimento, che non consente alcun processo di integrazione ma che, al contrario, mira a rimarcare le diversità. Le istituzioni non sono nemmeno state capaci di creare un fronte unito, dal momento che le differenze tra gli Stati sono tali, che i provvedimenti vengono applicati con modalità ed intensità profondamente distinte, mettendo a dura prova l'efficacia dell'intero sistema di accoglienza, e ottenendo come risultato la violazione dei diritti umani e delle norme di diritto internazionale, a danno dei migranti. L'uso regolare e continuo di misure coercitive, come la detenzione, verso chiunque approdi sul suolo europeo, senza tenere conto delle circostanze attinenti al singolo caso e delle norme di diritto internazionale, si traduce in una discriminazione etnica e nazionale, e in un certo qual modo anche razziale, perché si fa riferimento genericamente ai "neri", senza indagare sulla loro provenienza geografica. Il tutto crea una situazione di tensione ed allerta, in cui si è pronti ad agire con durezza al minimo sussulto. Ma quale soluzione adottare per porre rimedio a queste difficoltà? Non vi è in realtà una risposta precisa, possono solo essere formulate delle ipotesi. È probabile che i più condivideranno l'idea di una riforma e revisione del piano sull'immigrazione, come già prospettato dai vertici dell'Unione Europea a seguito degli eventi recenti. Come strutturare il nuovo sistema? Usualmente viene detto che si impara dagli errori, quindi la conseguenza logica della suddetta affermazione sarebbe individuare e riconoscere i punti di maggiore criticità del sistema, e superarli. Ciò però impone un approccio differente, improntato non sull'idea di difesa dei confini, per creare una "fortress Europe", ma sul proposito della vera accoglienza. Dunque, innanzitutto è necessario considerare le importanti differenze che intercorrono tra gli Stati membri, con riferimento all'apparato organizzativo e legislativo, nonché alle capacità economiche, e

colmare quel *gap*. Colmarlo fissando dei principi e degli obiettivi comuni, le cui modalità di realizzazione devono essere costruite in base alle possibilità dei singoli Paesi, e con un maggior intervento dell'Unione lì dove necessario, non scaricando tutte le spese di trasferimento, ad esempio, sui suoi membri. Questo sistema dovrebbe poi essere incentrato sull'integrazione, intesa non come accoglienza dei migranti in centri o strutture apposite, bensì come loro inserimento all'interno della società. Cose ci rende parte di una comunità? La condivisione di usi e lingua, una posizione lavorativa, una collocazione geografica ben precisa; questo è esattamente ciò che potrebbe avvenire con gli immigrati. Se ad essi venissero insegnati infatti, i costumi occidentali, se essi occupassero delle posizioni lavorative, potrebbero costruirsi una vita dignitosa che, da un lato, contribuirebbe allo sviluppo dell'Europa, e dall'altro, ridurrebbe drasticamente gli episodi di criminalità ad essi riconducibili, poiché anche la povertà calerebbe. Inoltre, se i cittadini dell'Unione venissero abituati alla vicinanza e all'interazione con gli stessi, verrebbe superato anche il sentimento di discriminazione tanto presente negli ultimi anni, così che l'incontro con esponenti di etnie diverse, diverrebbe solo un'occasione di arricchimento personale.

In conclusione, per elaborare un sistema di accoglienza efficiente è necessario riconoscere e superare le diversità, in modo che l'incontro con lo straniero non costituisca un pericolo, ma una opportunità.

References

- (1) Regolamento (UE) 604/2013.
- (2) AMNESTY INTERNATIONAL, Public Statement, Case of M.S.S. v. Belgium and Greece (Application No. 30696/09), AI index: EUR 03/001/2011, 21 January 2011.
- (3) Regolamento (UE) 604/2013, art. 3, par. 2: "Qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente".
- (4) Convenzione di Ginevra, art. 33, co. 1: "Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche".
- (5) Direttiva 2008/115/CE, art. 4, par. 1, lett. a) e b): "La presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni più favorevoli vigenti in forza di: a) accordi bilaterali o multilaterali tra la Comunità, o la Comunità e i suoi Stati membri, e uno o più paesi terzi; b) accordi bilaterali o multilaterali tra uno o più Stati membri e uno o più paesi terzi".
- (6) EUROPEAN PARLIAMENT, Briefing, EU Readmission Agreements Facilitating the return of irregular migrants, April 2015.
- (7) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 febbraio 2012, ricorso n. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*.
- (8) Esempi di disposizioni in materia criminale sono contenuti nella Direttiva 2008/115/CE, agli artt. 15-17; nella Convenzione di Ginevra del 1951, agli artt. 31 e 32; e nella Direttiva 2002/90/CE.
- (9) Corte europea dei diritti dell'uomo, opinione dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque, sentenza del 22 novembre 2016, ricorsi nn. 25794/13 e 28151/13, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*: "(...) *this policy perceives the migrant as the newest 'enemy' (...)*".
- (10) Consiglio D'europa, Risoluzione 1707 (2010), par. 2: "(...) *this does not necessarily translate into better conditions for the persons detained. Furthermore, alternative facilities, which are inappropriate for*

detaining asylum seekers and irregular migrants belonging to this group, such as police stations, prisons, disused army barracks, hotels, mobile containers, etc., are also being used in order to detain growing numbers of persons”.

(11) United Nations High Commissioner for Refugees, Detention Guidelines, Guidelines on the applicable criteria and standards relating to the detention of asylum seekers and alternatives to detention, Guideline 6, par. 46: *“To guard against arbitrariness, maximum periods of detention should be set in national legislation. Without maximum periods, detention can become prolonged, and in some cases indefinite, including particularly for stateless asylum-seekers. Maximum periods in detention cannot be circumvented by ordering the release of an asylum-seeker only to re-detain them on the same grounds shortly afterwards”.*

(12) Guidelines 7-8.

(13) *“Whilst it is universally accepted that detention must be used only as a last resort (...)”.*

(14) Direttiva 2008/115/CE, art. 15, par. 1.

(15) Guideline 4.2: *“The need to detain the individual is to be assessed in light of the purpose of the detention (see Guideline 4.1), as well as the overall reasonableness of that detention in all the circumstances, the latter requiring an assessment of any special needs or considerations in the individual’s case (see Guideline 9). The general principle of proportionality requires that a balance be struck between the importance of respecting the rights to liberty and security of person and freedom of movement, and the public policy objectives of limiting or denying these rights”.*

(16) Guideline 4.3, par. 37.

(17) Guideline 4.3, par. 39.

(18) Guideline 4.1, par. 21: *“Detention can only be exceptionally resorted to for a legitimate purpose”.*

(19) 4.1.1 To protect public order.

(20) 4.1.2 To protect public health.

(21) 4.1.3 To protect national security.

(22) 4.1.4 Purposes not justifying detention.

(23) Corte europea dei diritti dell’uomo, opinione dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque, cit.: *“According to that judgment, a State may detain an asylum-seeker to prevent unauthorised entry and to expedite the asylum claim, and it is not relevant whether detention is necessary in order to prevent that irregular entry. Efficiency considerations prevail over liberty, in the Grand Chamber’s view”.*

(24) Ivi, par. 24: *“The former assesses whether the interference with the right to liberty adequately advances the ‘social need’ (such as the protection of public order, national security and public health) pursued and reaches no further than necessary to meet the said ‘social need’”.*

(25) Ivi, par. 23.

(26) Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 22 novembre 2016, ricorsi nn. 25794/13 e 28151/13, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, par. 23: *“Fights often broke out between men of different origins, nationalities or tribes, and he also referred to an episode where he had been beaten up by a fellow detainee”*; par. 24: *“He also referred to an incident in which he had been beaten up by a fellow detainee who had allegedly also previously attacked another detainee with a knife”.*

(27) Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, art. 3: *“nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”*; art. 5 par. 1: *“ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza”*; art. 5, par. 2: *“ogni persona che venga arrestata deve essere informata al più presto e in una lingua a lei comprensibile dei motivi dell’arresto e di ogni accusa elevata a suo carico”*; art. 5, par. 4: *“ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha diritto di indirizzare un ricorso ad un tribunale affinché esso decida, entro brevi termini, sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale”.*

(28) Direttiva 2012/29/UE.

(29) Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989.

(30) V. UNHCR, Detention Guidelines, cit.; UNCHR, Detention of Refugees and Asylum-Seekers, n.44 (XXXVII), 13 October 1986.

(31) In materia di *“Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica”.*

(32) Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

(33) Detto anche *“Decreto Salvini”*, abroga le disposizioni che accordavano il conferimento di un permesso di soggiorno per motivi umanitari.

THE RIGHT TO ASYLUM IN ALBANIA AND POLICIES AGAINST ILLEGAL MIGRATION

Artela Roshi*

***Law student at Epoka University of Tirana (Albania)**

Abstract

The right to asylum in Albania is part of the fundamental human rights and freedoms sanctioned in the Constitution of Albania and the domestic legislation. Starting from the dark communist period of human rights in Albania, until today, the right to asylum has evolved continuously. This article will focus on an analysis of the right to asylum in the international legal framework and particularly in Albania, taking it along its development and focusing on the current sanctioning in the legislation of this right. The paper will shed light on the development of the right to asylum in the Albanian legislation, by analysing the dimensions of this right from the international and domestic legislation. For more, the treatment of asylum seekers has become an increasingly frequent subject of treatment by the European Court of Human Rights, during the implementation of the European Convention on Human Rights. The analyses of the European Court of Human Rights will help to understand the international obligations / standards in the field of asylum in Albania. In conclusion, the article will highlight the approach of the right to asylum provided in the Albanian legislation in the framework of its approximation with the internationally recognized standards.

Keywords: Albania, Human Rights, Migration, Right to Asylum.

E DREJTA PËR AZIL NË SHQIPËRI DHE POLITIKAT KUNDËR MIGRACIONIT TË PALIGJSHËM

Artela Roshi*

*Studente e Drejtësisë në Universitetin Epoka, Tiranë (Shqipëri)

Abstrakt

E Drejta për azil në Shqipëri është pjesë e të drejtave thelbësore të njeriut dhe lirive të sanksionuara në Kushtetutën e Shqipërisë dhe legjislacionit vendas. Duke filluar nga periudha e errët e komunizmit në lidhje me të drejtat e njeriut në Shqipëri, deri më sot, e drejta për azil ka evoluar vazhdimisht. Ky artikull do të fokusohet në një analizë të së drejtës për azil në kuadrin ligjor ndërkombëtar dhe në vecanti në Shqipëri, duke trajtuar gjithë zhvillimin e tij dhe fokusuar në rregullimin aktual të kësaj të drejte në legjislacion. Punimi do të hedhë dritë mbi zhvillimin e të drejtës për azil në legjislacionin shqiptar duke analizuar dimensionet e kësaj të drejte nga legjislacioni ndërkombëtar dhe vendas. Për më shumë, trajtimi i azilkërkesve është kthyer një subjekt trajtimi në rritje nga Gjykata Evropiane e të Drejtave të Njeriut, gjatë zbatimit të Konventës Evropiane të të Drejtave të Njeriut. Analizat e Gjykatës Evropiane të të Drejtave të Njeriut do të ndihmojnë të kuptuarit e detyrimeve/standardeve ndërkombëtare në fushën e azilit në Shqipëri. Në përfundim, artikulli do të nënvizojë qasjen e të drejtës së azilit parashikuar në legjislacionin shqiptar në kuadër të përafrimit të tij me standardet e njohura ndërkombëtare.

Fjalë kyçe: Shqipëria, të drejtat e njeriut, migracioni, e drejta për azil

1. Introduction

Albania comes from a communist past where the dimension of human rights were treated in the light of the dictatorship of the proletariat. Article 2 of the Albanian Constitution of 1976 has stipulated the dictatorship as follows: “[t]he Socialist Popular Republic of Albania is a state of dictatorship of the proletariat and expresses and protects the interests of all workers” (1). Regarding the foreigners and their rights, Albania recognized only the right to housing foreign nationals who were persecuted by their country because of their activity for the benefit of revolution and socialism, democracy and national liberation, as well as the advancement of science and culture (2). Prior to 1990 Albania was isolated from East and West, strictly controlled all movement across its borders and did not recognize the 1951 Refugee Convention (3). In contrast, the first Constitution of the democratic regime has recognized human rights and freedoms of foreigners equally with human rights and freedoms of Albanian citizens. According to article 16 of the Albanian Constitution, the fundamental rights and freedoms and the duties contemplated in the Constitution for Albanian citizens are also valid for foreigners and stateless persons in the territory of the Republic of Albania, except for cases when the Constitution

specifically attaches the exercise of particular rights and freedoms with Albanian citizenship (4). The sanctioning of the rights of foreigners is reinforced by the principle of prohibition of collective expulsion. On this issue, the Constitution states that the collective expulsion of foreigners is prohibited, while the expulsion of individuals is permitted under the conditions specified by law (5).

After the communist regime, a vast number of international treaties became part of Albania's domestic legislation, past of which is even the UN Convention relating to the Status of Refugees approved on 28 July 1951. Albania has ratified the Convention relating to the Status of Refugees on 18 August 1992.

2. The International Legal Framework on the Right to Asylum

Right to asylum is the right to seek and obtain the status of refugee. Its most important principles are *non-refoulement*, non-penalization and non-discrimination (6). Most comprehensively, this right was defined in the 1951 United Nations Refugee Convention as well as its 1967 Protocol, and this definition of this right is agreed by 149 countries (as of 2020) (7). Referring to the article 1, paragraph 2 of the 1967 Protocol, which removed the geographical and temporal limits of the Convention, a refugee is anyone who, owing to well-founded fears of persecution for causes of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of their nationality and is unable or unwilling (because of their fear) to seek protection from that country; or, in case of a stateless persons, when one is outside their former country of residence as a result of such events or such fear and is unable or unwilling to return there. In the case of persons with more than one nationality, the term "country of nationality" means each of the countries of which they are a national, in which case that person should seek the help of both of their countries of nationality before being deemed to lack protection of their country of nationality (8). This right ceases to exist for persons such as those previously defined, when, by their own free will, they will reclaim protection of their state of nationality; they have regained their lost nationality; they have gained the nationality of another State and now enjoy that State's protection; they have, by their own free will, decided to reestablish themselves in the countries which they left for fear of persecution; they, whether national or stateless persons, no longer are in the same situation that gave them the status of a refugee since the circumstances that brought to such a status have ceased to exist (9). This definition does not apply to any person that already enjoys rights and carries the obligations of the country in which they are residing (10), or to people for which there are serious reasons to consider that they have committed serious crimes such as crimes against humanity, war crimes, crimes against peace, serious non-political crimes prior to being admitted as a refugee, or have been guilty of acts contrary to the principles the United Nations follow (11).

However, the 1951 Convention is not the only definition of the right to asylum there is (which is made evident by the very first article of the Convention that acknowledges previous treaties and refugee status definitions), but it rather is the best codification of the right to asylum that we have to date. This Convention is grounded on article 14 of the Universal Declaration of Human Rights (12), which sanctions the right to seek and enjoy asylum from persecution in other countries, provided that the persecution is not a result of a serious non-political crime or act contrary to the principles of the United Nations (which as mentioned before is clearly a part of the Convention).

For the purpose of this paper, we will be focusing our attention only on the Convention and its protocol as international pieces of legislation in which Albania is part.

3. The Right to Asylum Stipulated in the Albanian Legislation and Policies against Illegal Migration

Albania has been from 18 August 1992 a contracting country to both the Convention – Geneva, on 28 July 1951, adhered to by decree of the President of the Republic no. 200 of 3 June 1992 – and its Protocol (New York, 31 January 1967). In addition to this, Albania has (partly) followed the Council of the European Union's (EU) Directives (13) no. 2001/55/EC, no. 2003/86/EC, no. 2011/95/EU, no. 2011/32/EU, no. 2011/33/EU in the formulation of law 10/2021 “on asylum in the Republic of Albania”. Albania has signed and ratified the agreement with the UN High Commissioner for Refugees, through Law no. 7833, dated 22 June 1994, proclaimed by the Decree of the President of the Republic no. 878, with date 6 July 1994. It has also ratified the 1954 Convention for the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the reduction of statelessness (14). For the aforementioned reasons, Albania is considered a juridically civilized country (15). Albania also has a long well-known history of refugee protection – such as the protection of Hebrew people from Germans during World War 2 (16), which was a statewide strategy – that predates the Convention. The customary law has always been that of welcoming those that have no protection (17) as being “guests of the household” and, in written law, it has been part of Albanian legislation since 1469 with the Statutes of Shkodra, article 1, which gives equality to both natives of the commune and foreigners (18). However, there is a lack of continuity when it comes to this right, as there is for many other rights in Albania. The communist period cut ties with all previous laws and customs and created this legal and moral vacuum that is hard to fill even today, after more than 30 years since the regime ended. Many rights that were sanctioned and sacred before ceased to exist or were greatly deformed but there is not much that needs to be said about that topic as far as it is mentioned that the right to life itself was not granted. As for asylum-seekers it is basically a pointless question because free movement was not allowed inside the country unless the State permitted it, let alone the possibility for free movement of Albanian nationals or other nationals in and out of Albanian borders without restrictions. The surveillance was so great that in every key border area there was (and they still remain) a fortified military base to capture all those who dared to try and get out of the border.

Although the 1976 Constitution in its article 65 permits foreigners that have contributed to the revolution and socialism, democracy and national liberation, as well as the advancement of science and culture, to enter the country and find asylum, this provision was pointless since Albania was part of the Communist Bloc and as such was bordered with communist countries only. There was no reason for anyone who qualified for the asylum Albania provided to seek it in Albania, because people that were “contributors to the revolution and socialism” would need to seek asylum in any country of the Communist Bloc near their own country, while Albania was not an option since it was located in the midst of communist countries which would require one to travel through a couple of communist countries before coming to Albania or going there (Albania) through a sea route, which was again an alternative among other communist countries with shorelines.

Furthermore, the people that would actually need asylum in Albania because of it being a border state to their own – those persecuted by their own countries – were enemies to communism/socialism and as such were not welcome in the People's Socialist Republic of Albania. Article 65 of the 1976 Constitution was merely designed for situations in which fellow “comrades” of communism could find refuge from their country's law enforcing organs. Prior to the establishment of Communism throughout Europe those that adhered to communist ideas were supposedly continuously on the run because they were organizers of riots, and this specific article arose as a means to offer protection to other communists in similar situations. However, as clarified above, such protection was unnecessary in that moment of time.

One of the greatest problems of regime legislation in general is the fact that they seldom uphold their own principles and, more likely than not, they always created double standards of written law and unwritten “survival” law. However, this never went as far as becoming part of international treaties that were completely in contrast with internal legal mechanisms and so Albania did not sign the 1951 Convention despite being a country with a 482 years of refugee acceptance history at that point in time (19).

However, even with the beginning of the so-called democratic hybrid political system now in place (20) and the signing of the Convention in 1992 (21), back when Albania did not yet have a constitution but merely “constitutional principles”, did not help much in creating a dignified climate for refugees. It took another 6 years for Albania to pass the first democratic law (22) on asylum and even after that law and its amendments (23), after yet another law (24) and again another one after it (25), the law on this right still only “partly” follows the EU Council's Directives, which is Albanian jargon for “we will do it our own way and pretend that is how it is done”. The main argument of this paper is that this new legal order Albania finds itself in post-communism, sadly doesn't differ much from its predecessor because like back then, now as well rights are only written about and then forgotten.

As of now in the Republic of Albania there are three laws that regulate the right to asylum:

- 1) Law no. 10/2021 “on asylum on Republic of Albania” (26);
- 2) Law no. 9098/2003 “on the integration and familiar unification of people that have gained asylum in the Republic of Albania”;
- 3) Law no. 108/2013 “on foreigners” and its amendments.

The central law for this particular right is the law (which is the reason why this paper will focus on this particular law) “on asylum in the Republic of Albania”, Law no. 10/2021, that defines asylum as the international protection that the Republic of Albania gives to refugees, while a refugee is defined under the article 1 of the 1951 Convention. This law has been preceded by two other laws with the same aim, specifically the 1998 and 2014 laws. The reason for that is the constant need for approximation to EU standards.

When the first law on asylum passed in parliament in post-communist Albania, the need to have a specific law that engulfed all the principles of the international treaties Albania was a part of was evident. The humanitarian crisis resulting from the conflict in Kosovo made such a law an immediate need (27). Thus, Law no. 8432/1998 was later on completed with numerous other laws and by-laws but yet the need for closer approximation was shown in EU and UNHCR reports. The 2003 Stabilization Association Agreement signed between Albania and the European Union has asylum as one of its eight priorities also. Law no. 8432/1998 was then amended in 2009 (28).

This law, unlike its successors, lacked a definitions article before being amended in 2009, but rather only contained an article (article 2) defining asylum itself; article 3 defining an asylum-seeker; article 4 defining what a refugee meant; and article 5 defining people under temporary protection. With the amendment of 2009, the previously mentioned articles 2-5 were all repealed and were re-implemented as a single article (article 1/1), which was also enriched by article 5/1 that stipulated the right to temporary protection in massive flux times that the un-amended law lacked. Law no. 8432/1998 stipulated the *non-refoulement* principle (article 7) and the granting of asylum to family members of a refugee (article 6), which have been stipulated in the preceding laws as well (however to no avail due to the fact that the legislation did not provide solutions to family members located in countries that did not have diplomatic relations with Albania, or were too far from countries that had Albanian Consulates (29); while making a clear distinction between a request for asylum and an asylum application (firstly by defining each separately in article 10 and then implementing the definitions in article 1/1 of the amended law). The responsible body for asylum decisions was the Office for Refugees, a unit at the Ministry of Local Government. The office was the first stage of asylum application while the National Commission for Refugees was the appellate body made up from two different NGOs: the Chamber of Albanian Lawyers and the Albanian Committee of Helsinki (30). The National Commissioner for Refugees chaired both bodies.

It is important to note that the definitions and principles of the three consecutive laws have been the same or nearly the same and close to the Convention and its Protocol, with the exception of the difference between an asylum-seeker and an asylum applicant, which has been present in Albanian legislation up until the approval and entrance into power of Law no. 10/2021. In the practical guide of the EASO and FRONTEX (that refers to Directive 2013/32/EU), however the difference does not exist (31).

Law no. 121/2014, just like its predecessor, provided different types of protections (32): the refugee status and additional protection, alongside temporal protection, which will be discussed more in depth below.

Regarding the Status of Refugee, article 4 of the Law reiterates once more the right to asylum, while article 5 lays down the causes of exemption from this right which coincide with the exemptions of the 1951 Convention. The principle of *non-refoulement* is materialized in article 6. As article 7 provides, the sole organ that decides on the requests for asylum is the National Commission for Asylum and Refugees, which is led by the Commissioner for Asylum and Refugees. In Albania, the principle of non-refoulement is granted in this law (33) and so is the principle of the “third” safe country (34).

Additional protection on the other hand is defined as the protection that engulfs an individual who, although does not fulfill the criteria for being a refugee, enjoys protection to avoid being treated in an inhumane manner based on the principles of basic human rights as defined in every international treaty in which the Republic of Albania is a party to (35).

According to this piece of legislation, in order to implement the right to asylum, there are needed proper structures which will follow the procedures (regulated by specific acts independent from this law) towards implementation of this right. We can mention the following public organs which are part of the executive as well as judicial power.

- 1) The highest organ is the Directory of Asylum (DoA), whose director acts at the same time as Commissioner for Asylum and Refugees (36). This directory registers

the requests for asylum, carries out the interviews with asylum seekers, collects the documents for the requests for asylum, is responsible for giving or denying asylum (first degree), follows the measures for the protection of asylum seekers and decides on the status of people that seek asylum *en masse*.

2) The organs of the Border Police and Migration Police that enforce non-refoulement, takes the requests for asylum, and notifies the UNCHR or DoA in case of an asylum-seeker or refugee.

3) The UNCHR offers guidance on the requests for asylum and monitors the handling of those requests by the Albanian authorities. According to article 23 (37), every asylum-seeker has the right of communication with UNCHR.

4) The Courts that decide on the final gaining or refusal of the refugee status or additional protection in case there has been an appeal to the decision of DoA.

The request for asylum can be of any form whether written or oral to any authority, even the Border Police, which is then followed by a formal request for asylum to the competent DNR that considers each request, who are then registered to the National Register for refugees according to article 29 of this law (38). Article 32 lays out the rights of an asylum-seeker to be accommodated while waiting for the answer to their asylum request, unless (article 34, provision 6) they have the means to financially support themselves outside of the reception center, in which case they should leave the center within 30 days from their date of arrival there (39).

As expressed in the Ombudsman reports of the approximately seven-year period from 2014 to 2021, the state of the right to asylum in Albania has been still problematic. These problems were consistent enough that for years in a row the same problems and the same recommendations were given over and over again for the treatment of asylum centers in the country, both in the open Asylum Center in Babrru established in June 2003 (40) and in the Closed Center for irregular foreigners in Kareç. The lack of economic assistance was a problem in 2014 and 2015. The lack of staff, jurists, medicals, educators, supervisors, translators was a problem during the 2014-2020 timespan. The lack of clothes and sanitary products has been a more or less permanent problem throughout the years. The rights that the Albanian legislation stipulates for asylum seekers or foreign people being held in detention have not been translated in the languages that asylum seekers in Albania understand or would be expected to understand and hanged on public and visible areas in those centers.

A very pronounced problem is the lack of recreational spaces in the Kareç Closed Center for Illegal Foreigners that implies that children stuck there with their parents do not have any means of entertainment and development activities. In 2014 and 2015, there still was no agreement between the Ministry of Social Welfare and Youth for giving opportunities to asylum seekers to create working relationships in Albania, although the legislation in force and the 1951 Convention stipulated that opportunity (41). The problem with education has also been consistent since people that were placed in such institutions at that time were not given the documentation that the Albanian legislation stipulated but only a signed A4 paper from the Border and Migration Police that did not suffice to register any refugee in Albania in higher education or private education (42). Furthermore, the rules for obtaining asylum should have been published and hanged in the areas of the closed illegal foreigners in Kareç in order for the people in detention to

know and to be able to utilize the procedures and possibilities the Albanian legislation offered to their specific situations (43).

The fact that the legislation of that time did not distinguish and offer special protection to children and vulnerable groups – which the Ombudsman defines in its reports as women, members of the LGBT community, disabled persons, children-mentioned above-and the elderly (44) – made the trafficking and exploitation of these categories of people a massive problem. Another issue of the legislation of the time (and I want to emphasize that in this particular moment it is only the legislation that is discussed and not its implementation) was the fact that UNCHR, IOM and OSCE were not given much access to the process of asylum application decisions, thus harming the transparency of the process (45). The concept of the third safe country and a safe country of origin although mentioned in Law no. 121/2014 was not deemed to be enough by legal professionals (46). Problems with lack of facilities for unaccompanied minors alongside problems with the process of pre-screening and detention remained as challenges (47) despite the FRONTEX collaboration with the Albanian Border and Migration Police in the border point at Kakavija.

For all the reasons mentioned so far, a new Law on asylum was proposed and was voted in parliament on 1 February 2021 (48). This Law, numbered 10/2021 was, as referred to the word of the Minister of Internal Affairs held in front of the Parliament and the relation that was presented in the parliamentary commissions and the Parliament itself, a significant improvement since it incorporated, partly, newer European Directives (49). The Directives the new Law was based on were nos. 2001/55/EC (which was incorporated in the previous Law as well), 2003/86/EC, 2011/95/EU (incorporated in the previous Law too), no. 2013/32/EU, 2013/33/EU.

Directives 2003/9/EC, 2003/86/EC and 2005/85/EC were no longer included in this Law although they were part of Law no. 121/2014 because of being outdated. The improvements to the law included the application of refugee-status people for Albanian citizenship through the process of naturalization (50), the meaning, reasons and actors of persecution were for the first time introduced in Albanian law (51), the separation of the responsibilities of the respective institutions dealing with asylum made clearer (52), legal vacuum concerning vulnerable groups filled (53) and the right to education guaranteed (54).

What piques one's interest in terms of differences between the old and new law was the unification of asylum request and asylum application, that I could not find expressed elsewhere, which brings this paper to its next section dealing with the dimensions of the right to asylum seekers.

4. Dimensions of the Right to Asylum Seekers in the Albanian Legal Framework

As has been so far elaborated, the legislation relating to the right to asylum in Albania has had multiple changes in a thirty-year period of hybrid democracy. It is my personal opinion that the reason for that more than anything else, has been the creation and adoption of law when it is too late to prevent the consequences of a crisis. At times it seems that the crisis comes more from reaction to media scandals and European Union's positive pressure following these scandals regarding the topic than actual governmental reflection on this fundamental right, as the continuous ignoring year after year of the

recommendations of the *Avokati i Popullit* (People's Advocate, the Albanian Ombudsman) might prove.

The first law on asylum comes in the same year as the massive flux of Kosovo Albanian (55) fled their homes and came to Albania to seek refuge, while the country had been part of the Refugee Convention for 6 years by that point in time and had not yet created a legislative framework for the principles it had promised to abide by. It is also worth mentioning that the country at that time did not only lack a law on asylum but a constitution as well and was running on a document of constitutional principles up until the year of 1998 – so the legal vacuum was more or less unavoidable.

The second law comes a few years following the outbreak of war in Syria and the beginning of the peak of the immigration crisis that expanded throughout the whole of Europe, and it fails to properly, fully integrate the EU Directives of the time in the national legislation. It coincides with the acceptance of the organization *Mujahideen e Khalq* (MEK) by the Albanian government, that was not very welcomed by the Albanian people themselves, which, so far as media accounts go, perceives asylum seekers and refugees as bad influence and criminal leaning people. This is particularly ironic when faced with the fact that Albania nearly topped the chart for asylum seeking in recent years (56), most of the time competing with Syrians for the first place where all were after fleeing from war. It is also ironic considering the massive exoduses of 1991 and 1997 (57) that Albanians went through and the constant complaint that people that received them in their countries treated Albanians as criminals. It seems that history gave its own dosage of irony to this small Mediterranean Country.

The third law came exactly a year after the greatest scandal of asylum seeking and refugee status that has ever found its way to media outlets in the whole history of Albanian democracy, which will be discussed in depth below.

The reason why this coincidence is mentioned in media coverage and asylum laws is that this topic is seldom talked about in Albanian society unless there is media outcry about it and even in those instances the reaction from the people is very meek and negative to the asylum seekers in question. The exception to this would be the welcoming of our ethnic brothers and sisters, the Kosovars, but so far as a human of other ethnicity and nationality is concerned there is not much solidarity by Albanians.

That above being said, it is also more or less a rule of thumb to propose and approve laws as reaction to media scandals (which, in all honesty, is among the most noble incentives for laws in Albania) or to hidden governmental agendas and the matter of asylum proves to be no different in that respect. All of this is expected since Albania is ranked as a hybrid democracy (58).

Interestingly, the process that creates the most problems, the pre-screening, is not given much attention. As has been so far mentioned throughout 1998 to the beginning of 2021, Albania had a separate definition for an asylum request and an asylum application. An asylum request was explicitly stated in the laws to be any signal verbal, written, gestural or any other form that indicated a request for asylum *vis-a-vis* to the border authorities in both the 1998 Law (59) and the 2014 Law (60). The application on the other hand, was done by written form, either immediately by the asylum-seeker that would turn up to the responsible office for the application, or by the guidance of the border authority those that would request asylum would be instructed as to how to apply. EU Law of the time did not make the distinction between an asylum request and application but considered everyone to be an applicant by virtue of making a request.

What Albanian law regarded as a request is a very reasonable mechanism to be put in a law, although the separation from application might have been unnecessary. By stating that any form of expression constituted in a request the law granted the right of people that could be under surveillance by their prosecutor or trafficker to signal the authorities of the help they needed, and it is a needed specification to make in cases when the asylum-seeker is not proficient in any language the border authorities may be knowledgeable of. This provided guarantee that a person that would pass the border illegally would not be immediately prosecuted by the police, but sadly the guarantees the law provided were not regarded by the Border Authorities in Albania.

Many people have been put immediately to detention centers despite their plea for asylum because they were not in possession of any valid identification documentation (61) and after that have not been legally guided by a professional as to how they need to apply for asylum after they serve their sentence (62).

The new Law, no. 10/2021, however, in my opinion, will make the problem of pre-screening worse. So far, the Border and Immigration Police has failed to distinguish who is an asylum-seeker from who is a trafficked person and those that are simply passing the border illegally so as to avoid serving rightful sentences in their own countries or for other non-justified reasons. Instead of being very attentive to pre-screening, our Police has simply put everyone without proper documentation into arrest, while instead they should be the first contact of any asylum-seeker and as such are obligated, if not by law and moral alike, to be a helping hand to those that fear for their lives and wellbeing. This has been the case under legislation that differed between a request and application. The new law does not mention an application at all but refers only to request. The problem however lies that unlike the previous laws that explicitly stated that a request of any form was valid, the new law mentions, in article 2, that there needs to be a declaration of the intention to file an asylum request but it does not mention through what means that declaration is made and only continues to explain that the request itself is always in written form at the appropriate office (63).

In my personal view, a right that was already heavily violated while the means to guarantee it were expressively expressed cannot be improved by a law that does not mention the means through which this right is realized at all.

For this reason and others stated above, the right to asylum seekers (distinguished from the right to asylum as a whole), in the Republic of Albania right now is more restricted and less protected than it has ever been.

In thirty years of democratic regime Albania has produced a modern (as the reports of the Ombudsman, the relation of the new law and the minister's word in the parliament all state the same phrase "juridically civilized") asylum system-on paper only. Unfortunately, this new law does not give much hope in relation to correct implementation in real life situations.

Even as early as 2003, when the flux of asylum seekers and migrants was not so heavy, Albania had an "illusory protection mechanism" (64), as Ritvan Peshkepia calls it in his article, in which rights are stipulated but not implemented. More than a real protection for asylees, Albania has been (65), and remains a hot spot for smuggling of human beings. Being a poor country, it is not a desirable destination for refugees but rather has served as a transit to European Union member states for years. The disregard of human rights by the border police and the lack of attention to the housing facilities in Albania make the situation such that no illegal immigrant would want to be confronted with the Albanian

authorities for fear of deportation or detention and in such a situation they often turn themselves to smugglers as a way of passing through Albania unnoticed and arriving to their destination. As a result of this, recent tragedies of smuggled illegal immigrants have become part of Albanian reality (66).

The only groups of people that have a refugee status in Albania, that are still situated here and have not fled the country, are Kosovar families that could not start over in Kosovo or another country and the *Mujahideen e Khalq* that are situated in a camp area in Manzë, that their organization has bought for them. Even for these people integration in Albanian society is hard owing to the fact of the lack of documentation, education support and financial support. It is hard to find accurate information regarding either group. For the Kosovars the reason for that is the fact that public interest is non-existent, while for the *Mujahideen*, conspiracy theories seem to have taken the floor instead of unbiased media and academic work.

5. Realization of Human Rights by the Albanian State towards Asylum Seekers; The Cases of the Kosovo Albanians v. *Mujahideen*'s v. Harun Çelik

The war broke out on March 1998 and ended in June 1999 as a result of the NATO bombardments (67). About a million Kosovo Albanians were forced to flee from their homes and seek refuge in Albania, Montenegro, Macedonia or European Union countries where their family members could be living (68). The exodus was massive, and Kosovans crossed the border to arrive and find shelter in Morina, near Kukës, where they were welcomed. However, it is a point of interest to note that their welcoming was not a state led initiative in compliance with the legislation for the right to asylum, but rather it was mostly a voluntary initiative of Albanian people themselves, who again after opening their homes for the Jews persecuted by the Nazis, after opening the door for the Italian soldiers persecuted by German soldiers, opened their homes and hearts to their ethnic brothers. The authority of asylum of that time was the Office for Refugees (OfR) was functioning without a statute at that time (69) and the 1998 Law on asylum lacked provisions for massive flux and regulated only individual requests. The OfR responded to the situation by accepting the Kosovars as a whole group and then returning them, after the conflict ended as a whole group (70). The OfR continued to provide support for Kosovars who did not return back till its replacement with other governmental bodies. Yet the ones that provided Kosovo refugees with shelter and help were majorly civilians of the Albanian people and international partners to the Albanian people. Refugees were taken inside homes to reside there for at least two months, no questions asked. The majority of them were placed in Kukës, sheltered by civilians, some were sheltered by camps put in place by international help from NATO or the governments of foreign countries (Spain in particular, established the camp of Hamallaj, near Durrës) and yet others were taken in by homes in the whole country (71). However, although the hospitality of Albanians echoed throughout international media, it is still uncertain as to what the Albanian government actually did to help those refugees. It seems that the role of state was negligible in the grander scheme of things and only served to provide shelter to those unfortunate enough to remain in Albania.

Another instance of asylum seeking that was covered by the media was the arrival of *Mujahideen e Khalq* organization. After concerns for their security in their previous location in Iraq, MEK was relocated, after an agreement signed in 2013, with the help of

the USA, to Manze, Albania (72). The camp was built with the group's own expenses (73) and they were finally settled there in 2016 (74). The information on the group is closely guarded and there are many controversial accounts on the way it operates and the rights that the group allows or denies to its members are subject to much speculation as well. Although clearly in need of a refugee status since they were and are being killed and persecuted in their country of origin (Iran) and their country of former residence (Iraq), the *Mujahideen* in Albania had not obtained a status of any sort up to at least 2018 (75), although by that time a part of them had been staying in Albania for 2 years. All media accounts that come from the camp raise new suspicions on the way of life people there follow. However, some facts cannot be doubted: the *Mujahideen* can defect from the camp and live in Albania freely.

Often, in recent years, in Albanian Television there have been interviews with detectors of the camp that now live normal lives in the streets of Albania. They are not being extracted from the country because they defected, but they lead normal private lives. This, of course, is great news for foundational human rights in Albania, but we shouldn't be so quick as to sing "Victory", yet.

In Albania, although the Law for integration of refugees has been passed since 2003, the normative acts needed to fulfill the legislation are yet to be issued. This means that in reality, some rights, such as the right to access private education, are inaccessible to refugees because they do not possess the pieces of documentation that Albanian private education requires and this not because of their own fault but because of objective reasons (such as the fact that they left their country of nationality for fear of persecution and could not possibly gather all documentation that they would need for the continual of life in another country). For the same reasons it is virtually impossible for a refugee to continue higher education in the Republic of Albania because they do not possess the pieces of documentation that verify their current level of education. This issue applies to both Kosovars and the *Mujahideen* people that might have such aspirations. Refugees, although article 27 of Law no. 121/2014 "on asylum in the Republic of Albania" (76) stated that they could be provided with documents for free movement, the reality is that the only "document" refugees possess (so far as updated information from the implementation of the new law is yet to be accessible), whether for identification and travel, is an A4 format paper with a seal from the border and migration police that does not contain an ID number but only a protocol number, while all identification documents in the Republic of Albania contain an ID number (77). There were, up until 2013, no documents issued by the Civil Status Office of Albania for refugees although this is a flagrant violation of the Law "on foreigners" and to top it all off although there is a Law for family unification there are no provisions for cases in which the family of the refugee are not located near or in countries that have Albanian consulates, making it practically impossible for families to be united (78).

This clearly shows that the Albanian State is not very serious in providing rights to refugees other than in form of writing. This impression will of course be heightened when the case of Harun Çelik comes to mind.

On January first, 2020, a single line of news "decorated" Albanian TV Channel interfaces: "Turkish national Harun Çelik extracted because of using false documents". That was all that was said, on that afternoon. However, as hours turned and information surfaced it turned out that the Turkish media were boasting their informative service for the capturing of "FETO terrorist" Harun Çelik in cooperation with the Albanian authorities (79).

The controversy was understandable. News outlets of two different countries were telling different stories on the same events. One of either had to be lying and as time revealed that was Albania.

Harun Çelik had been captured at the Tirana International Airport “Nënë Tereza” in July 2019 travelling from Kazakhstan to Canada together with Selim Simsek with fake Canadian Visas. Both men had been put to trial immediately and Çelik was sentenced to 8 months of prison (shortened to 5 months and a half) which ended on January 1st 2020. The violation of law had already begun. Firstly, the Law on asylum of that time, Law no. 121/2014, stated that no foreigner should be put in detention even if traveling through the border with fake documents in case they explain that they were using that document to pass the border in order to seek asylum. Even so, the fact stands that Harun Çelik had a valid Turkish Passport, which is all that is required to pass an Albanian Border. He was sentenced for a fake Canadian Visa which is not a requirement for entering the territory of Albania, therefore Harun Çelik entered the Albanian border in a legal way. The fact that he had in possession a visa for another country deemed to be fake by Albanian authorities did not make him an illegal immigrant, if anything it brings suspicion as to why Albanian authorities would flip through someone’s passport to find a visa for another country and then verify its validity. The Penal Code of the Republic of Albania, article 189, first paragraph expresses that the falsification or usage of a falsified visa is sentenced from six months to four years of prison. Fact is that Harun Çelik did not attempt to use his falsified visa and the law punishes the usage not the mere possession of such a document. Nonetheless, he was sentenced for a crime (as falsification is defined by virtue of having a maximal punishment of more than two years) and as a result was sent to serve his sentence at Prison 302 in Tirana (80) instead of being considered an illegal immigrant and being sent to the Closed Center for Illegal Foreigners in Kareç.

The day of getting out of prison, Harun was expected by a group of fellow Gulenists that were told that he would need to go to the Directorate of the Border and Migration Police to “throw a signature” (81) but Harun was in fact sent to the Turkish Embassy, who for some reason although having announced in its official page that 1 January (2020) was considered a holiday and the embassy was closed, did not hesitate to open its door to Harun Çelik, as the General Director of the Police, Ardi Veliu, later admitted to BIRN (82) that this indeed happened in order for Harun to be issued a valid document to cross borders.

Questions arise. Why would a foreigner that had passed the border in a completely legal way be deported to his country of origin so abruptly after serving their time in prison? Why would Çelik even need a new passport, when the valid one with which he has passed inside Albania was issued by Turkey in June 2011 and would expire in June 2021, while the deportation took place on the very first day of 2020?

As it turns out the reason was to make Harun sign the deportation act and make the case such that he did not want asylum himself.

Further questioned by BIRN on the matter, the General Director of Police, Ardi Veliu, replied that whether he shouted “asylum” or not was irrelevant since there was no formal request for asylum. In this we find two legal faults. Firstly, the law of that time, in article 3, paragraph b) (83) defined the request for asylum as any request in any form in any time, made in front of relevant Albanian authorities, which mean that a verbal call would be enough for the request to be registered as such, while the formal request that Veliu is referring to would be called an asylum application (article 3, paragraph c)) (84).

Reaction to remember Albania of the Convention it is a party to was immediate and the EU Delegation (85) in Albania expressed the opinion that the Republic of Albania should comply with the principles that it itself has agreed to.

Internal reaction was immediate as well. After a request for interpellation with the Internal Minister (deposited on 9 January 2020) was requested by member of Parliament Artur Roshi (86), in which Mr. Lleshaj, internal minister of Albania at that time, was asked whether there was any political Turkish influence in the taking of this decision and whether the procedure that was undertaken was deportation or extradition. The interpellation was consumed only on 3 February 2020 (87), about a month after the incident.

To questions asked the minister replied that such administrative measures were not a competence of the Ministry of Internal Affairs. However, the Penal Code of the Republic of Albania (88) specifies that if there is any reason that raises suspicions for the safety of an individual it is not allowed to extradite them out of the country and as was previously established in this paper the organs of the Police (which are dependent on the Internal Ministry) are the very organs that carry out the principle of non-refoulement. The Minister also mentioned the Border and Migration Police as the authority that was in fact the authority that carried out the extradition with the pretense of stopping an illegal migrant from migrating illegally to other countries.

The minister put an emphasis on the illegal entrance (which was not even illegal) of the individual conveniently ignoring the fact that most asylum seekers are illegal entries as article 11 of the law of the time provided, should not be prosecuted within 10 days of their entrance unless they are captured with false documents but even then they need not be prosecuted so long as they have used those documents to escape from their country and have voluntarily admitted this fact in their application for asylum. This time limit of only ten days was criticized for being too short because an asylum-seeker cannot be expected to become familiar with the legislation in place and the procedure for seeking asylum within 10 days for which reason many asylum seekers did not respect the time frame allotted (89).

In this specific case the minister claims there was no such request for asylum but video records of the moment of deportation that leaked in the very first days of January 2020 on Albanian media show a man shouting “asylum” from the inside of a police car and other men following him and shouting “Harun! Harun! Shout asylum!”.

However, none of these provides real factual evidence and this might be the biggest problem of all.

Why this lack of transparency? Why cannot Albanian citizens be shown full recordings from the airport that day? Why was everything covered with a one-sentence headline in the media? Why the lack of documentation, not shown to the media, that allegedly proves Harun Çelik willfully signed the order of extradition? Why was he extradited to a third country, when he arrived in Albania after being a resident in Kazakhstan? Most importantly, why was the reaction from Turkish media such a joyous reaction if there really was no connection to Turkish politics at all?

Although the Kosovars were awaited with open arms by the Albanian people, the *Mujahideen* were welcomed and treated relatively well by the Albanian state, they all have a point in common with the case of Harun Çelik: international politics.

It seems that Albania only knows which rights to apply when there are foreign actors that tell it to and suddenly forgets everything when other foreign actors tell it to and then yet

again, makes up stories to lie the previous foreign actors so as to not give way to the fact that they heard the other side that time.

6. The Analyses of the Right to Asylum in the Case Laws of European Court of Human Rights

Article 17, paragraph 2 of the Albanian Constitution of 1998 (still in power), integrates the principles of the European Convention of Human Rights as part of the national sources of law (90). In addition to this, in its annex (91) no. 76/2016, dated 22 July 2016, article F, paragraph 8, recognizes the European Court of Human Rights as the highest appellate court.

This is significant because in Albania case law from the European Court of Human Rights has the same value as national law. The Court, in its publication guide on case law for immigration (92), mentions that in cases such as *Ilias and Ahmed v. Hungary* (93), “it is the duty of the removal state to determine whether or not an asylum-seeker removed to a third country instead of the country of origin risks mistreatment”. This was obviously not the case in the example that this article put forth. The Court has also ruled in cases such as *De Souza Ribeiro v. France*, *Moustahi v. France* (94), that “there is a breach of Article 13 taken in conjunction with Article 8 if the time between the ordering of a the removal and its implementation is so short to preclude any possibility for an action to be meaningfully brought before a court, still less for that court to properly examine the circumstances and legal arguments under the Convention” (95). This again was not the case in the example of Harun Çelik, who was deported within a day and was not given the chance to raise a court action.

Even though part of inner legislation by constitutional provision, the Republic of Albania has not hesitated to violate ECHR case law, just like it violates its national laws.

7. Conclusions

The saddest thing about Albania is that ever since 1990 and the “last day of dictatorship” juridically nothing much has changed. The law is still optional and it still bends to the will of “those above”. The government still does all it can to avoid obeying the law and it still tries to lie and use law as an excuse for its hidden agendas.

Despite, the article being written in 1996, much of the reality expressed in “Human Rights in Post-Communist” Albania (96), remains in place. Fundamental human rights are not really granted in Albania and despite the passing of the years the mentality of the dictatorship era has not been erased in the way the State works.

The Republic of Albania is unable and unwilling to protect and grant the rights of its citizens and foreigners inside its borders, with anything more than ink on paper. Reports as recent as the past year (97) remind us that refugees in our camps are expected to live on less than 3 euros a day, while we aspire to become part of the European Union.

All in all, the right to asylum in Albania, is just like every other right: a forgotten one.

References

- (1) Constitution of the Socialist Republic of Albania (1976), art. 2.

- (2) Ivi, art. 65.
- (3) R. PESHKOPIA, *Albania-Europe's Reluctant Gatekeeper*, in *Forced Migration Review*, no. 23, May 2005, pp. 35-36.
- (4) Constitution of the Republic of Albania, amended by Law no. 8417 of 21 October 1998, art. 16.
- (5) Ivi, art. 29.
- (6) UNCHR introductory note by the UN High Commissioner for Refugees, in *Convention and Protocol Relating to the Status of the Refugee*, December 2010, available at www.unhcr.org/3b66c2aa10.
- (7) Available at www.unhcr.org/1951-refugee-convention.html.
- (8) 1967 Protocol, art. 1, para. 2; and 1951 Convention, art. 1 (a), provision 2.
- (9) 1951 Convention, art. 1, let. b).
- (10) Ivi, art. 1, let. e).
- (11) Ivi, art. 1, let. f).
- (12) UNCHR introductory note by the UN High Commissioner for Refugees, cit.
- (13) Law no. 121/2014 of 18 September, *on asylum in the Republic of Albania*.
- (14) Albanian Ombudsman (Avokati i Popullit), *On the Role of the Ombudsman Institution Regarding Migration*, Tirana, July 2016.
- (15) Verbal Process, 1 February 2021. Minister of Internal Affairs, available at www.parlament.al/Files/Procesverbale/20210208141707Procesverbal%20dat%C3%AB%201%20shkurt%202021.pdf; *The Relation on the Law 10/2021*, available at www.parlament.al/Files/Procesverbale/20210208141707Procesverbal%20dat%C3%AB%201%20shkurt%202021.pdf
- (16) J. WEINSTEIN, *Review on 'Rescue in Albania: One Hundred Percent of Jews in Albania Rescued from Holocaust' by Harvey Sarnier*, in *Michigan Sociological Review*, Vol. 12, 1998, pp. 141-46.
- (17) Cfr. S. GJEÇOV, *Kanuni i Lekë Dukagjini*, 1933.
- (18) A. RASHA, *Sistemi i Azilit Në Shqipëri Dhe Sfidat Drejt Standarteve Ndërkombëtare* (Asylum System in Albania and the Challenges Towards International Standards – Master Thesis), Durrës, 2021.
- (19) L. NADIN, *Statutet E Shkodrës, Në Gjysmën E Parë Të Shekullit XIV Me Shtesat Deri Më 1469*, Tirana, 2010.
- (20) *Freedom House Report on Albania*, 2021, available at www.freedomhouse.org/country/albania/nations-transit/2021.
- (21) Available at www.treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtmsg2&clang=_en.
- (22) Law no. 8432/1998 of 14 December 1998, *on asylum in the Republic of Albania*.
- (23) Law no. 8432/1998 was indeed amended in 2009.
- (24) Law no. 121/2014 of 18 September 2014, *on asylum in the Republic of Albania*.
- (25) Law no. 10/2021 of 1 February 2021, *on asylum in the Republic of Albania*.
- (26) *Ibid.*
- (27) R. PESHKOPIA, *op. cit.*
- (28) E. HOXHA, *Asylum Seeking in Albania*, in *Albania Law Journal*, September 2020, pp. 1-10.
- (29) A. RASHA, *op. cit.*
- (30) R. PESHKEPIA, *op. cit.*
- (31) EASO, FRONTEX, *Practical Guide: Access to the Asylum Procedure*, 2016.
- (32) A. RASHA, *op. cit.*
- (33) Law no. 121/2014, cit., art. 6.
- (34) Ivi, art. 9.
- (35) Ivi, art. 3, para. (gj).
- (36) A. RASHA, *op. cit.*
- (37) Law no. 121/2014, cit.
- (38) *Ibid.*
- (39) *Ibid.*
- (40) R. PESHKOPIA, *op. cit.*
- (41) Law no. 121/2014, cit., art. 7; 1951 UNCHR Convention, art. 14, para. 5.
- (42) A. RASHA, *op. cit.*
- (43) *Ibid.*
- (44) Annual Report of the Ombudsman Institution in Albania (Avokati i Popullit) years 2014, 2015, 2016, 2017.
- (45) A. RASHA, *op. cit.*

- (46) E. HOXHA, *op. cit.*
- (47) *Ibid.*
- (48) Verbal process of the plenary session, available at www.parlament.al/Files/Procesverbale/20210208141707Procesverbal%20dat%C3%AB%201%20shkurt%202021.pdf.
- (49) Speech of the Minister of Internal Affairs, available at www.parlament.al/Files/Procesverbale/20210208141707Procesverbal%20dat%C3%AB%201%20shkurt%202021.pdf; Relation on the Law no. 10/2021, available at www.parlament.al/Files/Procesverbale/20210208141707Procesverbal%20dat%C3%AB%201%20shkurt%202021.pdf.
- (50) ENA Staff, *The New Law Brings Albania Closer to International Standards*, in *EuroNews Albania*, 2 February 2021; Law no. 10/2021, cit., art. 69.
- (51) E. HOXHA, *op. cit.*; *The New Law Brings Albania Closer to International Standards*, cit.
- (52) E. HOXHA, *op. cit.*
- (53) *Ibid.*
- (54) *Ibid.*
- (55) R. PESHKOPIA, *op. cit.*
- (56) EASO, *Asylum Applicants from the Western Balkans – Comparative Analysis of Trends, Push-Pull Factors and Responses*, 2013, available at www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/BZ0213708ENC.pdf.
- (57) www.albania.iom.int.
- (58) *Freedom House Report on Albania*, cit.
- (59) Law no. 8432/1998, cit., art. 10, para. 1; *ivi*, art. 1/1, para. 3.
- (60) Law no. 121/2014, cit., art. 3, let. ç).
- (61) R. PESHKOPIA, *op. cit.*; *Raportet e avokatit të populli*, cit.; A. RASHA, *op. cit.*
- (62) Ombudsman Reports, cit.; A. RASHA, *op. cit.*
- (63) Law no. 10/2021, cit., art. 2.
- (64) R. PESHKOPIA, *op. cit.*
- (65) *Ibid.*
- (66) Staff, *Transportonte klandestinë / Fuoristrada bie 100 m në humnerë në Gramsh! vdesin 2 sirianë, 7 të plagosur! Pranga shoferiti*, in *shqiptarja.com*, 23 February 2020.
- (67) Staff, *Why Did the Kosovo War Start?*, in *The Week*, 2 April 2019.
- (68) M. RAY, *Kosovo Conflict*, in *Encyclopedia Britannica*.
- (69) R. PESHKOPIA, *op. cit.*
- (70) *Ibid.*
- (71) M. DHIMA, *Albania, Macedonia Opened Their Arms to Kosovo Refugees*, in *Agencia EFE*, 22 March 2019.
- (72) P. KINGSLEY, *Highly Secretive Iranian Rebels Are Holed Up in Albania. They Gave Us a Tour*, in *New York Times*, 16 February 2020.
- (73) N. VITJON, *'Forgotten' Mujahedins Resurface in Albania*, 2021.
- (74) F. MEJDINI, *Iranian Opposition Ex-Fighters 'Transferred to Albania'*, in *BalkanInsight*, 26 August 2016.
- (75) Annual Report of the Albanian Ombudsman, 2017.
- (76) Law no. 121/2014, cit., art. 24, para. 2.
- (77) A. RASHA, *op. cit.*
- (78) *Ibid.*
- (79) S. GÜNCELLEME, *FETÖ'cü Harun Çelik, Arnavutluk'tan Türkiye'ye getirildi*, in *CNN Türk*, 2 January 2020.
- (80) V. KARAJ, *'Azil- azil': Harun Çelik u dëbua me forcë pas një ndalese në Ambasadën turke*, in *Reporter.al*, 9 January 2020.
- (81) *Ibid.*
- (82) *Ibid.*
- (83) Law no.121/2014, cit.
- (84) *Ibid.*
- (85) A.E. TAYLOR, *EU Reminds Albania of Human Rights Obligations regarding Deportation of Harun Çelik*, in *exitnews*, 13 January 2020.

- (86) Request for Interpellation with the Internal Minister Sandër Lleshaj by Member of Parliament, Artur Roshi, available at www.parlament.al/Kerkese/Details/103.
- (87) Available at www.youtube.com/watch?v=qvQhGzsKsJg.
- (88) Law no. 7895/1995, of 27 January 1995, *Penal Code of the Republic of Albania*, art. 11, para. c.
- (89) E. HOXHA, *op. cit.*
- (90) Constitution of Albania (1998), available at www.pp.gov.al/web/kushtetuta_2016_1082.pdf.
- (91) *Ibid.*
- (92) ECHR, *Guide on the Case Law of the European Convention of Human Rights – Immigration*, December 2020, section 3, subsection A.
- (93) ECHR (Grand Chamber), judgment 21 November 2019, application no. 47287/15, *Ilias and Ahmed v. Hungary*.
- (94) ECHR (Grand Chamber), judgment 13 December 2012, application no. 22689/07, *De Souza Ribeiro v. France*; ECHR (Fifth Section), judgment 25 June 2020, application no. 9347/14, *Moustahi v. France*.
- (95) ECHR, *Guide on the Case Law of the European Convention of Human Rights – Immigration*, cit.
- (96) F. ABRAHAMS, *Human Rights in Post-Communist Albania*. Human Rights Watch, 1996.
- (97) Staff, *Albania Should End Refugees' Suffering of Hunger and Violence*, in *reliefweb*, 10 May 2020.